



Roj: **STS 6461/2001** - ECLI: **ES:TS:2001:6461**

Id Cendoj: **28079120012001104693**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2001**

Nº de Recurso: **491/2000**

Nº de Resolución: **1179/2001**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Julio de dos mil uno.

En los recursos de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por el procurador Sr. De Dorremocha Aramburu en representación de la acusación particular Guadalupe y Remedios ; el procurador Sr. Morales Price en representación de la acusación popular Ayuntamiento de Tolosa y Asociación contra la Tortura; el procurador Sra. Berriatua Horta en representación de Jaime ; el procurador Sra. Martín Rico en representación de Cornelio y Juan Luis ; el procurador Sra. Bermejo García en representación de Jose Carlos ; el procurador Sra. Lozano Montalvo en representación de Mariano , y el Estado como Responsable Civil Subsidiario bajo la representación de la Abogacía del Estado, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sección Primera, de fecha 26 de Abril de 2000, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la Vista y Fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida Gabino , representado por el procurador Sr. Alonso Ballesteros y Evaristo , representado por el procurador Sra. León Grande.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado Central de Instrucción nº 1 instruyó Sumario 15/95, contra Jose Carlos , Mariano , Juan Luis , Cornelio , Jaime , Gabino y Evaristo , por delitos de asesinato y otros, y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que con fecha 26 de Abril de 2000 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"En el año 1983 la Comandancia de la Guardia Civil de San Sebastián estaba situada en la calle Zumalacárregui, y en Inchaurren se encontraban los pabellones-vivienda de los guardias; la mandaba un Teniente Coronel, que actuaba como primer Jefe. En el mes de Octubre de ese año acababa de ser destinado a ese cargo el Teniente Coronel Alfredo . El segundo Jefe era el entonces Comandante Jose Carlos , mayor de edad, sin antecedentes penales, que llevaba destinado en esa Comandancia desde 1980, anteriormente como tercer Jefe. Los oficiales del servicio de información, en el que se encontraban destinados unos treinta hombres, eran entonces el Capitán Juan Luis , mayor de edad, sin antecedentes penales, y el Teniente Juan Ramón . En ese servicio se hallaban encuadrados Cornelio , Cabo 1º, mayor de edad, entonces sin antecedentes penales, y Jaime , Guardia, mayor de edad, entonces sin antecedentes penales.- Para el desempeño de sus funciones los miembros del servicio de información actuaban divididos en tres grupos, delitos comunes, delitos fiscales y de tráfico de drogas y delitos de terrorismo. En función de cada misión se constituían subgrupos y se daban los distintivos.- En 1983 era Gobernador Civil de Guipúzcoa Mariano , mayor de edad, sin antecedentes penales; cargo que desempeñaba desde finales de diciembre de 1982. A mediados de 1983 Mariano solicitó del entonces Comandante del Cuerpo de Policía Nacional, Carlos Miguel , el mando del cuartel de Aldapeta, la adscripción de un funcionario de ese cuerpo al Gobierno Civil, para desarrollar funciones burocráticas y de enlace, nombrándose a Rodrigo , quien pasó a ocupar una dependencia dentro del gobierno Civil y, además de recoger toda la información que se publicaba que pudiese tener interés policial, para informar al Gobernador



Civil, tenía encomendadas funciones de contrapropaganda en relación con actuaciones de E.T.A.- A lo largo de ese año el Comandante Jose Carlos y el Gobernador Civil Mariano, al tener conocimiento de que en el Ministerio de Interior se iba abriendo camino la idea de aceptar la realización de acciones violentas contra miembros de E.T.A. refugiados en el Sur de Francia, como una vía para acabar con la actividad terrorista de ese grupo, entonces tremendamente cruenta, decidieron que ellos debían intervenir, tratando de lograr la detención en Francia y el traslado a España de aquellos miembros de E.T.A. que consiguiesen localizar, a fin de obtener información, aunque luego fuese preciso hacerlos desaparecer para evitar que los hechos fuesen descubiertos, valiéndose de algunos de los Guardias Civiles destinados en el servicio de información de esa Comandancia, entre ellos el Capitán Juan Luis, el Cabo Cornelio y el Guardia Jaime, quienes se mostraron de acuerdo con todo ello. Para mantener custodiados y bajo control a los miembros de E.T.A. que lograsen traer de Francia, eligieron la villa llamada La Cumbre, entonces en situación de semiabandono, propiedad del Estado, que se encontraba a disposición del Gobierno Civil. Esa villa, sita en el Alto de Aldapeta de San Sebastián, consistía en un edificio rodeado de un jardín, con piscina y pista de tenis y era utilizada esporádicamente por miembros de las fuerzas policiales para guardar motocicletas y perros o incluso para jugar al tenis. Mariano facilitó que accediera al recinto y al edificio el Comandante Jose Carlos. - La detención en Francia y el traslado a San Sebastián de los miembros de E.T.A. fue encomendada por el Comandante Jose Carlos a personas cuya identidad no consta. Estas personal el día 15 de Octubre de 1983 estuvieron en Bayona, siguiendo a Romeo y a Imanol, y, cuando sobre las 0,30 horas, ya del día 16, los vieron solos en la calle Tonneliers, dirigiéndose a un coche, les abordaron y lograron inmovilizarlos e introducirlos en los coches que llevaban; y, con ellos ocultos, pasaron la frontera y llegaron a San Sebastián.- En el año 1981, Romeo, nacido en Tolosa, el 21-03-63, hijo de Federico y de Gema, soltero, y su amigo Imanol, nacido en la misma localidad, el 05-01-63, hijo de Emilio y de María Luisa, también soltero, se encontraban integrados en E.T.A., rama militar, formando parte, junto con Benjamín y otra persona, del comando denominado GORKI.- El día 6 de noviembre de 1981 Benjamín fue detenido cuando, con sus compañeros de comando, acababa de realizar un atraco en la Caja Laboral Popular de la calle San Francisco de Tolosa, mientras que los demás, armados y encapuchados, tras enfrentarse a tiros con los miembros del Cuerpo Superior de Policía, lograban darse a la fuga.- A raíz de estos hechos Romeo y Imanol abandonaron sus domicilios y huyeron de España. En el año 1983 se encontraban en Francia, residiendo en la localidad de Bayona; allí estaban en contacto con el denominado Comité de Refugiados, habían formulado peticiones de asilo político y, mientras se tramitaban, habían ido solicitando permisos de residencia, que les habían sido concedidos por distintos periodos de tiempo.- En la noche del sábado 15 de Octubre de 1983, Romeo y Imanol, que ese día habían estado acompañados de un hermano de Romeo, llamado Gerardo, fueron después de cenar al domicilio de Cosme, sito en el N^a NUM001 de la calle DIRECCION001 de Bayona, y después, junto con la mujer de Cosme, estuvieron recorriendo algunos bares de la localidad. Sobre las 0,30 h, ya del día 16, Cosme dejó las llaves de su coche, un Renault 4L, verde, matrícula RR-....-R, a Romeo y Imanol, para que pudiesen trasladarse esa misma noche a las fiestas de la localidad cercana de Arcangues, y se separaron; quedándose Cosme y su esposa en el domicilio y dirigiéndose Romeo y Imanol a recoger el coche, que se encontraba aparcado en la misma DIRECCION001, en un solar cercano.- En ese momento es cuando Romeo y Imanol fueron abordados en la forma antes mencionada.- En la mañana del lunes, 17 de octubre de 1983, al extrañarse Cosme de que no le hubiesen devuelto las llaves del coche, comprobó que el vehículo se encontraba en el mismo lugar donde él lo había dejado aparcado, sin signos de haber sido movido, pero con las puertas sin cerrar con llave, y que en su interior se encontraba la cazadora que en la noche del sábado llevaba Imanol, conteniendo en el bolsillo un puro, que Cosme le había dado esa noche, y que aparecía roto. Al enterarse de que Romeo y Imanol tampoco se encontraban en su domicilio y no habían sido vistos desde esa noche, puso su desaparición en conocimiento de la policía, acudiendo acompañado de Sergio, miembro del Comité de Refugiados, quien precisamente en la mañana de ese día tenía una cita con aquellos para tramitarles los permisos de residencia, que ya se encontraban caducados.- En Guipúzcoa, el día 15 de octubre de 1983, sobre las 22,50 h., se produjo un atentado, que inmediatamente se pudo atribuir a E.T.A., contra una patrulla de la Guardia Civil de Oñate, al hacerse explotar, mediante mando a distancia, un artefacto colocado en la pared de un huerto, junto a la carretera local San Prudencio-Oñate-Zumárraga, L-38, kilómetro 4; resultando herido el Guardia Civil REYES CORCHADO, que ocupaba el asiento trasero de uno de los vehículos, al golpearle una piedra, que como consecuencia de la explosión había entrado por el cristal trasero y aunque pudo ser inmediatamente trasladado, en el propio vehículo, al Hospital Comarcal del Alto Deva, en la localidad de Mondragón, ingresó en él cadáver sobre las 23 h. También resultó herido el guardia civil Valentín, de carácter leve, por lo que, tras ser asistido en el mismo hospital, fue dado de alta.- El Gobernador Civil, Mariano, que escuchó por la radio la noticia de lo ocurrido, se dirigió solo, por no localizar a sus escoltas, al lugar donde se había producido el atentado, conduciendo el vehículo oficial, un Ford Granada blindado. Mariano estuvo en el escenario del suceso y visitó tanto el Hospital de Mondragón como el cuartel de Oñate, donde se instalaría la capilla ardiente. Encontró al Comandante Jose Carlos, con el que regresaba hacia San Sebastián, seguido ya por sus escoltas, después de las 5 h. de la madrugada, cuando le pasaron al Comandante el aviso de que llamase por teléfono a Inchaurredo, siendo informado así de la llegada de Romeo y Imanol a La



Cumbre. Jose Carlos le dijo a Mariano que habían caído dos peces medianos en Francia, lo que fue oído por Rodrigo, que había ido a reunirse con el Gobernador Civil al enterarse de que había salido solo.- Desde el día 16 de octubre de 1983 Romeo y Imanol estuvieron detenidos en La Cumbre y su custodia, siguiendo las ordenes del Comandante Jose Carlos, fue encomendada por el Capitán Juan Luis, a Cornelio y a Jaime, llevándose a cabo, por turnos, en los que también intervinieron otras personas. A lo largo de varios días Romeo y Imanol fueron interrogados por Cornelio y Jaime, y visitados con frecuencia por Juan Luis, y el primer día por Jose Carlos y Mariano.- Una vez concluidos los interrogatorios a que fueron sometidos Romeo y Imanol, y resueltos Jose Carlos, Mariano, Juan Luis, Cornelio y Jaime en darles muerte para hacerlos desaparecer, decidieron llevarlo a cabo en un paraje aislado, que les permitiese deshacerse de los cuerpos, enterrándolos en cal viva, para lo cual fue elegida la Foya de Coves, término municipal de Busot, Alicante.- Cornelio y Jaime, junto con otras personas, trasladaron a Romeo y a Imanol, atados y amordazados, y con los ojos vendados, a aquel lugar, que tenía acceso por un camino de tierra que partía de la carretera local A-182 (Busot-Aguas de Busot), Km. 12,100, por el que circularon unos 15 Km., después abandonaron los coches y se introdujeron andando por la zona de monte unos 200 m. Allí, con una pistola Browning, hicieron un disparo a Romeo en la cabeza, y dos a Imanol, también en la cabeza, lo que les causó la muerte inmediata.- Después arrojaron los cuerpos, sin ropa, aún amordazados y con unas vendas a una fosa que habían preparado, de unos 180 cm. de largo, por 80 de ancho y 90 de profundidad, y los cubrieron con tierra y con mas de 50 kilos de cal viva.- Sobre las 16,15 h. del día 20 de enero de 1984 una voz masculina llamó al teléfono de la Cadena Ser de Alicante, y cuando le contestó la locutora Edurne, le dijo que hablaba en nombre de los Grupos Antiterroristas de Liberación, que prestase atención, que no lo iba a repetir, que ese día habían asesinado a Romeo y a Imanol, que habían muerto pidiendo un sacerdote, pero que no se lo habían dado, porque no se lo merecían, y que se encontraban sus cuerpos en Busot; colgando a continuación.- El día 20 de enero de 1985, Eusebio, cuando se encontraba cazando por la Foya de Coves, encontró, esparcidos por las alimañas, restos humanos y la fosa en la que parecía hallarse un cuerpo, por lo que procedió a dar aviso al puesto de la Guardia Civil de Busot Personados en ese lugar los miembros de ese puesto y comprobada la realidad del hallazgo, se comunicó al Juzgado de Instrucción de Guardia de Alicante y al equipo de investigación de la Guardia Civil. Una vez abierta la fosa resultó contener no uno sino dos cadáveres, que presentaban mordazas en la boca, los ojos tapados con cinta aislante y aún conservaban restos de vendas. Al primero de los cadáveres le faltaban las extremidades inferiores, lo que se correspondía con los restos que se encontraban esparcidos por el exterior, en un radio de unos 20 metros. A tres metros se encontró un casquillo, Geco 9 mm. Parabellum, y unos días después, al cribar la tierra y la cal, un proyectil del calibre 9 mm. Parabellum.- Los cadáveres no fueron identificados y quedaron depositados en el Cementerio Municipal de Alicante, hasta que en 1995 el funcionario del C.N.P. 11.219, Franco, Jefe de Grupo de la Policía Judicial adscrita a los Juzgados de Alicante, ante las noticias aparecidas en la prensa del momento sobre las actuaciones de los G.A.L., la relación de personas desaparecidas que se les atribuían y los comentarios de personas procesadas en otros procesos respecto a utilización de cal, para hacer desaparecer cadáveres, empezó a sospechar que podía tratarse de los restos de Romeo y de Imanol. Las gestiones iniciadas concluyeron con la identificación de los cadáveres. Entonces se realizó nueva inspección ocular, que permitió localizar otro proyectil semejante al anterior y nuevos exámenes de autopsia con el resultado de que Romeo tenía un tiro en la cabeza, que no se había apreciado en la primera, y Imanol dos, cuando en la primera sólo se había localizado uno.- En 1987 el entonces ya Cabo Primero Jaime solicitó voluntariamente la baja, pasando a la situación de retirado por Orden de 24 de noviembre de 1987.- Ello no impidió que, a raíz de la instancia presentada por el ya ex cabo Jaime el día 16 de septiembre de 1992, se incoase expediente Nº 3083 sobre inutilidad física para el servicio, expediente que se inició por Orden del Director General de la Guardia Civil, al haber emitido dictamen el Tribunal Psiquiátrico Militar haciendo constar que concurría en Jaime una inutilidad para el servicio, ya que presentaba un trastorno afectivo bipolar con alternancia de episodios depresivos con otros de hipertimia o hipomanía; en este informe se estimaba que no guardaba relación directa causa efecto con vicisitudes específicas de la vida profesional. El expediente se instruyó en la Secretaría Técnica de la Subdirección General de Operaciones, actuando como Instructor el Comandante Oscar, y como Secretario el Sargento Manuel, entre el 10 y el 30 de junio de 1993. Remitido el expediente para informe, la propuesta de la Asesoría Jurídica de la Dirección General de la Guardia Civil, firmada por el Asesor BENITO EGIDO TRILLO-FIGUEROA, con fecha 5 de julio de 1993, fue que había existido relación de causa efecto entre el servicio y el trastorno mental invalidante, y que era revisable el acto firme por el que se había concedido la baja en el Cuerpo de la Guardia Civil, pues en ese momento lo que estrictamente correspondía era la baja por inutilidad para el servicio. Elevado el expediente al Ministerio de Defensa, órgano competente para su resolución, fue emitido informe favorable, declarando que la inutilidad física tuvo lugar en acto de servicio, por la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa, de fecha 28 de septiembre de 1993, firmado por el asesor jurídico general, Pedro, con el conforme de Marcos, Ministro de Defensa, fechado el 29 de septiembre de 1993.- El B.O.D. Nº 215 del 4 de noviembre de 1993 publicó la Orden Nº NUM002, por la que pasaba a la situación de retiro por inutilidad física, como ocurrida en acto de servicio y de conformidad con el art. 30 del Decreto 1599/72, el ex cabo primero de la Guardia Civil Jaime, con efectos de fecha 24 de



noviembre de 1987, y se establecía que por la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa se le señalaría el haber pasivo que le correspondiese; Orden de fecha 25 de octubre de 1993, firmada por Marcos , entonces Ministro de Defensa.- Mediante Acuerdo de fecha 6 de mayo de 1994 de la Subdirección General de Costes de Personal y Pensiones Militares de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa, se reconoció al Cabo Primero Jaime una pensión vitalicia de carácter extraordinario por inutilidad física causada en acto de servicio, con arranque el día 1 de diciembre de 1987. La cuantía de la pensión correspondiente a estas inutilidades causadas en acto de servicio era (y sigue siendo) del 200%, pero sometida a la limitación establecida en la Ley de Presupuestos. Así la cuantía inicial que se le fue reconocida ascendió de 149.905 ptas mensuales. Tras las oportunas liquidaciones, y teniendo en consideración el límite al que están sometidas esas pensiones, en 1994 se le abonaron por los atrasos 21.303.933 ptas., de los que se dedujeron 3.825.806 ptas. En 1994 la cuantía fue de 272.949 ptas. mensuales, que quedaban limitadas a 254.140. En 1995 el límite máximo fue de 265.320 ptas. mensuales.- En Sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián, causa Nº 21/84 de fecha 22 de septiembre de 1992, firme el 11 de marzo de 1994, fueron condenados Jesus Miguel , Cornelio , Jesús Carlos y Jaime por delitos de torturas, entre otras, a una pena de seis años y un día de inhabilitación para la función policial. Mientras que Jesús Carlos y Jesus Miguel fueron indultados en cuanto a las penas pendientes de cumplimiento de suspensión de funciones e inhabilitación y respecto a la pena privativa de libertad, en relación a Cornelio , el Consejo de Ministros, en reunión de 24 de marzo de 1995, no consideró oportuna la concesión del indulto. En ejecución de esa Sentencia se incoó expediente en relación con la pérdida de la condición de militar de Cornelio , fue emitido informe favorable a tal pérdida por la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa, con fecha 30 de mayo de 1995, firmado por el asesor jurídico general, Pedro , con el conforme de Marcos , Ministro de Defensa, fechado el 31 de mayo de 1995.- El B.O.D. Nº 109 del 6 de junio de 1995 publicó la Orden Nº 431/06499/95, por la que en cumplimiento de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de San Sebastián, causa Nº 21/84 de fecha 22 de septiembre de 1992, firme el 11 de marzo de 1994, perdía la condición de militar de carrera el Sargento

Primero de la Guardia Civil Cornelio , con efectos a partir de la fecha de firmeza, en aplicación de lo dispuesto en el art. 65.1 d) de la Ley 17/1989 de 13 de julio; orden de fecha 1 de junio de 1995, firmada por Marcos , entonces Ministro de Defensa.- Independientemente se siguió expediente Nº 14781 sobre inutilidad física para el servicio de Cornelio , expediente que se inició por Orden del Subdirector General de Operaciones de la Guardia Civil, al haber emitido dictamen el Tribunal Médico Superior de las Fuerzas Armadas, al que había recurrido el interesado por no estar conforme con los informes emitidos por Tribunales Médicos de rango inferior, estimando que concurría en ese Sargento 1º una inutilidad para el servicio, al padecer un estrés psicosocial de intensidad extrema, con un trastorno paranoide de la personalidad. El expediente se instruyó en la Secretaría Técnica de la Subdirección General de Operaciones, actuando como Instructor el comandante Oscar y como Secretario el Sargenteo Manuel , entre el 18 y el 21 de abril de 1993. Remitido el expediente para informe, la propuesta de la Asesoría Jurídica de la Dirección General de la Guardia Civil, firmada por el Asesor BENITO EGIDO TRILLO-FIGUEROA, de fecha 21 de abril de 1995, fue que había existido relación de causa efecto entre el servicio y la inutilidad física. Elevado el expediente al Ministerio de Defensa, órgano competente para su resolución, fue emitido informe favorable, declarando que la inutilidad física tuvo lugar en acto de servicio, por la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa, con fecha 4 de mayo de 1995, firmado por el asesor jurídico general, Pedro , con el conforme de Marcos , Ministro de Defensa, fechado el 5 de mayo de 1995.- La Asesoría Jurídica General en informe de fecha 2 de junio de 1995 firmado por el asesor jurídico general, Pedro , señaló que no constaba que se hubiese dictado resolución alguna acordando el retiro de Cornelio , como consecuencia de la inutilidad física, y que, a la vista del informe sobre la pérdida de la condición militar, no procedía acordar su retiro, sin perjuicio de la declaración ya acordada de inutilidad. Con esa fecha 2 de junio de 1995 el Ministro de Defensa, Marcos , remitió a la dirección General de Personal la comunicación de que Cornelio había perdido la condición de militar de carrera, y que, a los solos efectos del señalamiento de haberes pasivos que pudieran corresponderle, debía considerársele retirado por incapacidad permanente o inutilidad contraída en acto de servicio o como consecuencia del mismo.- Mediante Acuerdo de fecha 3 de octubre de 1995 de la Subdirección General de Costes de Personal y Pensiones Militares de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa, se reconoció al sargento 1º Cornelio una pensión vitalicia de carácter extraordinario por inutilidad física causada en acto de servicio, con arranque el día 1 de abril de 1994 y cuantía inicial de 347.998 ptas. mensuales, que quedaban reducidas, por superar el límite máximo al que están sometidas estas pensiones, a 254.140 ptas. (cuantía del 200% sometida al límite establecido en la Ley de Presupuestos). En 1995 el límite máximo fue de 265.320 ptas. mensuales.- En el año 1984, ante la frecuencia con que los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, especialmente en el País Vasco, se enfrentaban con denuncias por sus actuaciones profesionales, y las dificultades que tenían para obtener el correspondiente asesoramiento legal, en la Dirección General de Seguridad del Estado surgió la necesidad de dotar a los miembros de estos cuerpos de un servicio de asistencia jurídica. El 14 de enero de 1985 desde el Ministerio del Interior se formalizó un contrato de arrendamiento de servicios con el Abogado Evaristo , mayor



de edad, sin antecedentes penales, con la finalidad de que pudiese actuar como letrado para esos asuntos. Aunque los honorarios eran abonados desde la Secretaría de Estado para la Seguridad, no se interfería desde el Ministerio en las relaciones que se entablaban entre el Letrado y sus clientes.- Antes de que se iniciase la presente causa, el Letrado Evaristo ya había tenido relaciones profesionales con Cornelio y Jaime . Además, cuando en diciembre de 1987 Jaime , entonces ya retirado, quiso realizar un curso de piloto en U.S.A., Evaristo logró que se le hiciese llegar una cantidad cercana a los seis millones de pesetas, para sufragar ese curso, sin que conste que el dinero procediese de Gabino , mayor de edad, en ese momento sin antecedentes penales, entonces Secretario de Estado para la Seguridad. Antes de irse a U.S.A. Jaime le entregó a Pablo una bolsa, cuyo contenido no consta. En 1990 y 1991 Jaime recibió tratamiento psiquiátrico en la clínica López Ibor y Evaristo en esta ocasión se puso en contacto con el Director General de la Guardia Civil, Luis Miguel , logrando que éste, a través del Coronel Claudio , le entregase una cantidad próxima a los dos millones de pesetas, para sufragar los gastos del tratamiento. También a petición de Evaristo , Luis Miguel se puso en contacto con el General Íñigo , a fin de gestionar que el tratamiento psiquiátrico de Jaime se prestase en el Hospital Militar Gómez Ulla. El mencionado General, valorando que la dolencia de Jaime , aunque en ese momento estaba retirado, se había contraído o agudizado por el anterior desempeño de su cargo, consideró procedente la petición y realizó fructíferamente la gestión.- Además Evaristo asesoró a Cornelio y Jaime en los expedientes de incapacidad, antes expuestos, y trató de agilizar su resolución.- En 1991 Jaime pasó a trabajar en la empresa de seguridad PROSEGUR, sin que conste en qué términos pudo Evaristo influir en su contratación.- No consta que en 1991 se mantuviese una reunión entre Gabino , Evaristo y Luis Miguel en la que se planteasen la necesidad de hacer desaparecer a Jaime . Tampoco consta que cantidades que Cornelio o Jaime hubiesen podido percibir con cargo a fondos reservados, mientras estaban suspendidos, pudiesen pagarse en consideración a su intervención en estos hechos.- No consta que Evaristo hiciese a Cornelio advertencia alguna sobre la retirada de armas que pudiese tener en su domicilio.- En 1993 el entonces Comandante Juan Luis fue cesado por el Director General de la Guardia Civil, Luis Miguel , a petición del Coronel Rodrigo , del puesto que ocupaba en el Servicio Central de Información de la Guardia Civil, sin que conste en qué términos pudo Evaristo interesar del Director General que no dispusiese el cese o que lo revocase.- La pistola marca "BROWNING" nunca ha sido arma reglamentaria en el Cuerpo de la Guardia Civil". (sic)

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLO: En atención a lo expuesto y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española HEMOS DECIDIDO que: Debemos condenar y condenamos, con aplicación del C.P. texto refundido de 1973, a: Mariano , como autor de dos delitos de asesinato, con la agravante de prevalerse del carácter público, a la pena de 28 años y 6 meses de reclusión mayor, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, por cada uno de ellos, y, como autor de dos delitos de detención ilegal, a la pena de 7 años de prisión mayor, con la accesoria de suspensión de cargo público, por cada uno de ellos; y al pago de las costas proporcionales, incluyendo las de las acusaciones particular y popular.- Jose Carlos , como autor de dos delitos de asesinato, con la agravante de prevalerse del carácter público, a la pena de 28 años y 6 meses de reclusión mayor, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, por cada uno de ellos, y, como autor de dos delitos de detención ilegal a la pena de 7 años de prisión mayor, con la accesoria de suspensión de cargo público, por cada uno de ellos; y al pago de las costas proporcionales, incluyendo las de las acusaciones particular y popular.- Juan Luis , como autor de dos delitos de asesinato, con la agravante de prevalerse del carácter público, a la pena de 28 años de reclusión mayor, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, por cada uno de ellos, y, como autor de dos delitos de detención ilegal, a la pena de 6 años y 6 meses de prisión mayor, con la accesoria de suspensión de cargo público, por cada uno de ellos; y al pago de las costas proporcionales, incluyendo las de las acusaciones particular y popular.- Cornelio , como autor de dos delitos de asesinato, con la agravante de prevalerse del carácter público, a la pena de 27 años y 10 meses de reclusión mayor, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, por cada uno de ellos, y, como autor de dos delitos de detención ilegal, a la pena de 6 años y 1 día de prisión mayor, con la accesoria de suspensión de cargo público, por cada uno de ellos; y al pago de las costas proporcionales, incluyendo las de las acusaciones particular y popular.- Jaime , como autor de dos delitos de asesinato, con la agravante de prevalerse del carácter público, a la pena de 27 años y 10 meses de reclusión mayor, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, por cada uno de ellos, y, como autor de dos delitos de detención ilegal, a la pena de 6 años y 1 día de prisión mayor, con la accesoria de suspensión de cargo público, por cada uno de ellos; y al pago de las costas proporcionales, incluyendo las de las acusaciones particular y popular.- El tiempo máximo de cumplimiento no podrá exceder de los treinta años.- En concepto de responsabilidad civil deberán indemnizar conjunta y solidariamente a los herederos de Romeo en la cantidad de 25.000.000 ptas. y a los herederos de Imanol en la cantidad de 25.000.000 ptas.- Se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.- Conclúyanse conforme a derecho las piezas de responsabilidad civil.- Debemos absolver y absolvemos a: Mariano , Jose Carlos , Juan Luis , Cornelio y Jaime de dos



delitos de pertenencia a banda armada, lesiones y torturas de los que también venían acusados, declarando de oficio la parte proporcional de las costas.- Gabino de los delitos de encubrimiento y malversación de los que venía siendo acusado, declarando de oficio la parte proporcional de las costas.- Evaristo de los delitos de encubrimiento de los que venía siendo acusado, declarando de oficio la parte proporcional de las costas". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por las representaciones de Guadalupe y Remedios ; el Ayuntamiento de Tolosa y Asociación contra la Tortura; Jaime ; Cornelio y Juan Luis ; Jose Carlos ; Mariano y el Abogado de Estado, que se tuvieron por anunciados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Jose Carlos formalizó el recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por aplicación indebida del art. 480 e inaplicación indebida del art. 184, ambos del C. Penal de 1973.

SEGUNDO: Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ denuncia la vulneración de varios derechos fundamentales.

TERCERO: Al amparo del art. 849.2º de la LECriminal denuncia error en la apreciación de la prueba.

CUARTO: Al amparo del art. 859.1º de la LECriminal al haberse denegado numerosísimas diligencias de prueba.

QUINTO: Al amparo del art. 851.6º de la LECriminal.

La representación de Mariano basó su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Por quebrantamiento de forma:

PRIMERO: Al amparo del art. 850.1º de la LECriminal, por haberse denegado diligencia de prueba que propuesta en tiempo y forma por las partes se considere pertinente y, al tiempo por vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa consagrado en el art. 24.2 de la Constitución.

SEGUNDO: Al amparo del art. 851.1º de la LECriminal por manifiesta contradicción en el relato de hechos probados.

TERCERO: Por el mismo motivo anterior.

CUARTO: Al amparo del art. 851.3º de la LECriminal, por no resolverse en la sentencia todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa, así como por vulneración del derecho fundamental a la defensa del art. 24.2 de la CE, conforme al art. 5.4 de la LOPJ.

QUINTO: Al amparo del art. 851.6º de la LECriminal, por haber concurrido a dictar sentencia algún magistrado cuya recusación intentada en tiempo y forma, y fundada en causa legal, se hubiese rechazado, y por el cauce del art. 5.4 de la LOPJ por entender vulnerado el derecho a un Juez imparcial.

Por infracción de ley:

PRIMERO: Al amparo del art. 849.2º de la LECriminal por error en la apreciación de la prueba.

SEGUNDO, TERCERO Y CUARTO: Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ denuncia vulneración de la presunción de inocencia en los tres motivos, lo que permite un examen conjunto.

QUINTO: Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ denuncia vulneración del derecho a la defensa y a la asistencia letrada del art. 24.2 de la Constitución.

La representación de Jaime basó su recurso en los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Al amparo del art. 849.1º de la LECriminal, por aplicación indebida del art. 12.1 del C. Penal de 1973 en lo concerniente a la autoría del recurrente de los delitos de detención ilegal y asesinato.

SEGUNDO: Al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por infracción de los arts. 405 y 406 de la LECriminal.

TERCERO: Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ denuncia la infracción del art. 24 de la CE.

CUARTO: Al amparo del art. 849.2º de la LECriminal por error en la apreciación de la prueba.

La representación de Juan Luis y Cornelio basó su recurso en los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Al amparo del art. 850.1º de la LECriminal por haberse denegado diligencias de prueba que propuestas en tiempo y forma, se consideran pertinentes.



SEGUNDO: Al amparo del art. 850.1º de la LECriminal al haberse denegado diligencias de prueba que, propuestas en tiempo y forma, se consideren pertinentes.

TERCERO: Al amparo del art. 851.6º de la LECriminal al haber concurrido a dictar sentencia dos Magistrados cuyas recusaciones, intentadas en tiempo y forma, fundadas en causa legal, hayan sido rechazadas.

CUARTO: Al amparo del art. 851.3º de la LECriminal, por considerar que la sentencia no resuelve todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa.

QUINTO: Al amparo del art. 851.1º, por considerar que en la sentencia resulta manifiesta contradicción entre los hechos probados.

SEXTO: Al amparo del art. 849.2º de la LECriminal, por error en la apreciación de la prueba.

SEPTIMO: Al amparo del art. 849.2º de la LECriminal, por error en la apreciación de la prueba.

OCTAVO: Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia, aunque solamente en relación al recurrente Juan Luis .

NOVENO: Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ denuncia vulneración de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia.

DECIMO: Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ denuncia la vulneración de los derechos fundamentales al juez ordinario predeterminado por la ley, el juez natural, el derecho a un juicio justo con todas las garantías, ser juzgados por un órgano jurisdiccional que sea y parezca imparcial y a la tutela judicial efectiva.

DECIMOPRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ denuncia la vulneración del derecho a un proceso justo con todas las garantías.

Recurso de Guadalupe y Remedios .

PRIMERO: Al amparo del art. 849.1º de la LECriminal, por infracción por inaplicación indebida de los arts. 174 bis a) del C.Penal de 1973.

SEGUNDO: Al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por inaplicación indebida del art. 481.2º en relación con el art. 480 del C. Penal de 1973.

TERCERO: Al amparo del art. 849.1º de la LECriminal, por inaplicación indebida del art. 10.10ª del C. Penal de 1973 en relación con el art. 61.2 del mismo cuerpo legal.

CUARTO: Al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por inaplicación indebida del art. 10.13ª del C.Penal de 1973.

QUINTO Y SEXTO: Al amparo del art. 849.1º al haberse infringido el art. 204 bis, párrafo 1º en relación con el art. 420.3 o, alternativamente, con el art. 496, o bien con el 582 o en su caso 583.1º (Motivo 6º) todos ellos del C. Penal de 1973, así como el art. 10.8ª en relación con el art. 61.2º.

SEPTIMO Y OCTAVO: al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por inaplicación de los arts. 420.3º en relación con el 406.5º, así como las circunstancias 8ª y 10ª en relación con el art. 61.º, o subsidiariamente, Motivo 8º, arts. 582 y 583.1º todos del C. Penal de 1973.

NOVENO: Al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por aplicación indebida de los arts. 19, 101.3 y 104, párrafo 2º, todos del C. Penal de 1973.

La representación del Ayuntamiento de Tolosa y la Asociación contra la Tortura basó su recurso de casación en los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por inaplicación del art. 174 bis a), pertenencia a banda armada.

SEGUNDO: Al amparo del art. 849.1º de la LECriminal, por no aplicación del art. 481.2º en relación con el art. 480, párrafo 1º del C. Penal.

TERCERO: Al amparo del art. 849.1º de la LECriminal, por inaplicación de la agravante de aprovechamiento de lugar en los delitos de asesinato.

El recurso de la Abogacía del Estado se basó en los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por infracción del art. 22 del C. Penal.

SEGUNDO: Al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por infracción del art. 22 del anterior C. Penal y art. 121 del vigente.



TERCERO: Al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por infracción del art. 22 del C. Penal de 1973 y art. 121 del C. Penal vigente.

Quinto.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Vista, se celebró la votación el día 7 de Junio de 2001, y por auto de fecha 18 de Junio de 2001 se prorroga por treinta días hábiles el plazo para dictar sentencia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el día 26 de Abril de 2000, condenó a Jose Carlos , Mariano , Juan Luis , Cornelio y Jaime como autores, cada uno de ellos, de dos delitos de detención ilegal y dos delitos de asesinato a las penas y responsabilidad civil en los términos descritos en el fallo, absolviéndoles de los delitos de pertenencia a banda armada, lesiones y torturas.

Contra dicha sentencia se han formalizado un total de siete recursos de distinto y opuesto signo.

Por un lado, se han formalizado recursos contra la sentencia por parte de las representaciones legales de los condenados, Sres. Jose Carlos , Mariano , Juan Luis conjuntamente con Cornelio , y por Jaime . También ha formalizado recurso el Sr. Abogado del Estado, en la condición de responsable civil subsidiario que tiene declarada en la sentencia.

De otro lado, la acusación particular --Sres. Guadalupe y Remedios --, y la acusación popular --Ayuntamiento de Tolosa y Asociación contra la Tortura--, también han recurrido la sentencia.

Por razones de lógica y sistemática jurídicas, debemos iniciar el estudio de los diversos recursos, comenzando por los correspondientes a los condenados en la sentencia, para seguir por el del responsable civil subsidiario y terminar por los formalizados por las Acusaciones Particular y Popular.

Dentro de este orden, el abordaje de los recursos de las representaciones legales de los condenados, se efectuará comenzando por el recurso de la defensa del Sr. Jose Carlos , continuando por los del Sr. Mariano , Sres. Juan Luis y Cornelio , Sr. Jaime y Sr. Abogado del Estado.

Al constatarse que existen motivos comunes a todos los recurrentes, y en evitación de inútiles repeticiones, se estudiarán en profundidad la primera vez que sean abordados, y sin perjuicio de los especiales razonamientos que exijan las argumentaciones individualizadas de cada uno de los recurrentes, y se efectuarán, en cuanto sea preciso, las oportunas remisiones a cuestiones ya resueltas.

Segundo.- Recurso de D. Jose Carlos .

Aparece formalizado por siete motivos, aunque se renunció al quinto, cuyo estudio, también lo reordenaremos en razón de la diversa naturaleza de los motivos casacionales. Comenzaremos por los motivos encauzados por la vulneración de derechos constitucionales, para seguidamente pasar a los motivos por quebrantamiento de forma y concluir con los motivos por infracción de Ley, ya sea del párrafo 1º ó 2º del art. 849. El mismo orden seguiremos en el estudio de los motivos de los demás recursos.

Tercero.- Motivo segundo, a través del art. 5 apartado 4 de la LOPJ, en denuncia de la vulneración de los siguientes derechos constitucionales:

-Derecho a la tutela judicial efectiva -- art. 24-1º C.E.--.

-Derecho al proceso debido con todas las garantías -- art. 24.2 C.E.--.

-Derecho a la defensa -- art. 24.2 C.E.--.

-Derecho a la presunción de inocencia -- art. 24-2 C.E.--.

Realmente se trata de un motivo plural que por sistemática hubiera aconsejado una específica motivación casacional por cada derecho vulnerado. En todo caso ello no va a impedir el estudio de las concretas denuncias casacionales vulneradoras de tales derechos según el recurrente.

Las concretas denuncias casacionales son las siguientes:

1- Vulneración del derecho a la defensa durante la instrucción de la causa, por haber permanecido secreto el sumario.

2- Privación del derecho a los recursos legales, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva.

3- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia por inexistencia de prueba de cargo.



Analizaremos separadamente las tres denuncias.

1. En relación al secreto sumarial.

Se afirma por el recurrente que existió un "manifiesto abuso del secreto del sumario", que en la práctica sólo ha servido "...para impedir la intervención de la defensa...", lo que por otra parte no fue obstáculo para que los medios de comunicación tuvieran puntual conocimiento de todo su contenido.

Dicho secreto abusivo, ha tenido por consecuencia --se afirma-- que la presencia de los letrados haya sido "nominal" en las diligencias más fundamentales, y que, en definitiva, no haya habido igualdad entre las partes, si se tiene en cuenta que de una instrucción que duró tres años aproximadamente, permaneció secreta, total o parcialmente dos años y tres meses.

Una diferencia claramente definitoria del proceso penal frente al proceso de los demás órdenes jurisdiccionales, es que así como estos, responden al esquema de: fase de alegaciones, fase de prueba y fase de decisión, el proceso penal propiamente dicho, viene precedido de una fase instructora, preparatoria del juicio, y es precisamente la superación de esta la que nos conduce al Plenario, donde se realizan las alegaciones, la probanza y culmina con la decisión judicial que pone fin al conflicto, a salvo los recursos.

La existencia de esta fase de instrucción se justifica por la necesidad de realizar las actuaciones necesarias para decidir si se debe o no abrir juicio contra persona determinada, ya que por el carácter estigmatizante que tiene el proceso penal, el abrir juicio contra una persona, supone ya, el sometimiento a lo que se suele denominar "la pena de banquillo", y por ello la instrucción se justifica por la necesidad de encontrar indicios suficientes para objetivar un "juicio de probabilidad" justificador del sometimiento de la persona inculpada a la "pena de banquillo", sin perjuicio de que la condena sólo sea posible tras la obtención de un "juicio de certeza" a la vista de las pruebas, ahora sí, practicadas en el Plenario a salvo los concretos supuestos de prueba preconstituida, o de introducción en el Plenario de diligencias practicadas en la instrucción. Por decirlo con las palabras tan actuales ayer como hoy, a pesar del siglo largo de vigencia que tienen, "...el verdadero juicio no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates del Tribunal..." --Exposición de Motivos LECriminal 14 de Septiembre de 1882--.

Solo desde el reconocimiento del carácter de la instrucción penal como fase preparatoria del Juicio Oral, pueden comprenderse una serie de características que pueden ser opuestas a las que rigen el Plenario.

Entre otras, podemos citar como características de la fase de instrucción:

- a) El carácter escrito de esta fase de instrucción opuesto a la oralidad e inmediatez que tiene el Plenario exige el art. 120 de la Constitución.
- b) La competencia funcional diferenciada entre una y otra fase --instrucción y plenario--, de suerte que en la fase de Plenario intervengan Jueces imparciales diferentes de aquél que haya efectuado la instrucción, pues por ello, puede haber perdido la imparcialidad --basta la apariencia de su pérdida--, también aquí podemos citar la previsión de la LECriminal cuya Exposición de Motivos se refiere al "...Tribunal extraño a la instrucción...".
- c) Y con especial relevancia para la denuncia efectuada, el secreto de las actuaciones de instrucción, se justifica, precisamente por la naturaleza puramente preparatoria pero no enjuiciadora de la instrucción. Por ello el art. 301 establece el principio general de secreto del sumario, y el art. 302 prevé dicho secreto incluso para todas las partes personadas, excepto el Ministerio Fiscal.

La actual redacción del art. 302 es consecuencia de la extensión del principio acusatorio al sumario, de suerte que si por virtud del art. 118 --modificado, al igual que el 302, por la Ley 53/78 de 4 de Diciembre-- desde el mismo momento de la imputación puede ejercitar toda persona el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, adelantando al momento del traslado de la imputación lo que en el sistema original de la LECriminal se situaba en el procesamiento, paralelamente, este mayor protagonismo tiene como límite que dicho conocimiento pueda perjudicar la investigación, y por ello se arbitra la posibilidad de declararlo secreto para las partes en el art. 302, que no es sino una excepción al principio general de defensa e intervención en el sumario de toda persona desde el traslado de la imputación, entendiéndose por tal la sospecha de haber participado la persona concernida en la comisión de un hecho punible, sin que como se recuerda en la STC 152/93 de 3 de Mayo, pueda retrasarse el momento de la imputación.

Ciertamente que la posibilidad de declarar secreto el sumario, como toda norma limitativa de derechos fundamentales, debe ser interpretada de forma restrictiva, y por tanto efectuarse el correspondiente juicio de ponderación que justifique el sacrificio del derecho de defensa en la fase de instrucción con la generosidad y amplitud que le reconoció la reforma del citado artículo 118 ante su colisión con otros intereses igualmente dignos de protección, incluso más dignos de protección, como son los de la realización de la justicia e investigación de los delitos, finalidad de primer orden, en una sociedad democrática, pues no debe olvidarse



que la realización de la justicia constituye uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico – art. 1 C.E.–, por lo que es preciso establecer precauciones de salvaguarda cuando la intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar lugar a interferencias, manipulaciones u obstaculizaciones de investigación con riesgo de frustrar sus objetivos –en tal sentido STS de 19 de Octubre de 1995–.

Trasladando estas reflexiones al caso enjuiciado se constata que los hechos objeto de investigación sobre tener una gran trascendencia y gravedad en sí mismos, por aparecer, además, como implicados un alto mando de la Guardia Civil en Guipúzcoa, así como el representante máximo del Gobierno Central en dicha Provincia, y tratarse de actuaciones en las que todos los implicados, lejos de ser los garantes de la Ley, para la cual se hallaban investidos de la autoridad de que disponían, se habían convertido en sus transgresores, y disponían de efectivas posibilidades de entorpecer y obstaculizar las investigaciones.

En este control casacional se constata la razonabilidad de haberse acordado secreto el sumario, el que lo fue de forma motivada formal y materialmente. Es decir revistió forma de auto y se expresaron las razones que justificaban tal medida. En tal sentido pueden citarse, sin ánimo exhaustivo, los autos de 28 de Abril de 1995, 26 de Mayo de 1995, 26 de junio de 1995, 30 de Junio de 1995 y 31 de Julio de 1999, este último fue objeto de recurso por la acusación particular y popular, resolviéndose en sentido desestimatorio por auto de 25 de Agosto de 1995 –folio 3382– acordándose nuevas prórrogas por autos de 30 de Agosto de 1995 –folio 3399– así como la acordada, a instancias de la representación legal del Sr. Jaime – escrito de 7 de Agosto de 1997, acordada por auto de 8 del mismo mes y año –folio 11132– alzándose el secreto por auto de 8 de Septiembre de 1997 –folio 11196–.

La STC de 4 de Octubre de 1988, con cita de las SSTEDH dictadas en los casos Pretto y otros de 8 de Diciembre de 1983 y Sutter de 22 de Febrero de 1984, declara que desde la perspectiva de la garantía de los justiciables contra la justicia secreta que escape a la fiscalización del público, el principio de publicidad, no es aplicable a todas las fases del proceso, sino tan solo al acto oral que lo culmina y al pronunciamiento de la subsiguiente sentencia.

Esta limitación –se argumenta en la sentencia citada– no supone una violación del derecho de defensa, pues este encuentra su límite en el "interés de la justicia", valor constitucional que en nuestro ordenamiento penal se concreta en el art. 302 LECriminal.

Ciertamente que el Juez no debe prolongar el secreto sumarial por más tiempo del que resulte estrictamente necesario a las exigencias de la instrucción, pero en este control casacional no se objetiva un abuso en la declaración de secreto, y por otra parte, sí existen relevantes testimonios que ponen de manifiesto la dificultad de la propia investigación –testigos Sra. Soledad , Sres. Marco Antonio y Lázaro –.

Resulta al respecto especialmente significativo en cuanto a la alegación de que en fase de instrucción la defensa no se ha podido someter a contradicción las declaraciones de cargo, que en relación a la declaración heteroincriminatoria del coimputado Sr. Jaime , que se llevó a cabo estando secreto el sumario durante los días 12, 19, 21 y 26 de Agosto de 1997 –folios 11218, 11252, 11294 y 11320– alzado el secreto por auto de 8 de Septiembre –folio 11414–, se pudo solicitar por el recurrente y por cualquier otra nueva declaración, ya contradictoria del Sr. Jaime , y no se hizo, y concluido el sumario en Abril de 1998 guardando la prevención de haberse alzado el secreto con 10 días de antelación al de su conclusión, tampoco se solicita nueva declaración del coimputado lo que evidencia que el secreto sumarial no ha sido causante de la falta de contradicción de dicho testimonio. Se manifestó in voce por el letrado del recurrente, que la estrategia de la defensa la dirige el letrado del recurrente, lo que es obvio, más limitadamente, lo que se afirma con el caso concreto que se comenta, es que:

a) En este control casacional no se constata el abuso denunciado y por el contrario, las decisiones adoptadas sobre estar motivadas, se justifican por el conflicto de intereses en el que debía primar la investigación judicial y los intereses de la Justicia que podían verse perturbados por el riesgo de interferencias y obstaculizaciones dadas las peculiaridades y naturaleza de los hechos a investigar.

b) No se menciona por el recurrente ninguna diligencia que no haya sido posible practicar por causa del secreto del sumario o que no pudiera haberse llevado a cabo en el Plenario, ni ninguna concreta indefensión por la adopción del secreto. Se trata de una denuncia genérica que por lo expuesto no puede prosperar por no acreditarse concreta y real lesión al derecho de defensa.

También se afirma lo singular de la instrucción de este sumario porque los medios de comunicación tuvieron puntual conocimiento del contenido del mismo. Se trata de una reflexión que excede del preciso ámbito del recurso de casación. Al respecto debemos efectuar dos reflexiones:

1- Nada hay que alegar a la doble naturaleza que pueden representar unos hechos objeto de investigación judicial pero que al mismo tiempo conforman por su importancia, una noticia merecedora de atención por los



medios de comunicación, son dos esferas distintas en la que debe ser la estanqueidad de ambas esferas y muy particularmente, que el hecho como noticia no sea parasitario de la investigación judicial.

2- La peculiar situación que presenta esta instrucción sumarial, es que frente al brocardo "lo que no está en los autos, no está en el mundo", en no pocas ocasiones, la noticia primero estuvo en el mundo y luego llegó a los autos, situación que se hace acreedora de clara y rotunda censura, en la medida que se pueden conformar juicios paralelos que adelantan y conforman un determinado estado de opinión, y que no tiene otra solución en una sociedad democrática que la llamada a la responsabilidad de los medios de comunicación y al rigor de la información evitando toda desmesura y sensacionalismo, por ello, no deja de causar extrañeza que incluso, en ocasiones, se haya autorizado por el Sr. Juez Instructor a algún imputado -- Sr. Jaime -- a efectuar declaraciones a los medios de comunicación como se comprueba con la autorización dada a la Cadena Ser, sin que el "sin perjuicio" de lo establecido en el Reglamento Penitenciario, disminuya la censura por este tipo de autorizaciones --folio 11616--.

En todo caso, y como recuerda la reciente STC 64/2001 de 17 de Marzo --caso Marey--, las filtraciones a la prensa y los juicios paralelos solo pueden ser relevantes intraprocesum en la medida que se produzca un acreditado menoscabo de la imparcialidad o más exactamente de la apariencia de imparcialidad del Tribunal. Tal situación no se ha producido en el presente caso.

Como conclusión debemos declarar que no ha existido la indefensión ni la quiebra del derecho de defensa que se denuncia a raíz del secreto sumarial.

2- En relación a la privación del derecho a los recursos legales.

Se habla en general de privación del derecho a los recursos y se denuncia como "abundantísimas", pero sin ninguna concreción que permita un examen individualizado, las resoluciones del Instructor carentes de motivación, o improcedentes al resolver por providencia denegación de pruebas que debieron haber adoptado la forma de auto, que de este modo se les privaba del oportuno recurso.

Una denuncia en estos términos no puede ser admitida en casación por su generalidad.

En concreto, la única denuncia concreta se circunscribe al auto de 26 de Septiembre de 1986 en el que se estimaba parcialmente el recurso de una de las defensas y en el que se decía, según el acotado que efectúa el propio recurrente "...la resolución recurrida será sustituida por el oportuno auto en el que se hará nuevo pronunciamiento respecto a las diligencias sumariales propuestas...".

Dicho auto, no fue nunca pronunciado, y por tanto la defensa se vio privada de recurrir ese auto dada su inexistencia.

También se cita la situación de una concreta diligencia de prueba solicitada por la defensa y consistente en una declaración (sic). Dicha diligencia de prueba se deniega por proveído de igual fecha en la que se notifica el auto de conclusión del sumario, se interpuso recurso y el Instructor lo desestima por haber perdido la competencia ante la conclusión del sumario. Se interpone queja y la Sala sentenciadora estima que el momento procesal para efectuar alegaciones en otros, con la conclusión de que la diligencia de prueba solicitada no se practica.

Ninguno de los dos casos citados tiene la virtualidad de provocar una indefensión de carácter material en relación al derecho a los recursos que constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva.

La lesión al derecho a la tutela judicial efectiva exige una efectiva indefensa material, y por ello no equivale al quebrantamiento de las normas del procedimiento, como ya es reiterada doctrina tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala Casacional, la indefensión que prohíbe el art. 24-1º no nace de la sola y simple infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales, pues el quebrantamiento de su legalidad no provoca en todos los casos la eliminación o la disminución sustancial de los derechos que le corresponden a las partes en razón a su posición en el proceso. Debe por ello exigirse y verificarse un real y efectivo perjuicio para los intereses del afectado. En tal sentido SSTC 102/87, 155/88 y 59/98 de 16 de Marzo, y de esta Sala, entre otras, Sentencia de 17 de Octubre de 1997.

En el presente caso ya a priori en la medida que la denunciada privación de recursos se ciñe a la fase sumarial, difícilmente podría darse un real y efectivo perjuicio dada la naturaleza preparatoria y provisional de la fase de instrucción, y que es en definitiva en el Plenario, donde la fase de prueba se presenta al Tribunal con los principios de publicidad, intermediación, igualdad y contradicción.

El recurrente ni tan siquiera argumenta en qué manera concreta le pudo causar indefensión la inexistencia del auto que se dice se va a dictar y no se dicta y la diligencia de prueba relativa a una declaración que luego no se practica. Ni siquiera ha argumentado de forma concreta e individualizada y con un mínimo rigor de qué forma se le ha producido indefensión, porque ni siquiera están explicitadas tales diligencias, y lo que es más



relevante nada consta que esas indefinidas pruebas tuvieran el carácter de prueba anticipada y por tanto de imposible reproducción en el Plenario, debemos asimismo recordar que la pretendida indefensión por la falta de existencia del anunciado auto en la resolución de 26 de Septiembre de 1996 --que no fue dictado--, ya motivó su denuncia a través de los artículos de previo pronunciamiento presentados y que fue resuelta por la Sala de instancia en el auto de 12 de mayo de 1999 --folio 1997 del Rollo-- que los desestimó todos.

Procede por ello la desestimación de esta segunda denuncia.

3- En relación a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

El recurrente efectúa unas extensas comprobaciones --folios 11 a 85 de su escrito de recurso-- cuyo estudio abordaremos previa su sistematización.

Las concretas denuncias que se efectúan en el marco de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia son las siguientes cuatro:

a) Resulta imposible valorar el testimonio del coimputado Sr. Jaime . Su declaración en sede sumarial fue inculpativa, entre otros, para el recurrente, pero se prestó en régimen de secreto sumarial, no pudo ser sometido a contradicción, y tampoco en la fase de Plenario pues cambió su declaración y se desdijo de aquella declaración. Por otro lado, está acreditada la enfermedad mental que tiene y que le desacredita totalmente como testigo fiable.

b) Carece de credibilidad la testifical de los Sres. Rodrigo y Gregorio .

c) No puede valorarse la declaración del testigo de referencia, testigo protegido nº 2345, ya que se cuenta en los autos con el testigo directo origen de la noticia.

d) Carece de todo apoyo probatorio la afirmación de la sentencia de que el recurrente ordenara la detención en Francia y traslado a San Sebastián de los Sres. Romeo y Imanol ni que ordenase el asesinato de éstos.

Una denuncia como la expuesta, obliga a la Sala de Casación a verificar "el juicio sobre la prueba", es decir la existencia de prueba producida sin violación de derechos fundamentales e incorporada a las actuaciones de acuerdo con los principios que rigen el Plenario, principios de igualdad, intermediación, publicidad y contradicción.

Ya desde ahora debemos advertir que queda extramuros del control casacional la valoración de la prueba existente, la que en virtud de la intermediación que dispuso la Sala sentenciadora, y de acuerdo con el art. 741 LECriminal, a ella le pertenece.

Solo excepcionalmente, en casos de falta de motivación o de conclusiones contrarias a las máximas de experiencia, reglas de la lógica o principios científicos, esta Sala, como último garante de la legalidad ordinaria penal y en garantía de la interdicción de toda arbitrariedad -- art. 9-3º C.E.--, exigible a todos los poderes públicos y, muy excepcionalmente del Poder Judicial, en cuanto que todo enjuiciamiento debe venir definido por las coordenadas de motivación y razonabilidad, podría revisar aquellas valoraciones evidenciadoras de tacha de arbitrariedad o inmotivación.

En síntesis, puede afirmarse que el ámbito del debate, en sede casacional, del derecho a la presunción de inocencia se concreta en el "juicio sobre la existencia de prueba", no "el juicio sobre la valoración de la prueba existente" salvo excepciones dichas.

Aquel "juicio sobre la prueba" se integra por los siguientes elementos:

a) Control sobre la existencia del hecho penal con sus características definitorias así como sobre la intervención que en aquellos haya podido tener el condenado, todo ello desde la perspectiva de los hechos y no sobre su valoración jurídica que podría dar lugar a motivos casacionales por el cauce de la Infracción de Ley.

b) Existencia de prueba de cargo directa o indirecta o por indicios, pues ambas tienen la aptitud de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, debiéndose centrar el control casacional en la superación de los contrastes de legalidad constitucional y ordinaria, pues solo tras la superación de unos y otros puede hablarse de existencia de prueba de cargo apta o susceptible para la valoración.

c) Existencia de motivación y la comprobación de la razonabilidad de las conclusiones extraídas por la Sala sentenciadora, lo que resulta de la mayor importancia en supuestos de prueba indiciaria por el riesgo de mayor subjetivismo judicial que esta supone.

En tal sentido, y entre las más recientes SSTS 1558/99 de 1 de Octubre, 1231/2000 de 3 de Julio, 1346/2001 de 28 de Junio y 18/20001 de 16 de Marzo.

Desde esta consolidada doctrina existente respecto del ámbito del control casacional en relación a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia pasamos a estudiar las diversas denuncias.



3.1º.- En relación a la declaración del coimputado Don. Jaime .

Dos son las críticas que se efectúan y que en la teoría del recurrente deben abocar a la nulidad de dicho testimonio por no ser suficiente ni fiable.

Se dice en primer lugar, que la declaración incriminadora, efectuada en sede sumarial y estando secreto el sumario, declaración efectuada los días 12, 19, 21 y 26 de Agosto de 1997 no ha sido sometida a contradicción y que su valoración como prueba de cargo, se ha hecho a pesar de ello. No se niega que dicha declaración heteroincriminatoria fue introducida en el Plenario mediante su lectura, pero estimar que dicha lectura equivale al sometimiento al rigor de la contradicción, se califica por el recurrente de "entelequia", y ello porque en el Plenario se había retractado de sus iniciales declaraciones, por lo tanto ya no había lugar a preguntar o contrainterrogar en relación a sus primeras declaraciones.

En respuesta a esta alegación, debemos recordar que si bien es cierta la declaración en sede sumarial del Sr. Jaime estando secreto el sumario, no es menos cierto, que pocos días después de concluirse dicha declaración concretamente por auto de 8 de Septiembre obrante al folio 11414 se alza el secreto parcial del sumario "...decretado el ocho de Agosto de 1997, respecto de las declaraciones del procesado Jaime ...". A partir de dicho momento, se pudo solicitar por la representación del actual recurrente y del resto de los recurrentes condenados, nueva declaración que ya hubiera estado sometida al rigor de la contradicción, en la propia fase sumarial. No interesa indagar las causas de que ello no se hiciera. Basta constatar que pudo hacerse y no se hizo, como argumento para desmentir la alegación de que la defensa nunca pudo someter a contradicción la declaración incriminadora del Sr. Jaime .

Ciertamente que con posterioridad dicha persona se retracta de todo lo declarado, y así lo anunció en su escrito obrante al folio 1236 del Rollo de Sala, escrito que ratificó en el Plenario, y ejerciendo el derecho a guardar silencio respecto de las preguntas que le efectuaron el Ministerio Fiscal y las acusaciones. Es en esta situación en la que se introduce su declaración del mes de Agosto en el Juicio Oral con su lectura.

Seguidamente, y a preguntas de las defensas, en relación a la declaración del mes de Agosto, solo se limita a decir que fueron hechas durante el secreto del sumario y sin asistencia de las partes, lo que es cierto pero el examen directo de las actuaciones, permitido dado el cauce casacional utilizado, nos evidencia también que dicha declaración fue solicitada personalmente por el propio Sr. Jaime a través de su representación legal –folio 11131–, interesándose que fuera secreta, y que así se acordó por auto de 8 de Agosto –folio 11203–, que con fecha 12 de Agosto compareció ante el Sr. Juez Instructor –folio 11218– continuándose los días 19, 21 y 26.

Procede rechazar la censura que efectúa el recurrente respecto de la suficiencia de la declaración citada por la pretendida falta de contradicción.

La segunda denuncia se refiere a la fiabilidad del testimonio, dada la enfermedad mental que tiene.

En el factum se hace referencia a dicha enfermedad mental –apartado VII- trastorno afectivo bipolar con alternancia de episodios depresivos con otros de hipertimia o hipotimia. La inclusión en el factum, pone de manifiesto que la Sala ha efectuado su valoración desde el reconocimiento de la existencia de tal enfermedad, respecto de lo que consta el oportuno informe médico-psiquiátrico obrante a los folios 3297 y siguientes del Rollo de la Audiencia, si bien en relación a la existencia de un nexo entre dicha enfermedad y las manifestaciones heteroincriminatorias efectuadas en el mes de Agosto de 1997 que hubiese puesto en tela de juicio la credibilidad del testimonio, la Sala sentenciadora lo rechaza en la medida que encuentra corroboraciones específicas de la versión dada por el coimputado –Fundamento Jurídico segundo A- declaraciones de los imputados– y además nada existe en dichos informes médicos que sean sugerentes de fabulación. En definitiva, la censura del recurrente desemboca en el tema de la credibilidad que le merezca al Tribunal sentenciador el testimonio, y en principio, las cuestiones de credibilidad en cuanto que están vinculadas a la inmediatez, entendida esta no como un "estar" pasivo y ausente, sino como un entender, percibir, asimilar y formar opinión en conciencia y en el conjunto sobre lo dicho, a través de sus reacciones, gestos y psiquis evidenciado en su narrar, no tienen acceso al control casacional.

Recordemos brevemente la doctrina jurisprudencial, tanto de esta Sala como del Tribunal Constitucional en relación al testimonio del coimputado y su aptitud para integrar la mínima actividad probatoria de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, así como del supuesto de retracciones o pluralidad de declaraciones de opuesto signo.

La aptitud para poder integrar la declaración del coimputado, la mínima actividad probatorio de cargo, viene dada por el cumplimiento de dos requisitos, uno positivo y otro negativo, como afirma la STS nº 623/99 de 27 de Abril.



El requisito positivo viene exigido por la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional – STC 153/97 y 49/98–, reiterada en la última del mismo Tribunal, Sala Segunda, 115/98 de 1 de Junio según la cual "...la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas....": de ello se deriva la exigencia de una adición a las declaraciones del coimputado, de algún otro dato que corrobore su contenido, y este plus es de tal necesidad que, en palabras de la misma sentencia "...antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demanda la presunción de inocencia....". Doctrina que eleva la condición de esas otras evidencias a la naturaleza de presupuesto, en relación con la inicial posición jurisprudencial que ponía el acento exclusivamente en la inexistencia de intereses bastardos en lo declarado por el imputado, es decir en el requisito negativo – Sentencia del Tribunal Supremo 877/96 de 21 de Noviembre– bien que ya se apuntase la improcedencia de fundar la condena sic et simpliciter en la mera acusación del coimputado – Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de Noviembre de 1994 y 15 de Febrero de 1996–, pero siempre en una clave de mero reforzamiento, y así se viene a decir en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Octubre de 1992 que la admite como medio de prueba "...máxime si coincide con otros apoyos probatorios....".

A partir de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta, que se reitera en la STS 68/2001 de 17 de Marzo, esos otros apoyos o datos, no son ex abundantia sino presupuesto necesario positivo para la consideración del testimonio del coimputado como prueba de cargo.

El requisito negativo está constituido por la ausencia de móviles o motivos que induzca a deducir que el coimputado haya efectuado la heteroinculpativa guiado por móviles de odio personal, obediencia a tercera persona, soborno, venganza o resentimiento, o bien por móviles tendentes a buscar la propia exculpación mediante la inculpativa del otro.

En definitiva se trata de constatar que no concurre ninguna tacha ni sombra en el testimonio dado, que pueda afectar a la credibilidad del mismo, ya que en definitiva, se está ante un problema de credibilidad y por ello esta cuestión debe ser examinada escrupulosamente por el Tribunal de instancia.

En relación al supuesto de diversidad de declaraciones, recordemos también con la STS nº 1696/99 de 1 de Diciembre que "...en los supuestos de comparecencia de los coimputados durante el juicio oral, las posibles discrepancias entre las declaraciones prestadas durante las distintas fases procesales deben someterse a contradicción y contraste en el juicio, siendo competencia del Tribunal de instancia en cuya presencia se hayan dictado, la valoración razonada y razonable de la credibilidad de las distintas versiones, conforma al principio de inmediación (SSTS 21 y 23 de mayo de 1996). Las contradicciones, retractaciones o correcciones sobre la implicación de los coacusados, no significan inexistencia de prueba de cargo sin que constituyen un tema de valoración o apreciación probatoria, pudiendo el Tribunal confrontar unas y otras versiones y formar un juicio de conciencia, en función de las máximas ordinarias de experiencia, sobre su respectiva veracidad, atendiendo a su coherencia o incoherencia interna, razones expresadas para justificar la retractación, etc. conforme a lo prevenido por el art. 741 de l LECrim (SSTS de 12 de diciembre de 1996 y 3 de octubre de 1997 , entre otras). Como señala la STC 161/1990 (RTC 1990151), lo que resulta determinante para la apreciación de la legitimidad de una declaración practicada en el sumario y contradictoria con la practicada en el juicio oral es que se dé oportunidad a quien ha efectuado esas declaraciones contradictorias para que explique esa diferencia y que el Juez pueda valorar con inmediación la rectificación producida. Asimismo recuerda la STC 115/1998, de 1 de junio (RTC 1998115), que la posibilidad de que, en caso de contradicción entre los resultados de ambos medios de prueba, el órgano judicial funde su convicción en las pruebas sumariales en detrimento de lo manifestado en el juicio oral, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en numerosas resoluciones entre las que cabe citar SSTC 82/88, 98/90 y 51/95....".

En el mismo sentido SSTS de 23 de Septiembre de 1998 y nº 652/99 de 21 de Junio y 36/99 de 25 de Enero entre otras muchas.

Desde la consolidada doctrina jurisprudencial expuesta, procede que en este control casacional se examine la declaración del coimputado Jaime para verificar la superación de los filtros de legalidad constitucional y ordinaria, indispensables para que dicho testimonio alcance la condición de prueba de cargo, y como tal, poder integrar junto con el resto del acervo probatorio –que posteriormente también será analizado–, la mínima actividad probatoria capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

Ya hemos declarado, y ahora se reitera, que la declaración inculpativa de Jaime , efectuada en la instrucción no vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva ni el derecho de defensa a pesar de ser prestada, –como se solicitó por el propio interesado– previa declaración de secreto. En la misma fase sumarial pudo haberse solicitado una nueva declaración, alzado ya el secreto.



La existencia de una posterior retracción, anunciada antes del Plenario –folio 1236 Rollo de la Audiencia–, y ratificada en el mismo juicio oral, no impide que la Sala sentenciadora –como así hizo– de las diversas declaraciones alzaprimar aquella que estimó de superior credibilidad, que fue, precisamente, la declaración en fase sumarial antes citada. Dicha declaración fue introducida en el Plenario con su lectura, y por tanto se le dio la oportunidad de que ofreciese una explicación de la divergencia. El Sr. Jaime ejerció el derecho de guardar silencio y no responder a las preguntas del Ministerio Fiscal y de las acusaciones particulares, lo que implícitamente sin que ello suponga una valoración negativa del ejercicio del derecho al silencio, constatamos que, más limitadamente, supone una no explicación de la divergencia, y a preguntas de la defensa criticó las condiciones en que se produjo aquella declaración –en secreto–, condición que él había solicitado, constituyendo esta respuesta una flagrante contradicción consigo mismo.

La Sala sentenciadora explica con detalle las razones que le llevan a estimar la superior credibilidad de una declaración prestada en el sumario, y por tanto no oída por el Tribunal, frente a la prestada en el Plenario y escuchada por éste, y las razones que explicita son las siguientes:

a) La declaración sumarial fue acompañada de la presentación de una cinta grabada por él y el también recurrente Cornelio, cuando les visitaron en la cárcel los Sres. Jesús y Juan Luis, en relación a la misma, el Sr. Jaime manifestó en el Plenario que toda la cinta era una falsificación hecha por él mismo con un ordenador en la prisión, versión que descarta el Tribunal por ser totalmente inverosímil, y no existir en el examen de dicha cinta al menor rastro de que hubiese sido manipulada; más aún, añadir un último argumento la Sala de naturaleza finalística pues el contenido de las conversaciones no estaba dirigido a efectuar imputaciones a nadie, sino que se integra por unos comentarios en los que –en palabras de la sentencia "....se va perfilando la decisión de modificar la versión que hasta entonces venía manteniendo....".

En relación a la grabación de la conversación privada por uno de los intervinientes, debemos declarar su validez –cuestión distinta es la valoración que puede hacerse de ella–, por estimar que una grabación en tales circunstancias no está sujeta al estándar de garantías que protege el secreto de las comunicaciones. En efecto, la norma constitucional del art. 18-3º se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación misma, por ello la presencia de un elemento ajeno a los conversadores es indispensable para configurar el ilícito constitucional. En tal sentido se pueden citar las STC nº 114/84 de 29 de Noviembre y la de esta Sala de 5 de Febrero de 1996 "....el secreto de las comunicaciones se refiere esencialmente a la protección de los ciudadanos frente al Estado, sin que, en principio, pueda generar efectos en el plano horizontal, es decir, frente a otros ciudadanos...."

b) En el acta de inspección ocular de la villa de La Cumbre, en San Sebastián, llevado a cabo el 31 de Octubre de 1997, – folio 12265–, se demuestra por el coimputado un conocimiento de dicho edificio solo justificado por quien ha estado en dicho edificio, constatando la Sala sentenciadora que se desarrolló con facilidad durante la inspección, dando explicaciones de algún elemento arquitectónico cambiado con las obras que se hicieron posteriormente –lo que corroboró el arquitecto asistente a la inspección–, aunque existan algunos extremos que no recuerde. Y en este control casacional se verifica la razonabilidad de lo argumentado por la Sala sentenciadora, bastando al respecto con la sola lectura del acta, extensa y minuciosa.

c) Como tercer argumento justificativo, se hace referencia a lo declarado por el Sr. Jaime en el trámite del "derecho a la última palabra" en el que dijo sentirse abandonado por Jose Carlos –su superior jerárquico– "....que había vuelto la grupa de su caballo a él y a Cornelio en el frente....", lo que suscita en la Sala sentenciadora la reflexión de que "....sólo partiendo de que habían actuado cumpliendo las órdenes de Jose Carlos puede entenderse que, estando ello en la cárcel, se sintiesen abandonados por su superior....", –página 34 de la sentencia–, reflexión que no puede estimarse de arbitraria, irracional o contraria a las máximas de experiencia.

d) Todavía puede adicionarse un dato más en favor de la razonabilidad de la decisión de la Sala de alzaprimar la declaración en sede sumarial del Sr. Jaime. Nos referimos a la existencia de un careo efectuado con el testigo Don. Jesús el día 12 de Marzo de 1998 en el que ratifica su declaración –folio 13090–, y otro careo con el también recurrente condenado Sr. Juan Luis el día 18 de Septiembre de 1997, que no se pudo llevar a cabo por oposición de éste, y en el que también el Sr. Jaime mantuvo su declaración –folio 11692–, lo que supone una especial persistencia en el tiempo de dicha versión hasta que sin explicación plausible es cambiada.

Todo lo expuesto nos lleva a afirmar que la Sala sentenciadora ha razonado y justificado cumplidamente el porqué de su decisión de estimar la superior credibilidad de las declaraciones sumariales, no escuchadas, frente a las del Plenario, cumpliendo el plus de argumentación que se exige en estos casos – STS 22 de Diciembre de 1997 y 13 de Junio de 1998 y 14 de Mayo de 1999, entre otras–, por lo que la decisión no es arbitraria ni caprichosa y así se declara en este trance casacional..



Pero aún debemos avanzar en el estudio de la declaración del coimputado, en la línea de la doctrina jurisprudencial más arriba expuesta.

Nos referimos a la concurrencia del requisito positivo de que existan corroboraciones de la versión inculpativa del coimputado y del negativo de ausencia de móviles o matices que induzcan a pensar que el coimputado ha efectuado tales heteroinculcaciones por odio personal, soborno, venganza, o resentimiento o con la intención de conseguir su propia exculpación.

Ya adelantamos que en este control casacional aparece con claridad la existencia de otras probanzas que permiten hablar de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida desde la perspectiva constitucional que demanda la presunción de inocencia, así como la ausencia de todo móvil espurio, interesado o falaz, o lo que es lo mismo, ausencia de razones que abonen una incredulidad subjetiva.

En efecto, el acervo probatorio de cargo se integra, además, por las declaraciones de los testigos Julio Gregorio , Rodrigo y testigo protegido nº NUM003 , que de forma fragmentaria ofrecen datos que confirman la declaración del coimputado Sr. Jaime que, recordemos, solo se refiere a la detención en Francia de los Sres. Romeo y Imanol , y al interrogatorio que efectuaron él mismo y Cornelio por orden del Sr. Jose Carlos , Segundo comandante de la Comandancia de la Guardia Civil de San Sebastián, actuando de enlace entre aquéllos y éste el Capitán Juan Luis –también condenado–, y permaneciendo los detenidos en la villa de la Cumbre que a tal efecto había sido facilitada por el, a la sazón, Gobernador Civil de San Sebastián y también condenado Mariano , sin que nada se diga en dichas declaraciones respecto del destino de los detenidos.

Textualmente, al respecto solo se dice –folio 11254– "...el último día Juan Luis se dirige al declarante y a Cornelio para que se retiren del servicio....". Y en el mismo sentido, al folio 11326 "...los interrogatorios se realizaron, no a lo largo de las 24 horas, sino de forma puntual durante esos tres días, el martes por la noche el Comandante Juan Luis les dijo que podían retirar el servicio....". Igualmente debe recordarse que la propia fragmentación del relato que se reconoce –detención e interrogatorio– se extiende también a otros posibles responsables no identificados, ya que al mismo folio 11254, el Sr. Jaime afirma que "...no quiere implicar a sus compañeros de rango en la Guardia Civil como ya indicó en su primera comparecencia.....".

En relación al elemento negativo de ausencia de móviles que hagan dudar de la veracidad del testimonio, bastará con indicar la coincidencia existente en este punto de mutuo respeto y admiración recíprocamente profesado, desde el diferente puesto que ocupaban en la escala jerárquica militar, entre el Sr. Jose Carlos a la sazón, Segundo Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil y el Sr. Jaime encuadrado en el Servicio de Información de dicha Comandancia, en este sentido resulta suficiente, por su contundencia, la declaración en el Plenario del Sr. Jose Carlos –folio 3416 del Rollo de Sala– donde por dos veces repite que "... Jaime y Cornelio eran los mejores de su servicio...." y la manifestación de Jaime en el trámite de la última palabra que exterioriza una fe en el mando, que solo se resquebraja cuando se siente abandonado. En tal sentido se pueden traer a colación las expresiones de su declaración en sede sumarial –folio 11295– "...el declarante y Jose Carlos como militares que son, tenían un credo, el credo es la fidelidad a los subordinados y al débil, y no a los superiores.... no entiende cómo Jose Carlos puede permitir que todos los delitos relacionados con la guerra sucia se hayan atribuido a hombres de su cuartel.... admite que los políticos sean hipócritas, pero no así un General de la Guardia Civil al que hubiese seguido hasta donde fuese....".

Por lo demás, la parte recurrente ni siquiera ha alegado –y menos acreditado– la existencia de resentimiento o móviles espurios como explicación de aquella declaración.

Como conclusión de todo lo razonado, debemos declarar que en este control casacional se ha acreditado la aptitud de la declaración del coimputado Sr. Jaime para ser valorada como prueba de cargo desde las exigencias constitucionales de la presunción de inocencia. Más adelante, tras el examen de las censuras que se efectúan a los testigos de cargo, entraremos en el examen de la razonabilidad de las conclusiones alcanzadas por la Sala sentenciadora, en cuanto a los delitos existentes y autoría de los recurrentes condenados.

3.2º- En relación a las declaraciones de los testigos Sres. Rodrigo y Gregorio .

La denuncia que se efectúa es la ausencia de credibilidad de su testimonio. El recurrente olvida que el ámbito casacional de la denuncia de haberse vulnerado la presunción de inocencia, es la verificación del juicio sobre la existencia de la prueba no sobre su credibilidad.

Realmente bastaría remitirnos a la doctrina jurisprudencial expuesta que estima que los temas de credibilidad, en cuanto íntimamente relacionados con la valoración, pertenecen a la competencia de la Sala sentenciadora para rechazar la denuncia, no obstante esta Sala de casación impulsada por su deseo de llevar al extremo el respecto a la tutela judicial efectiva y de evitar toda sombra de indefensión, por injustificada que parezca, va a analizar, siquiera de forma somera las razones esgrimidas en favor de tal falta de credibilidad que de



existir pudiera derivar en tachar de arbitraria las decisiones en ella fundadas única posibilidad de que el control casacional incluyese el tema de la credibilidad.

En relación al testimonio del Sr. Rodrigo del que se dice que constituye uno de los principales elementos incriminatorios de la sentencia, su testimonio se centra en su presencia física en el vehículo del entonces Gobernador Civil, Mariano la noche del atentado de Oñati cuando de regreso a San Sebastián se recibe la llamada desde el cuartel de Intxaurrenondo dirigida al Sr. Jose Carlos .

La falta de credibilidad la centra el recurrente en una animadversión hacia el Sr. Mariano a consecuencia de la relación sentimental que, al parecer, mantuvo con la Sra. Inmaculada , viuda del senador socialista Sr. Carlos Jesús , asesinado por ETA.

La sentencia recurrida al folio 39 analiza, para terminar rechazando, la existencia de una posible animadversión del testigo hacia Mariano .

El propio testimonio de Doña. Inmaculada , en el Plenario obrante al folio 4630, no apoya esa hipótesis, confirma que trabajó en el Gobierno Civil como traductora, confirma que también trabajaba allí el testigo Sr. Rodrigo con el que mantuvo una relación personal y sentimental, lo que no fue bien visto en los ambientes socialistas, se dice que la relación entre Rodrigo y el Gobernador "....era muy jerarquizada.... no había relación familiar o de confianza....". En todo caso, lo que se constata en este control casacional es la inexistencia de resentimiento, odio o venganza de éste hacia el entonces Gobernador que pudiera objetivar una incredibilidad subjetiva, por lo que la decisión de la Sala sentenciadora de integrar en el caudal probatorio su testimonio aparece razonable y en modo alguno arbitraria, y al respecto nula relevancia tiene la entidad e importancia de las actividades que el Sr. Rodrigo hubiera desempeñado en su puesto en el Gobierno Civil, ya fueran de confeccionar recortes de prensa como se afirma por la Sra. Inmaculada y por las defensas, o fueran de mayor entidad como sostiene el propio testigo. Lo relevante es que el puesto de trabajo de aquél se encontraba en el Gobierno Civil y en este sentido debemos referirnos a un testimonio singularmente cualificado como es Don. Marco Antonio , Comisario General de Policía Judicial que en su declaración en el Plenario --folio 4942 Rollo de Sala-- afirma que "....le consta que Rodrigo viajaba a veces en el coche del Gobernador y tenía confianza con él, y que eso lo sabía cualquier persona que estuviese en aquellas fechas en estos círculos de San Sebastián....".

Se extiende el recurrente en un análisis muy pormenorizado de las contradicciones en que se ha incurrido el testigo referido; una vez comprobada la inexistencia de incredibilidad subjetiva, es claro que la valoración de las contradicciones, es tema a resolver por la Sala junto con el resto de la prueba y a ello nos referiremos más tarde desde la óptica, no de la inexistencia de prueba sino de la razonabilidad de las conclusiones extraídas de todas las pruebas, ya que es la valoración de todas conjuntamente, y no su valor aislado e individualizado, el que tiene que ser el adecuado soporte, fundamento y explicación del juicio de certeza alcanzado.

Concluye su argumentación el recurrente en relación a la credibilidad de este testigo en una clave matemática estimando que son más los testimonios que contradicen lo afirmado por el Sr. Rodrigo con olvido que todo enjuiciamiento es esencialmente valorativo, y por ello que la admisión de una u otra versión no debe resolverse por el número de testimonios existentes a favor o en contra, porque los testimonios se pesan, no se cuentan, por ello, las "cuentas" que presenta respecto a diversos extremos, algunos de escasísima relevancia como el tipo y clase de vigilancia que tuviese La Cumbre en Octubre de 1983, en los que confronta el testimonio de Rodrigo con varios en sentido adverso --once, once, siete, siete, diez-- no debe conducir ni conduce sic et simpliciter a la automática estimación de la tesis sustentada por la mayoría, ni por tanto puede tacharse de arbitraria sin más, la decisión judicial que aparezca justificada por menores testimonios. El brocardo "testes unus, testes nullus" hace tiempo que dejó de tener vigencia, aunque reiteramos que siempre la jurisprudencia ha exigido que existan, además, otras corroboraciones que robustezcan o confirmen la versión testifical. Desde luego por lo que se refiere al caso objeto del presente control casacional, junto con el testimonio que se comenta, existen otras probanzas.

Análogas reflexiones deben efectuarse en relación al testigo, también policía nacional Don. Gregorio .

Este testigo en su declaración en sede sumarial obrante al folio 3418 confirmó la versión del Sr. Rodrigo en relación a la llamada de teléfono que se recibió en el coche oficial del Sr. Jose Carlos , cuando procedente de Oñati se dirigían a San Sebastián que se adelanta a la caravana y se lo comunica a éste que se encontraba en el vehículo oficial del Sr. Mariano en el que iba el propio Sr. Rodrigo .

Es cierto que esta primera versión es cambiada en el Plenario, pero incluso en la propia fase sumarial fue sostenida en el careo que tuvo lugar entre Don. Gregorio y el entonces Coronel Luis Carlos que afirmaba ser él quien viajaba en ese vehículo, que no se hizo ninguna llamada ni parada en Placencia de las Armas/--actual Soralue--, y que Rodrigo no iba en dicho vehículo..



La Sala sentenciadora –folio 39– explicita las razones de alzaprimar la inicial declaración Don. Gregorio que fue introducida en el Plenario, sobre su posterior retractación en el Plenario, justifica las razones de su decisión, a la vista de las pobres explicaciones dadas por aquél y que se contienen en el Acta al folio 4548 vuelto "....que no tiene conciencia de haber dicho nada de lo que en ella se dice, que lo hizo por hacerle un favor a Rodrigo". Para el Tribunal sentenciador no le merece ninguna credibilidad esa explicación y la reprocha severamente "....no parece posible que un policía nacional no se de cuenta de la trascendencia de sus declaraciones implicando en hechos gravísimos a Jose Carlos y a Mariano , y sorprende al Tribunal su actitud, precisamente por tratarse de un miembro de la Seguridad del Estado....".

Al igual que en el anterior caso, este control casacional verifica la aptitud de esta declaración por la superación de los controles de legalidad exigibles sin que su integración en el caudal probatorio pueda ser decisión arbitraria.

3.3º- En relación al testigo protegido nº NUM003 , su testimonio ofrece una doble faceta crítica en la argumentación del recurrente.

- a) Se trata de un testimonio de referencia, y por tanto de los previstos en el art. 710 LECriminal.
- b) Es el único que hace referencia, no solo el hecho inicial del secuestro, detención e interrogatorio en La Cumbre, sino que también se refiere al asesinato de los detenidos.

En relación al valor del testigo de referencia, debemos recordar que tiene una validez subsidiaria y por tanto solo en cuanto no exista prueba testifical directa, por lo que no puede ser utilizada para la sustitución de aquélla. En tal sentido, SSTs de 17 de Febrero, 11 de Abril, 13 de Mayo y 12 de Junio de 1996, nº 1522/99 de 20 de Octubre, SSTC 303/93 de 25 de Octubre y 30 de Mayo de 1995 y SSTEDH, casos Delta, Iseyor, Asch, Windsch y Kostowski y Ludi, constituye un sólido y coherente cuerpo de doctrina jurisprudencial.

Se dice por el recurrente, que en la causa, el Tribunal ha contado con la declaración de la persona que narró al testigo de referencia lo que ésta cuenta.

Dicha persona es el coimputado Sr. Cornelio que de forma constante ha negado haber dicho lo que el testigo protegido manifiesta haber escuchado y contado tanto en fase sumarial –folio 3075–, como en el Plenario.

Además, se ha comprobado la inexactitud de su testimonio en referencia a la presencia de los Sres. Gustavo , Jose Luis y el Narciso , que estarían presentes en el escenario donde cuenta el testigo protegido haber recogido las confidencias de Cornelio "....una noche cuando estaban vigilando junto al colector que existe en el monte Igueldo, una descarga de tabaco le comentó su propia participación y la de otras personas en el secuestro en Francia y posterior traslado a España. interrogatorio, tortura y secuestro de dos miembros de ETA....". Consta acreditado, y sobre esto no existe cuestión que los Guardias Civiles citados por el testigo no pudieran estar allí en tareas de vigilancia de la descarga del tabaco, en fecha que se sitúa en el año 1984. El Narciso estaba destinado en Jaén, Don. Gustavo según se acredita en el libro copiador de destinos, lo tenía en el edificio de Correos de San Sebastián y no llegó al servicio de información hasta época posterior y Don. Jose Luis estaba haciendo un curso en un pueblo de la zona del Bierzo, de donde concluye con la total falta de credibilidad de dicho testimonio, que es el único en toda la causa que se refiere a la muerte de los Sres. Romeo y Imanol .

La sentencia sometida al presente control casacional –folios 37 y 38– de una manera limitada y "con la máxima prudencia", acepta como prueba lo esencial del relato ofrecido –que se mantuvo en el Plenario– en la medida que queda corroborado por otros medios probatorios, y en este sentido detecta coincidencias significativas con manifestaciones del Sr. Rodrigo , no teniendo ambos ninguna relación común, coincidencias que se concretan en la detención de dos personas en Francia –aviso telefónico al Sr. Jose Carlos cuando procedía de Oñati y escuchado por Rodrigo – y su interrogatorio en la Villa de La Cumbre, cuyas llaves había solicitado y obtenido del Gobierno Civil, Sr. Rodrigo , por orden superior, marcando las habitaciones, que luego fueron las ocupadas por los detenidos, lo que también resulta coincidente con la declaración del Sr. Jaime .

Ciertamente que partiendo de la validez del testigo de referencia, su prevalencia sobre el testigo directo debe ser admitida en circunstancias muy excepcionales y siempre que sus declaraciones resulten contrastadas y corroboradas por otras evidencias, y en este sentido podemos citar la STS nº 1522/99 de 20 de Octubre que con cita de la anterior de 1 de Octubre de 1990 estima que "....la solución correcta debe darse caso por caso, matizando las exigencias ideales, en lo posible, según las circunstancias del caso....", por su parte la STS nº 1600/99 de 15 de Noviembre determina que "....el Tribunal Constitucional en sentencia 131/97 de 15 de Julio, ha señalado que el testimonio de referencia constituye uno de los actos de prueba que los Tribunales de la Jurisdicción penal puedan tomar en consideración en orden a fundamentar la condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia, pero la prueba testifical indirecta no puede llegar a desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa....", insistiéndose en el carácter subsidiario de la misma y en la imposibilidad de que



con ella se pueda sustituir al testigo directo potencialmente a disposición del Tribunal, por lo que ello tiene de ruptura del principio de inmediación, estimándose que en caso de divergencia entre ambos testimonios directo o de referencia.

En síntesis, la doctrina jurisprudencial respecto del testimonio de referencia la podemos concretar en los siguientes puntos:

- Validez en principio del testigo de referencia que debe dar la razón de su ciencia.
- Subsidiariedad de su testimonio, que no puede instrumentalizarse para evitar la declaración del testigo directo potencialmente disponible para el Tribunal.
- En caso de divergencias entre el testigo de referencia y el directo, en principio, no viniendo robustecido con otras corroboraciones ni una ni otra declaración, habría que dar preferencia al testigo directo.
- La admisión como cierto de lo relatado por el testigo de referencia, sobre todo si es contrario a lo manifestado por el testigo directo, exige su corroboración por otras pruebas, ya que no puede impedirse utilizar como medio complementario de prueba la coincidencia de lo relatado por el testigo de referencia con el resultado de otras pruebas, a pesar de la negativa o discrepancia de quien proporciona al testigo de referencia el conocimiento del hecho que se quiere acreditar.

Desde estas coordenadas, estimamos en este control casacional que la incorporación del testigo protegido nº NUM003 al caudal probatorio de cargo no ha supuesto ninguna vulneración de derechos constitucionales ni es decisión arbitraria, antes al contrario, la verosimilitud que en la sentencia se da a su testimonio sólo es en la medida que queda confirmado por otras evidencias.

Además, debe tenerse en cuenta que en el presente caso no se está en presencia de una confrontación entre testigo directo y testigo de referencia, sino entre coimputado que narra hechos delictivos en los que está implicado y el testigo de referencia, y como ya se sabe, el coimputado en cuanto lo narrado le incrimine a él --cual es el presente caso-- no está obligado a decir la verdad.

Como última reflexión debemos declarar que una determinada declaración, puede asumir diversos coeficientes probatorios, es decir, puede tener diversos grados de credibilidad según las evidencias o comprobaciones que se desprenda del resto del material probatorio, de suerte que no debe ser estimada como un todo, que o totalmente se acepta o se rechaza, es preciso discriminar y decidir que partes de una misma declaración aparecen con la presunción de genuinidad y cuales deben ser rechazadas.

Como conclusión, debemos declarar que en este control casacional la decisión de valorar la testifical del testigo protegido nº 22345 está fundada y no es arbitraria.

Terminamos en este punto el examen de las testificales de cargo desde la crítica que efectúa el recurrente, por estimar que el resto carecen de relevancia a los efectos de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

3.4º- Ausencia de prueba de cargo respecto del recurrente en relación a los delitos de detención ilegal y asesinato por los que ha sido condenado.

Abordaremos el último y nuclear aspecto --una vez verificados los controles de legalidad de la prueba de cargo estimada como tal-- relativo a si en base a dicho caudal probatorio aparece razonada la condena, y los juicios de inferencias efectuados respecto del delito de detención y singularmente en relación al delito de asesinato son razonados y razonables y por tanto sin tacha de arbitrariedad.

Los hechos sentenciados se desarrollan en dos secuencias claramente diferenciadas aunque seguidas en el tiempo, la primera secuencia se refiere a la detención de los Sres. Romeo y Imanol en Francia y su traslado a La Cumbre, en San Sebastián el día 16 de Octubre de 1983, y la segunda al hallazgo de sus cadáveres el 20 de Enero de 1985 en la Foya de Covés --Alicante-- aunque su identificación no tuvo lugar hasta diez años más tarde, en 1995.

La sentencia enmarca los hechos en la consolidación de la idea sostenida por personas del Ministerio del Interior, de llevar a cabo acciones violentas contra miembros de ETA, al margen de la Ley. Se trata de una afirmación que integra un juicio de valor que aparece fundamentado y que la sentencia recurrida estima suficiente para exponerlo como juicio de certeza que define el escenario espacio temporal y espacial en el que luego ocurrirán los concretos hechos enjuiciados. Al respecto se remite a los documentos del Centro Superior de Información del Ministerio de la Defensa obrantes a los folios 9427 a 9540, se trata de documentos desclasificados por el gobierno de fecha 6 de Julio de 1983 y 28 de Septiembre del mismo año. Se cuestiona por el recurrente la autenticidad de tales documentos que se referían a la intervención en el sur de Francia de miembros de la Guardia Civil de la Comandancia de San Sebastián que seleccionarían sus objetivos



entre miembros de ETA, dando la impresión de que las acciones serían inmediatas. Evidentemente, dada su naturaleza secreta sería ingenuo exigir acreditaciones de su autenticidad. La Sala sentenciadora, les otorga credibilidad suficiente y a ello une la detención de tres miembros de los G.E.O. que también intentaron secuestrar a un miembro de ETA, hecho que se produjo el 18 de Octubre de 1983 --dos días después del secuestro de los Sres. Romeo y Imanol --, coincidencia temporal que estima como una actuación concertada y no fruto de la casualidad, por lo demás, la sentencia que se impugna, no considera los documentos del CESID como única fuente de convicción, más bien les concede el carácter de mero dato de corroboración --apartado B-5º del Fundamento Jurídico segundo--, que gira bajo la expresiva rúbrica de "...valor meramente indiciario..." --página 44--, y en cuanto a la censura que se efectúa por su origen ilícito y por las dudas sobre su fiabilidad debemos recordar con la sentencia que tales documentos singularmente las notas de despacho de 6 de Julio y 28 de Septiembre de 1983 ya habían sido desclasificadas -- STS Sala Tercera de 4 de Abril de 1997-- y habían sido remitidos testimoniados a la causa por lo que la posible responsabilidad por la sustracción de archivos donde se encontraban es cuestión ajena a esta causa y en cuanto a su credibilidad, es cuestión que compete al Tribunal sentenciador. En síntesis, la situación en que se encuentran tales documentos en relación a esta causa es semejante a la relación que guardan con la causa 2530/95, caso Marey, Hechos Probados - apartado B, análisis de la prueba letra C), es decir, valor de corroboración lo que fue confirmado por la STC 69/2001 de 17 de Marzo que desestimó el recurso de amparo formalizado en idéntica denuncia a la que ahora se efectúa.

Al día de hoy, podemos considerar que el hecho de iniciar unas acciones contra el terrorismo desde la ilegalidad es algo que --lamentablemente--, referido a aquella época puede estimarse como hecho notorio. A pesar de la fragmentariedad con que queda definida la "verdad judicial", existen suficientes referencias judiciales que la corroboran -- SSTS de 18 de Marzo de 1991, 12 de Marzo de 1992 y nº 785/2000 de 30 de Abril--, la última, y sin duda la más relevante está constituida por la STS 2/1998 de 29 de Julio --caso Marey--, que recoge hechos parecidos en su arranque, ocurridos el 4 de Diciembre de 1983, y respecto de la que el Tribunal Constitucional rechazó los diversos recursos de amparo formalizados -- SSTC 63/2001 a 70/2001--.

En relación a los dos delitos de detención ilegal por el que ha sido condenado el recurrente, una vez verificada la superación de los controles de legalidad constitucional y ordinaria respecto de las pruebas de cargo estimados así en la sentencia recurrida, se puede afirmar en este control casacional que el juicio de certeza obtenido no está en modo alguno ayuno de prueba de cargo como se afirma. En efecto como tales podemos reseñar en este control casacional:

a) La declaración del coimputado Sr. Jaime , que dentro de su propia fragmentariedad --solamente reconoció ciertos hechos--, se refiere inequívocamente a que él, junto con Cornelio fueron los encargados de efectuar los interrogatorios a los Sres. Romeo y Imanol en La Cumbre, los que fueron ordenados por el recurrente, que a la sazón era el Segundo Jefe de la Comandancia. La declaración al respecto es inequívoca "... Jose Carlos les dice lo que tienen de hacer...", "... Jose Carlos ordenó los interrogatorios...", "...cuando reciben la orden de Jose Carlos de empezar los interrogatorios estaba presente Mariano ...". Se trata de prueba directa (f.11.218ss).

b) La declaración del testigo Sr. Rodrigo que manifiesta como la noche del 15 al 16 de Octubre de 1983, cuando volvía a San Sebastián, en el coche oficial del Sr. Mariano --a la sazón Gobernador Civil de Guipúzcoa-- en el que también iba el recurrente, se recibió una llamada telefónica en el vehículo oficial de éste, por lo que se les adelantó para comunicárselo el aviso de que "J-1 llame por teléfono urgente a Intxaurreondo", lo que fue escuchado por el testigo que iba en la parte posterior del vehículo. Seguidamente se paró la comitiva en la localidad de Placencia de las Armas y el recurrente, desde el Ayuntamiento efectuó una llamada telefónica --declaración sumarial folio 3278 y siguientes ratificada en el Plenario--. A reseñar también que el testigo recogió las llaves de La Cumbre, antes de estos hechos, marcando unas habitaciones, habiendo presentado, posteriormente, dichas llaves y constando igualmente que las mismas le fueron entregadas en el Gobierno Civil.

c) La declaración del, también policía nacional Don. Gregorio --declaración en sede sumarial folio 5428 mantenida en careo con el Comandante Luis Carlos que sostenía que era él quién iba en el coche con el recurrente y que no vio esa noche al Sr. Rodrigo --folio 6300--, que rectificó en el Plenario-- coincidentes punto por punto con la incidencia ocurrida referente a la llamada telefónica para el recurrente así como la parada en la localidad expresada, coincidente también con la ubicación, esa noche, del Sr. Rodrigo en la parte trasera del vehículo que conducía el Sr. Mariano , a cuyo lado iba el recurrente, así como coincidente --aunque resulte menos relevante-- con la relación especial de confianza del testigo Sr. Rodrigo con el Sr. Mariano , por otra parte acreditado con la presencia de aquél en el coche de éste.

d) La declaración del testigo protegido nº NUM003 en fase sumarial --folio 3075-- mantenida en el Plenario relativa al hecho de la detención en Francia de dos miembros de ETA y al interrogatorio en la villa de la Cumbre por orden del recurrente.



Es evidente que también ha existido una actividad probatoria de descargo, entre ellas, la constituida por las retractaciones del coimputado Sr. Jaime , declaraciones de todos los condenados, del Comandante Luis Carlos , las declaraciones de los policías municipales del Ayuntamiento de guardia la noche de autos –folio 4627 del Rollo de Sala– que, limitadamente afirman no recordar la parada de la comitiva de coches y el hecho de la llamada telefónica.

En fin, todo juicio es un decir y un contradecir, y es el Tribunal sentenciador quien debe efectuar la valoración crítica de todo el caudal probatorio, razonando los porqués de las pruebas que acepta y las que rechaza, en orden a justificar el juicio de certeza alcanzado.

Distinta es la misión de esta Sala casacional que en relación a la vulneración al derecho a la presunción de inocencia debe efectuar el control casacional en dos sentidos:

a) constatar que hubo actividad probatoria obtenida sin vulneración de derechos y garantías fundamentales e incorporada al proceso con arreglo a los principios que le son propios.

b) Verificar la razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, de suerte que ellas no sean contrarias a los principios científicos, reglas de la lógica o máximas de experiencia, y ello dada la condición de esta Sala como último intérprete de la legalidad penal ordinaria y en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria, que, prohibida a los poderes públicos por el art. 9-3º de la C.E. adquiere el carácter de axioma en relación al Poder Judicial en la medida que su quehacer y su decisión debe venir enmarcado en las coordenadas de juicio razonado y razonable.

Ello supone, como recuerda la STC 68/2001 de 17 de Marzo –caso Marey– que la vulneración del derecho a la presunción de inocencia solo existirá cuando no exista "...una actividad probatoria de cargo válida de la que, de modo arbitrario, puede inferirse la culpabilidad..." –idem STC 81/98 de 2 de Abril–, pero de dicho control constitucional queda excluido el juicio sobre si una determinada prueba es más o menos verosímil y, en concreto el de si es suficiente, lo que corresponde a la jurisdicción ordinaria. En análogo sentido, la STC de 4 de junio de 2001, recuerda la "...imposibilidad de sustituir la valoración realizada por los Tribunales aunque cupieran otros igualmente lógicos, cuando la conclusión a la que se llega es igualmente lógica....".

Desde la doctrina expuesta, y ya dando respuesta concreta a la denuncia del recurrente de inexistencia de prueba de cargo que justifique su condena como autor de dos delitos de detención ilegal cometidos en las personas de los Sres. Romeo y Imanol , estimamos que el resultado del control casacional efectuado existió suficiente actividad probatoria como para provocar el decaimiento del derecho a la presunción de inocencia y dando un paso más, la conclusión objetivada en la declaración de autoría es totalmente razonable y en modo alguno arbitraria, punto en el que debe cesar el control casacional que se limita al "juicio sobre la prueba", quedando extramuros el "juicio sobre la valoración de la prueba" como ya se dijo y ahora se reitera.

Es evidente que quien ordenó los interrogatorios de los detenidos a subordinados de su máxima confianza, y los visitó, en cuanto superior jerárquico integrado en una estructura militar del Cuerpo de la Guardia Civil, fue asimismo quien dio la orden de su detención. Esta es en síntesis, viene a ser la conclusión a que llega la sentencia, conclusión totalmente razonable y plausible, la que queda enmarcada en las concretas coordenadas espacio-temporales ya referidas que preconstituían un cierto ambiente favorecedor de este tipo de actos.

De acuerdo con la sistemática expuesta, debemos analizar la denuncia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación a los dos delitos de asesinato.

Procederemos de igual forma que en el anterior delito.

La sentencia recurrida con una concisión desaconsejable dada la importancia de los cargos, aborda la cuestión en el último párrafo de la página 41 afirmando desde la acreditación de la secuencia anterior –la detención–, que la decisión de eliminar a los Sres. Romeo y Imanol "...solo pudo ser tomada por las personas que habían decidido su secuestro...", juicio de inferencia que lo apoya en la propia declaración del testigo protegido nº NUM003 , que es el único de todas las pruebas personales practicadas que de manera explícita se refiere a esta segunda secuencia tanto en su declaración sumarial –folio 3075– como en el Plenario.

Aunque la sentencia no lo explicita, es claro que la prueba de cargo respecto de los asesinatos, es prueba indiciaria.

La admisión de la prueba indirecta o a través de indicio, viene a ser la respuesta legal y social a la cultura de la supresión de la prueba que hoy día se evidencia en las formas más complejas, y también las más peligrosas de la delincuencia, por ello todos los sistemas de justicia penal, también el nuestro, la admiten como capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, solo que precisamente por ser prueba indirecta exige un más cuidadoso y detallado examen y estudio.



Por ello nada tiene de particular que en relación al asesinato de las dos personas citadas no exista una prueba directa. Se trata de un delito cometido por personas que investidas de una autoridad para la defensa de la legalidad, se han convertido en transgresores de la misma y del cuadro de valores que conforman el Estado de Derecho. Nada tiene de particular que la "cultura de la supresión de la prueba" esté presente en este caso, y que en definitiva existan datos concretos de las dificultades que ha tenido la investigación criminal. Al respecto ya nos hemos referido a las declaraciones de personas singularmente cualificadas como Doña. Soledad que fue Secretaria del Interior --folio 4887 del Rollo de Sala-- Sr. Marco Antonio Comisario General de Policía Judicial --folio 4942 del rollo de Sala-- y el Sr. Lázaro --folio 4209 vuelto del Rollo de Sala--, Gobernador Civil de Guipúzcoa en el año 1996.

En relación al control casacional sobre la prueba indiciaria, también debe quedar extramuros del mismo la valoración que hubiese efectuado la Sala sentenciadora, pero en atención a la peculiar estructura de la prueba indirecta, que de unos hechos-base acreditados, se prolonga hasta el hecho-consecuencia que se quiere acreditar, de acuerdo con la consolidada doctrina de esta Sala --entre otras SSTs 1451/98 de 17 de Diciembre, 1442/98 de 23 de Noviembre, 1359/98 de 10 de Noviembre, 217/99 de 15 de Febrero, 985/2000 de 26 de junio, 1364/2000 de 8 de Septiembre y 1502/2000 de 29 de Septiembre--, dicho control casacional abarca dos extremos:

a) Desde el punto de vista formal, referido a la estructura de la prueba indiciaria, el control casacional se integra por la verificación de que se expresen los indicios o hechos-base acreditados, y a constatar la existencia de un razonamiento que partiendo de los indicios, llegue a la conclusión o hecho-consecuencia que se quiere acreditar.

b) Desde el punto de vista material, el control casacional debe estar referido a la verificación de que los indicios sean varios o uno sólo de singular potencia acreditativa, pero en todo caso estén acreditados por prueba directa, que sean periféricos al hecho que se quiere acreditar, que estén interrelacionados y no desvirtuados por otros contraindicios. Finalmente, en relación al juicio de inferencia debe estar explicitado y razonable según el "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" en términos del art. 1253 del Código Civil, estando constituida la esencia del control casacional en relación a la prueba indiciaria en la verificación del "juicio de razonabilidad" de dicha inferencia, que si en algunas ocasiones ha sido entendido como la única certeza posible de alcanzar, debe recordarse doctrina del Tribunal Constitucional lo limita en el sentido de que la conclusión sea lógica, aunque quepan otras, ya que en otro caso se entraría en la valoración de la prueba, convirtiendo el control constitucional, en una tercera instancia. En tal sentido, la que cita la STC de 4 de Junio de 2001, Recurso Amparo 4703/97 así como la nº 68/2001 de 17 de Marzo, 81/98 de 2 de Abril y 244/94 de 15 de Septiembre, doctrina que es de exacta aplicación al control casacional en la medida que debe permanecer extramuros del mismo la valoración de las pruebas por su íntima conexión con la intermediación, y de acuerdo con el art. 741 LECriminal, una vez acreditada la existencia de prueba de cargo y la razonabilidad de las conclusiones alcanzadas en garantía de la efectividad de la interdicción de arbitrariedad.

En el presente caso ya se parte de la acreditación por prueba directa --testimonio del coimputado-- y resto de las probanzas analizadas de la realidad de la detención de dos personas y de la autoría respecto del recurrente. Autoría que es plural en la medida en que existe un acuerdo de voluntades de varias personas, todas menos una, integradas en una cadena mando militar, pero el único civil, el Sr. Mariano , en su condición de Gobernador Civil, Jefe de todas las Fuerzas de Seguridad del Estado en la Provincia; todas acordes en la realización del plan delictivo trazado, con distintos papeles en tres niveles que pueden ser de decisión, coordinación y ejecución, todos nucleares respecto del tipo y por tanto con igual grado de responsabilidad penal, bien que en este recurso nos centremos en la persona del recurrente Sr. Jose Carlos , coautoría que en relación al delito de detención ilegal dada su naturaleza de delito permanente evidencia una especial y permanente persistencia en el designio criminal.

La aparición de los cadáveres el 20 de Enero de 1985 en la Foya de Coves, Busot-Alicante, y su identificación --no cuestionada-- como los restos mortales de los que fueron en vida los Sres. Romeo y Imanol , plantea el interrogante de la determinación de la autoría de tales muertes.

La sentencia sometida a la presente censura casacional, construye un juicio de inferencia que parte del hecho-base, totalmente acreditado de la detención y de la coautoría de los condenados en dicho delito de detención ilegal, llega al hecho- consecuencia de que también ellos son autores del delito de asesinato, y por tanto lo es el recurrente, Sr. Jose Carlos cuyo recurso es el que ahora se analiza.

La sentencia recurrida con la concisión que ya ha sido censurada nos dice en el último párrafo de su página 41 "...la decisión de eliminar ay de trasladarlos a Alicante, solo pudo ser tomada por las personas que habían decidido su secuestro....".

De acuerdo con el ámbito del control casacional expuesto en relación a la prueba indiciaria, comprobamos que:



a) Desde el punto de vista formal existen unos hechos-base, a su vez integrantes del delito de detención ilegal, que están totalmente expresados en el razonamiento de la sentencia, e igualmente constatamos la expresión del razonamiento o juicio de inferencia que une aquellos con el hecho-consecuencia que se quiere acreditar.

b) Desde el punto de vista material se comprueba que los hechos-base –la detención de quienes luego aparecieron muertos– está acreditado por prueba directa y otra serie de probanzas y corroboraciones que ya se han analizado anteriormente. Se trata de la detención de un hecho de singular potencia acreditativa, porque es obvio que la primera obligación de toda persona que acuerda la detención de otra es convertirse en garante de la indemnidad del detenido, garantía más exigible si cabe en supuestos en los que la detención supone una flagrante violación del derecho a la libertad, que recordemos constituye el primero de los valores superiores de nuestro Ordenamiento Jurídico – art. 1 C.E.–. Este acreditado delito de detención en su valoración como indicio a los efectos de la imputación por el hecho-consecuencia no está desvirtuado por ningún contraindicio, y, en definitiva, el juicio de inferencia construido por la Sala sentenciadora, está explicitado y es razonable, debiéndose concluir el control casacional con la verificación del "juicio de razonabilidad" de la inferencia.

En efecto, la prueba de cargo ha acreditado los dos pilares esenciales que justifican el juicio de razonabilidad objetivado:

a) La detención ilegal de los Sres. Romeo y Imanol , hecho del que existe una autoría plural, pero que en este preciso momento concretamos en la autoría del recurrente Sr. Jose Carlos .

b) No consta la puesta en libertad de los ilegalmente detenidos.

Esta situación la muerte de las personas que se encuentran bajo el dominio de quien vulnerando toda la legalidad, las detuvo, no constando su puesta en libertad, no dando ninguna explicación, y negando incluso el hecho de la detención, acreditado por prueba directa, constituye en opinión de la Sala un fortísimo indicio de que dicha muerte le es imputable a título de autor, aquellos que probadamente practicaron la detención.

Como se afirma por el Ministerio Fiscal en el informe al motivo que se estudia:

"...es absolutamente ajustado a las reglas de la lógica y a las enseñanzas de la experiencia posterior que, estando el recurrente como Comandante de la Guardia Civil, de acuerdo con el Gobernador Civil de la Provincia al frente de la operación que da lugar a la detención ilegal, y ejercitándose materialmente la propia detención, la custodia y los interrogatorios bajo su jerarquía, transmitiéndose las instrucciones a través de otro de los acusados el Sr. Juan Luis , capitán de la Guardia Civil, la decisión de proceder al traslado y asesinato de los detenidos tuvo que partir necesariamente de aquéllos, pues sin duda alguna tenían el mando y lo ejercían...".

Más aún, como ya se ha dicho basta con verificar la razonabilidad en sí mismo considerada de la conclusión alcanzada por la Sala sentenciadora, al margen de que puedan existir otras, pues el control casacional se agota sobre la existencia de prueba, no sobre su valoración, y en este sentido, podemos afirmar que, la declaración de autoría del recurrente respecto de las muertes de los Sres. Romeo y Imanol cubre con creces la razonabilidad exigida por este control casacional.

Se refiere, además, la sentencia a la declaración del testigo protegido nº NUM003 , que es el único que se refiere a la muerte dada a los detenidos en el sentido de que fueron los Sres. Cornelio y Jaime quienes los trasladaron a Alicante y les dieron muerte, actuando siempre por orden del Sr. Jose Carlos estando al corriente el Sr. Mariano .

Todavía se puede añadir otro testimonio en esta línea de corroboraciones y que resulta muy significativo. Nos referimos al testigo Sr. Rodrigo quien declaró en el sumario y en el Plenario y que siendo conocedor del contenido de la conversación telefónica que mantuvo el recurrente Sr. Jose Carlos "...habían caído dos peces medianos en Francia..." –factum–, y sabiendo que se encontraban detenidos en la villa de la Cumbre, cuando días después se publicó la desaparición de los Sres. Romeo y Imanol , al preguntarle al Gobernador qué es lo que había pasado con aquellas personas obtuvo como respuesta "...éstos ya no están no me preguntes más..." –folio 3280 y Plenario–.

Como conclusión de todo el estudio realizado de este motivo, debemos declarar que no se han vulnerado ninguno de los derechos constitucionales invocados, en relación al secreto sumarial, la alegada privación de recursos y existencia de prueba de cargo y razonabilidad de las conclusiones extraídas de ellas. El recurrente ha sido condenado con total respeto a las exigencias constitucionales del derecho a la presunción de inocencia.

Procede la desestimación del motivo y con el, también se desestima el séptimo que tenía idéntico contenido por el cauce del Quebrantamiento de Forma.

Una última reflexión.



La gravísima acción sometida al presente control casacional, constituye un caso de perversión de los medios en atención a los fines, con olvido de que desde la legitimidad de la Sociedad a defenderse del terror, esta defensa sólo puede llevarse a cabo desde el respeto a los valores que definen el Estado de Derecho, y por tanto sin violar lo que se afirma defender.

Cuarto.- De acuerdo con el orden anunciado, pasamos a estudiar el motivo cuarto de los formalizados por la representación del Sr. Jose Carlos , por el cauce del Quebrantamiento de Forma del art. 850-1º de la LECriminal por haberse denegado "numerosísimas diligencias de prueba a las diferentes defensas" --sic--.

Obviamente nos limitaremos a las pruebas denegadas al recurrente, aunque es cierto que gran parte de ellas son comunes al resto de las defensas.

El marco de legalidad constitucional del derecho a la prueba está constituido por el art. 24 que le concede al acusado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. El derecho a la prueba se constituye como uno de los derechos mínimos del sistema de justicia penal, y como tal está reconocido tanto en el art. 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de 1950, como es el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de Diciembre de 1966, ambos ratificados por España. No por ello debe estimarse que ello suponga un derecho absoluto e ilimitado. Precisamente la noción de límite es consustancial y vertebral al concepto de derecho, ya el propio texto constitucional hace referencia a la idea de "pertinencia" en referencia las pruebas, idéntico término que el empleado en el art. 850-1º de error in procedendo por donde encauza su denuncia el recurrente.

Es doctrina reiterada de esta Sala, en sintonía a lo declarado por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que el derecho a la prueba no es absoluto o incondicionado, y que no se produce vulneración del derecho constitucional cuando la prueba rechazada, aún siendo pertinente, carece su contenido de la capacidad para alterar el resultado de la resolución final. Ello exige por parte de quien alegue tal vulneración una triple acreditación de:

a) como presupuesto formal de la admisión por la denegación de prueba estimada pertinente, debe constar la formulación en tiempo y forma de la oportuna protesta, requisito necesario pero no bastante para dar lugar a la denuncia -- STS 728/98 de 22 de Mayo--.

b) De otra parte que el recurrente ha de concretar los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y su relación con las pruebas inadmitidas y

c) Deberá argumentar de modo convincente que la resolución final --el thema decidendi-- del proceso a quo podía haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de la controversia. En tal sentido, SSTC 116/83 de 7 de Diciembre, 51/85 de 10 de Abril, 212/90 de 20 de Diciembre, 8/92 de 11 de Junio, 187/96 de 25 de Diciembre y 62/2001 de 17 de Marzo, de esta misma Sala SS nº 1092/94 de 27 de Mayo, 336/95 de 10 de Marzo, 611/95 de 5 de Mayo, 48/96 de 29 de Enero, 276/96 de 2 de Abril, 1516/98 de 30 de Noviembre y 649/2000 de 19 de Abril, entre otras muchas y del TEDH, casos Bricamont, Kotovski, Windisch, Delta.

Por su parte, la doctrina relativa al quebrantamiento de forma del art. 850-1º que prevé como error in procedendo la denegación de alguna diligencia de prueba que propuesta en tiempo y forma, haya sido declarado pertinente, distingue entre prueba pertinente y prueba necesaria. La primera es la que hace referencia directa con el tema a decidir en el proceso, mientras que la segunda es la prueba fundamental e imprescindible para la formación de la convicción del juzgador, de suerte que prueba necesaria es la forzosa o indispensable para el tema a decidir.

Desde esta doctrina debemos analizar el vicio denunciado.

Ciertamente que el recurrente cumplió con las prevenciones que determina la Ley y que son el presupuesto de la admisibilidad del motivo -- art. 884-5º LECriminal--, y en tal sentido, consta al folio 2723 del Rollo de Sala escrito de fecha 19 de Noviembre de protesta por la inadmisión de las pruebas que vertebran el motivo y que fueron rechazadas en el auto de 17 de Noviembre de 1999 --folio 2520--, y por nuevo escrito de 13 de Diciembre de 1999, justificó la necesidad de las pruebas rechazadas, dando la particular razón que justificaba aquella proposición.

De entrada, constatamos con el examen del auto de 17 de Noviembre de 1999, que se trata de una resolución que cumple las exigencias constitucionales de fundamentación, ya que da una suficiente explicación de las razones que tuvo en cuanto la Sala sentenciadora rechazar las pruebas que estimó como impertinentes, lo que permite su control en esta sede casacional -- SSTS 24-10-1988 y 25-10-1993--.

Vistas tales razones y las expuestas por el recurrente en favor de su admisión, esta Sala casacional está en condiciones de verificar el "juicio sobre la necesidad de la prueba", ya que solo respecto de la prueba necesaria,



que constituye un plus cualitativamente diferente de la prueba pertinente, indebidamente inadmitida podría prosperar el motivo.

El auto de 17 de Noviembre, sistematiza las pruebas inadmitidas al recurrente en cuatro grupos: documental a solicitar con carácter previo al Plenario, documental que aporta para su incorporación, prueba testifical y pericial. Mantendremos el mismo orden que, en lo sustancial es el también segundo por el recurrente en la argumentación del motivo.

a) Petición de documental con carácter previo al Juicio oral para su incorporación, inadmitida, así como documental cuya aportación se ofrece y es rechazada.

a-1: Dirigir exhorto a los Juzgados de San Sebastián para remisión de las diversas declaraciones prestadas en diferentes procedimientos por los Sres. Rodrigo , Lázaro , Carlos José , Casimiro , Abelardo , Casimiro y Jon . Se justifica la petición para indagar las razones de porqué se prestaron tales declaraciones. Se desestima por referirse a cuestiones ajenas a los hechos enjuiciados, y en este control casacional se verifica su impertinencia e innecesariedad para poder valorar la credibilidad de tales testigos, existiendo, al respecto datos intra processum.

a-2: Dirigir oficio a la Dirección General de Policía para remisión de todas las declaraciones en sede policial efectuadas por el Sr. Rodrigo en relación a la presente causa con el fin de conocer las razones de tales declaraciones. Se desestima por constituir una diligencia de investigación. En este control casacional se verifica su impertinencia e innecesariedad al contarse además con la declaración del testigo en el Plenario. Se está en el supuesto anterior.

a-9: Dirigir exhorto al Juzgado Penal nº 1 de Barcelona donde está encausado el testigo protegido nº 1959 , en petición de testimonio íntegro del Procedimiento Abreviado 126/91. Se reconoce que ya obra testimoniada en autos la sentencia recaída en el mismo. La razón estriba en que se puede valorar la credibilidad de dicho testigo. Se deniega precisamente por constar ya la sentencia recaída y en este control casacional se verifica la innecesariedad de la aportación a los fines expuestos, precisamente por obrar ya la sentencia, en base a la cual se ofrece a la Sala el dato suficiente para que esta pueda valorar la credibilidad.

a-11-12-13: Se refiere a unos reportajes periodísticos cuya unión se interesaba, el propio recurrente viene a reconocer su innecesariedad "...podían ser clarificadores respecto de la credibilidad de la supuesta novia del Sr. Pedro Antonio , quien declaró como testigo en la vista oral, aunque a la postre no fuera su testimonio tenido en cuenta a la hora de dictar sentencia....". Sobran más comentarios sobre la impertinencia de dicha prueba.

a-14: Incorporación del escrito de calificación provisional del Ministerio Fiscal en el "caso Oñaederra". Se está en el supuesto anterior, la parte estima "conveniente" esta documental, aunque ya estaba incorporado a los autos por otra defensa.

a-20: Remisión de oficio al Centro Superior de Información de la Defensa –CESID– en solicitud de certificación acreditativa de las Normas Generales sobre valoración de las "notas interiores", informe sobre la fiabilidad de las "notas de despacho", informe sobre las funciones de la AOME en el seno del CESID entre los años 1983 a 1986, sobre si obran en los archivos los originales de las 15 "notas de despacho" que aparecen en la "Hoja de despacho 28-9-83", sobre documentos intervenido al ex-coronel Perote en su celda, así como sobre otros extremos acotados bajo las letras F), G), H), I), J) –folios 94, 95 y 96 del motivo– que no reproducimos por su extensión.

Esta extensísima documental es rechazada por la Sala al existir ya unidos a las actuaciones, los testimonios de las sentencias dictadas por la Sala Quinta de este Tribunal Supremo y por el Tribunal Militar Central en las actuaciones seguidas contra el insinuado ex-coronel Perote.

En este control casacional se verifica la impertinencia e innecesariedad de dicha documental, en la medida que ya existen unos concretos y definitivos pronunciamientos judiciales sobre los documentos del CESID que tienen relación directa con la conveniencia de actuar en lucha contra el terrorismo en los términos descritos en el apartado I de los hechos probados del factum, penúltimo párrafo –folio 17–, lo que constituye la "verdad judicial" al respecto, y ninguna indefensión se causó con tal negativa, solo se evitó una inútil dilación, y tal vez un incremento, igualmente innecesario, del ya abultado volumen de la causa, debemos recordar que los documentos del CESID citados, juegan en esta causa para el Tribunal sentenciador, prácticamente el mismo que tuvieron en la causa sentenciadora en fecha 29 de Julio de 1998 –caso Marey– y que las denuncias que allí se efectuaron –irregular modo de obtención y dudas sobre su fiabilidad– que fueron rechazadas en la STC 62/2001 de 17 de Marzo, son coincidentes con las que ahora se efectúan.

a-22: Solicitud de incorporación del Libro de Servicio en los edificios públicos de San Sebastián en 1983 y 1984, en relación a la vigilancia por parte de la Guardia Civil del Palacio de La Cumbre. Se deniega a la vista



del informe obrante al folio 3491 del sumario, que se refiere, cabalmente a los servicios de vigilancia en dicho inmueble durante los años 1983 y 1984 efectuado por el entonces Teniente Coronel Primer Jefe interino de la Comandancia de la Guardia Civil en San Sebastián. En este control casacional se verifica el juicio sobre su innecesariedad.

a-25: Aportación de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en la que se condena al entonces Sr. Juez Instructor, si bien por causa diferente, reiterando argumentaciones sobre la llevanza de la instrucción y la indefensión que ello le ha causado al recurrente.

Se deniega por haber podido el recurrente hacer uso de los recursos contra las resoluciones dictadas por aquél. En definitiva se trata de reiteraciones de asuntos ya alegados en el primer motivo –tema secreto del sumario–, que vuelven a aflorar a través de este motivo.

En este control casacional se verifica la total impertinencia de la documental solicitada que insinúa, sin decirlo, un derecho penal de autor.

a-26: Envío de comisión rogatoria al TGI de París en solicitud de remisión de la sentencia recaída en procedimiento instado por Joël Cathalá contra Unidad Editorial S.A. y otros, prueba que se justificaría según el recurrente en facilitar datos para acreditar la credibilidad del testigo Sr. Rodrigo y su relación con los periodistas. Se rechaza por la dilación que la remisión de la Comisión originaria, sin perjuicio de aceptar la copia que pueda ser presentada por la parte, existiendo ya en autos, otra copia.

Es clara la innecesariedad al existir la copia de la sentencia, aceptándose que la parte puede aportar otra y así se declara en este control.

a-29: Incorporación a la causa de la Hoja completa de servicios del hoy General D. Jose Carlos , así como expedientes completos de todas y cada una de las condecoraciones. Se deniega por ser innecesaria en relación a los hechos a enjuiciar concretos e independientes al historial del recurrente, y en este control casacional se verifica tal innecesariedad en relación al objeto del proceso, sin que hubiera podido tener relevancia en su resultado, extremo al que ni se refiere el motivo.

b) Pruebas testificales inadmitidas a practicar en el Plenario.

Se trata de los siguientes testigos:

1- Sres. Rogelio y Fernando en referencia a la accesibilidad del terreno donde aparecieron los cadáveres de los Sres. Romeo y Imanol . fue prueba propuesta también por el Ministerio Fiscal y desestimada para todos los proponentes por estimar que constando la diligencia de inspección ocular y levantamiento de cadáveres, la testifical propuesta e innecesaria, la razón de esta prueba se dice que es para verificar la accesibilidad del terreno donde aparecieron los cadáveres a fin de desacreditar la manifestación de que se pudo acceder a dicho lugar con un R-12 con seis personas.

Este dato no consta como probado en la sentencia, y por tanto ningún error puede objetarse en base al testimonio de las dos personas citadas. En este control casacional se ratifica la innecesariedad de la misma.

2- Testifical del funcionario del Cuerpo Nacional de Policía nº NUM011 en lo referente a acreditar las circunstancias y posible manipulación realizadas a los cadáveres, también propuesta por el Ministerio Fiscal. Se desestima al constar documentadamente la localización de los cadáveres en la cámara frigorífica. En este control casacional se verifica la innecesariedad de la prueba. Ni tan siquiera el recurrente afirma o presenta datos de la aludida manipulación, solo la cita como "posible", es decir como una especulación.

3- Testifical del Sr. Ángel Daniel , también propuesta por el Ministerio Fiscal. Se rechaza porque las referencias que dio en el sumario no fueron confirmadas, –sobre el ocultamiento de los cadáveres en Guipúzcoa–. En este control, se afirma por el recurrente que el testigo dio una versión diferente de los hechos a lo contenido en el auto de procesamiento. En este control se verifica la innecesariedad de tal testimonio. La prueba debe ir centrada a aquellas probanzas de cargo o de descargo que puedan ser realizables, no a todas las hipótesis, singularmente las que se acreditan como no ciertas, por otra parte nada se argumenta de que su testimonio pudiera haber sido relevante para el thema decidendi. Se añaden comentarios sobre la pérdida de imparcialidad de la Sala al denegar tal prueba, improcedentes en el ámbito del motivo.

4- Testifical de Juan Antonio , autor del reportaje en la revista Tiempo y el contenido del libro "Amedo, el Estado contra ETA".

Ningún interés y relevancia puede tener el conocer como se llega a obtener la información que queda plasmada en dichos reportajes. Se verifica la innecesariedad de la prueba en relación al thema decidendi.



5- Testifical de Alejandro , fue el instructor del expediente realizado por la policía francesa con motivo de la desaparición de Romeo y Imanol y quien tomó declaración a una persona que dijo haberlos visto en los días 25 ó 26 de Octubre de 1983.

Se desestima por ser testigo de referencia y no poder declarar más que lo que ya constaba en el expediente que instruyó obrante en los autos.

En este control casacional puede estimarse que era prueba pertinente pero no necesaria, y no era necesaria porque carecía de virtualidad en orden a lo manifestado por la persona que dijo haberles visto y en ese sentido nada nuevo de lo que ya constaba en el expediente podía aportar al Plenario. Cuestión diferente hubiera sido el testimonio de la persona que efectuó aquella declaración.

6- Testifical del Sr. Juez Instructor José , en relación a las reflexiones contenidas en su libro "Los pasos perdidos" referente a un caso por el instruido y no juzgado todavía. Ciertamente resulta sorprendente y desaconsejado dada la más elemental discreción judicial que se hubiesen producido las manifestaciones en la forma que se señala. En todo caso, es patente la falta de relación con los hechos enjuiciados y de ahí su impertinencia e innecesariedad.

7- Testifical de los Sres. Donato y Jose Daniel , a los que se les propone por los cargos que ocuparon. Se desestima por la falta de conexión con los hechos enjuiciados.

En este control casacional se verifica el juicio de impertinencia e innecesariedad. Cualquier testigo lo es por su conexión con los hechos enjuiciados, no en razón del cargo que ocupe en la administración o en el Ministerio de Interior, aunque los condenados pertenecían a dicho Ministerio.

8- Testifical del Sr. Donato . Se está en el mismo caso que el anterior.

9- Testifical del Narciso . Reconoce el recurrente que no fue testigo de esa parte, por lo que carece de legitimación procesal para impugnar su rechazo, ya que solo cabe la impugnación de las pruebas propuestas por el recurrente e inadmitidas por el Tribunal. Se estudiará la situación de esta inadmisión en relación a las partes que lo hubieran propuesto.

También fueron inadmitidas otras testificales --D. Carlos Ramón y D. Clemente , y D. Antonio -- respecto de las que no se produce denuncia por su inadmisión. Ya el recurrente en relación a la prueba testifical inadmitida se refiere a "...los testigos más importantes de los solicitados...", lo que sin duda debe interpretarse como un reconocimiento expreso de que del resto no cuestiona su inadmisión.

c) Prueba pericial propuesta e inadmitida.

Son dos las periciales en las que concentra su denuncia.

c-1: Pericial contable relativa al supuesto patrimonio del recurrente. Se rechaza porque no existe cargo penal alguno contra el recurrente de naturaleza económica. En este control casacional se verifica la innecesariedad de las mismas.

c-2: Pericial de arquitectos para que se informen sobre el estado anterior a la remodelación efectuada en la villa de la Cumbre. Se rechaza porque el arquitecto director de aquellas obras de remodelación ya fue citado como testigo y compareció al Plenario.

En este control casacional se verifica la impertinencia e innecesariedad de la prueba, en la medida que, en efecto, consta al folio 5188 del Rollo de Sala la declaración en el Juicio Oral del arquitecto que efectuó las obras, por lo que el objeto de la pericia se alcanzó seguidamente y con plena efectividad con dicho testigo, que además, también estuvo presente en el reconocimiento judicial de la Villa de La Cumbre que se efectuó con la presencia del condenado Sr. Jaime --folio 12265--.

La conclusión de este individualizado examen de las diversas pruebas que le fueron inadmitidas al recurrente, es que la Sala sentenciadora, en el ejercicio de las funciones que tiene de dirigir el Plenario, y de acuerdo con el art. 659 LECriminal rechazo de las pruebas propuestas por el recurrente las que estimó impertinentes, y lo hizo de forma fundada tanto formal como, lo que es más importante, razonadamente, pues el auto de 17 de Noviembre de 1999 supera ampliamente el doble control de legalidad citado.

En este posterior control casacional, todas las pruebas propuestas inadmitidas eran innecesarias, y solo la de agente francés Alejandro puede estimarse como pertinente, en el sentido de que debía haberse admitido pero clara y radicalmente su testimonio carecía de la posibilidad de alterar el fallo porque no fue él quien vio a los fallecidos, sino que documentó la declaración de otra persona que dijo haberlos visto.

El motivo debe ser desestimado.



Quinto.- Abordamos seguidamente el motivo sexto --recordemos que el quinto, también por idéntico cauce casacional, fue renunciado--.

El motivo sexto, al amparo del art. 851-6º de la LECriminal, en denuncia de haber dictado sentencia algún Magistrado cuya recusación intentada en tiempo y forma, y fundada en causa legal, se hubiese rechazado.

La denuncia se conecta en que con fecha 9 de Diciembre de 1999 se promovió incidente de recusación contra los Excmos. Sres. Siro García, Presidente de la Sala y Sra. Fernández Prado, Ponente de la sentencia. Dicho incidente de recusación fue rechazado por auto de 10 de Diciembre por reputarse extemporáneo y el 13 del mismo mes y año se iniciaron las sesiones del Plenario.

La causa alegada de la recusación era la intervención en el auto de 17 de Noviembre de 1999, de apertura de juicio oral con determinación de las pruebas a practicar de dichos dos Magistrados que al desestimar la testifical propuesta por el recurrente --y también por los otros condenados y el Ministerio Fiscal--, Don. Ángel Daniel la desestima en base a que "...las referencias que dio en el sumario no pudieron ser confirmadas...." lo que supone a juicio del recurrente adoptar una postura contraria a cualquier otra versión de las contenidas en los escritos de acusación.

El motivo merece el más contundente de los rechazos.

La Sala, en el auto de 17 de Noviembre de 1999 lo único que efectuó es ejercer su papel de dirigir en el Plenario y determinar las pruebas pertinentes en relación a los hechos enjuiciados, y lo hizo fundadamente, esto es, resolviendo por auto y dando cuenta de la razón de cada prueba inadmitida. Precisamente, ese deber cumplido de fundamentación es instrumentalizado con el pretexto de una pérdida de imparcialidad --o de su apariencia-- porque se rechaza una testifical en base a la acreditada incredibilidad de lo dicho por el testigo en la instrucción. Ello no supone que la Sala se cierra a otras posibles versiones, siempre que estas tengan un mínimo de verosimilitud y como la Sala razona en el primero de sus fundamentos, el rechazo de tal testigo lo era en base a que por referencias por él aportadas, se habían efectuado diversas búsquedas de los cadáveres de los Sres. Romeo y Imanol en la provincia de Guipúzcoa, todas infructuosas porque la realidad acredita que se encontraban en Alicante, y por ello, por la inutilidad del testimonio se rechazó el mismo, lo que supone un expreso razonamiento de la negativa, y no una negativa a admitir otras versiones diferentes de las sostenidas por las acusaciones. Más aún, el recurrente en su escrito de conclusiones provisionales no ofrece ningún relato alternativo lo que ya de entrada supone una vulneración --no por frecuente en el usus fori, menos digno denuncia-- de lo prevenido en el art. 652 LECriminal que exige un escrito de calificación de las defensas que no se satisface con la rutinaria frase de "disconforme con la correspondiente del Ministerio Fiscal". En el presente caso y por lo que se refiere al recurrente el escrito de calificación provisional obrante a los folios 2322 y siguientes se limita a afirmar en la conclusión primera su disconformidad con el relato del Ministerio Fiscal y acusaciones declarando que ninguna relación tiene con los hechos objeto de la causa, y a renglón seguido tras efectuar la relación de las condecoraciones obtenidas por su defendido efectúa una relación de todas las personas asesinadas por la banda criminal ETA en Guipúzcoa, en el resto del País Vasco y en el resto de España, así como relación de los comandos desmantelados.

Una recusación formalizada en tal fundamento --con tal falta de fundamento-- solo es expresión de una actuación que entraña un manifiesto fraude de Ley procesal en los términos del art. 11 de la LOPJ, que determina el rechazo de los incidentes o excepciones formulados con manifiesto abuso de derecho o entraña fraude de Ley o procesal.

En efecto la recusación, expediente legal para garantizar el derecho al Juez imparcial, aparece instrumentalizada con fines diferentes a aquellos para la que se creó, y con la consecuencia de dilaciones y entorpecimientos en el iter de la causa, por ello, la desestimación a limine de tal recusación es la respuesta adecuada a tales planteamientos. En tal sentido, podemos citar la STC 136/99 de 20 de Julio de 1999 que determina "...en consecuencia la inadmisión liminar de la recusación puede sustentarse tanto en la falta de designación de una causa legal de abstención como en su invocación arbitraria, esto es, manifiestamente infundada, ya que este último comportamiento también constituye una evidente infracción del deber de actuar con posibilidad en el proceso -- art. 11-2 LOPJ--, sin formular incidentes dilatorios, que resulta de la genérica obligación de colaborar en la recta Administración de Justicia....".

Por lo demás, la instrumentalización de la recusación efectuada por el recurrente se confirma al comprobar que en el auto de apertura de juicio oral de 17 de Noviembre de 1999, consta firmado, precisamente, por los dos Magistrados a los que luego se recusa, habiéndose sorteado la prevención del art. 223 LOPJ "...la recusación deberá proponerse tan luego como se tenga conocimiento de la causa....", mediante la apertura de un nuevo plazo provocado por la petición dirigida a la Sala de conocer la composición de la misma, respondida con el proveído de 7 de Diciembre, en el que constaban como integrantes de la Sala juzgadora el mismo Presidente y el



Ponente del auto de apertura de juicio oral de 17 de Noviembre de 1999. Precisamente el único Magistrado que cambia es aquél frente al que no se formaliza recusación --ver composición Tribunal del auto y del Plenario--.

El motivo debe ser desestimado.

Sexto.- Pasamos al estudio del motivo tercero, formalizado por el cauce del error en la valoración de la prueba fundado en prueba documental --art. 849-2º-. Se señala como documentos en el sentido casacional del término, y que actúan como presupuesto de la admisibilidad del motivo los siguientes:

1- Informe obrante al folio 4086 de las actuaciones según el cual, "el indicativo J-1 corresponde normalmente al Primer Jefe de la Comandancia".

2- En relación a Intxaurreondo, en aquellas fechas únicamente tenía como destino las viviendas de los miembros de la Guardia Civil, ya que la Comandancia estaba en la Avda. de Zumalacárregui, y sin embargo, la sentencia se "inventa" un puesto de guardia en aquel lugar.

3- En relación a las fotos obrantes a los folios 3504 a 3508, aportados por el testigo Sr. Rodrigo para avalar su testimonio, consta por declaración testifical de la Sra. Inmaculada que son de fecha posterior a los hechos enjuiciados.

4- Carta remitida por el Sr. Rodrigo al Sr. Gabino obrante a los folios 4749 a 4753 respecto de los que efectúa el recurrente unas reflexiones en referencia al Sr. Rodrigo que debieran tenerse en cuenta en orden a valorar la credibilidad de dicho testigo.

5- Certificado de que el Coronel Luis Carlos se encontraba en el País Vasco, en el momento del atentado en Oñati en relación a su presencia en el vehículo del Sr. Mariano junto con el recurrente aunque la noche del 15 al 16 de Octubre regresaban a San Sebastián, y no iba --según su tesis-- Rodrigo en dicho vehículo y sí el Sr. Luis Carlos .

6- Acta de Inspección ocular de La Cumbre obrante a los folios 12272 por parte del Sr. Rodrigo en la que se aprecian discrepancias entre el acta y lo declarado por éste, siendo destacable que este señalase haber marcado tres habitaciones, -- donde supuestamente habían estado los detenidos--, y sin embargo el arquitecto que realizó la remodelación no viene marca alguna al respecto. También se refiere el recurrente al acta de inspección ocular por parte del Sr. Jaime --folio 12272-- así como a la cinta magnetofónica aportada por éste.

7- Atestado de la Guardia Civil --folio 3460 y siguientes-- abierto con ocasión del atestado en la localidad de Oñati sobre despliegue de fuerzas que es contradicho por la declaración del Sr. Rodrigo .

8- Informe de la Guardia Civil obrante al folio 3661 sobre el sistema de vigilancia de La Cumbre según consta en el Libro Copiador, según el cual dicha vigilancia le correspondía a la Guardia Civil a partir de Marzo de 1989, en contra de lo dicho por el testigo Sr. Rodrigo que asigna dicha vigilancia a la Guardia Civil en fechas de 1983, cuando consta acreditadamente que en 1983 la vigilancia la tenía el Cuerpo Nacional.

9- Libro copiador de servicios del Edificio de Correos acreditativo de que en la noche del 15 al 16 de Octubre de 1983 el Guardia Civil Don. Gustavo estaba allí de servicio --folios 6359 a 6371--, y en relación al Guardia Civil Don. Jose Luis en esas fechas estaba realizando un curso de técnica policial y dactiloscópicas, BOGC nº 15 de 1983, lo que contrasta con la declaración del testigo protegido nº NUM003 de que esa noche participaron en la detención de los Sres. Romeo y Imanol según cuenta el testigo protegido que le dijo el condenado Cornelio .

10- Documentos del CESID.

11- Informe médicos relativos a la salud mental de los Sres. Cornelio y Jaime .

12- Atestado de la Guardia Civil obrante en los autos a los folios 3952 y siguientes relativo a la declaración que ante ellos prestaron los policías municipales de Placencia de las Armas en relación a lo manifestado por el Sr. Rodrigo sobre la parada que se efectuó en dicho Ayuntamiento para que el recurrente efectuase una llamada telefónica.

En relación al presente motivo, existe una consolidada doctrina jurisprudencial sobre qué ha de entenderse por documento en clave casacional, y qué virtualidad debe tener para que prospere un motivo casacional fundado en dicho error.

Por todas, la STS de 10 de Noviembre de 1995 estima como documento casacional "...aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma....".



La STS nº 496 de 5 de Abril de 1999 en relación al motivo de error en la apreciación de la prueba, declara que "...La reiterada doctrina de esta Sala viene señalando como requisitos de este motivo casacional los siguientes: A) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase -como las pruebas personales por más que estén documentadas-; B) que evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; C) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba; y D) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991 (RJ 1991/282); 22 de septiembre de 1992 (RJ 1992/7237); 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996 (R 1k996/3818 y RJ 1996/8398); 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7855); 27 de abril y 19 de junio de 1998 (RJ 1998/3788 y RJ 1998/5497); entre otras)".

Más recientemente, en el mismo sentido la STS nº 1345/99, de 27 de septiembre de 1999, señala que "Es reiterada la jurisprudencia de esta sala que recuerda los requisitos que ha de tener un documento, a los efectos del art. 849.2 de la Ley Procesal, es decir un documento con entidad para la acreditación de un error en la apreciación de la prueba. En este sentido, y como primer requisito, ha de tratarse de prueba documental, lo que excluye de su consideración otras modalidades de prueba, como confesión, testifical, incluso pericial - con las excepciones que en esta prueba se ha señalado jurisprudencialmente y que permite su consideración de documento a los efectos del recurso de casación-. La razón de tal exclusión radica, precisamente, en que las pruebas personales, como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediatez la percibe.

En segundo término, el documento ha de acreditar el error en la apreciación de la prueba. Del documento designado debe resultar, bien un dato fáctico contrario al reflejado por el juzgador en el hecho probado, bien un hecho no incluido en la declaración fáctica.

Además, el documento designado no debe entrar en colisión probatoria con otros elementos de prueba. Si así ocurriera, corresponde al Tribunal de instancia apreciar y valorar la prueba y formar su convicción en los términos resultantes en el art. 741 de la Ley Procesal.

Por último, el documento designado que acredita un hecho, en los términos señalados, debe tener relevancia en la subsunción, es decir, debe tener virtualidad para modificar la calificación jurídica de los hechos y, por ende, el fallo de la Sentencia".

Toda la relación de documentos citados por la representación del recurrente, más que acreditar algún error cometido por el Tribunal en la valoración de las pruebas, tiene como denominador común atacar la credibilidad del testigo de cargo Sr. Rodrigo o la del testigo protegido nº NUM003 , con lo que ya se está evidenciando la imposibilidad de que el motivo pueda prosperar, y la falta de literosuficiencia pues corresponde al Tribunal valorar la credibilidad ante todo el caudal probatorio de cargo y de descargo.

Un análisis más individualizado pone de manifiesto lo siguiente:

En relación al documento nº 1 carece de literosuficiencia o potencia acreditativa del error que se denuncia porque existe otra prueba -la declaración testifical de los Sres. Rodrigo y Gregorio - que afirman que al menos en esa ocasión, el indicativo J-1 identificó al recurrente y al efecto la explicación que la sentencia -página 38- es plausible y no arbitraria. Como reflexión general debemos recordar que la prueba documental no tiene un plus de acreditación frente a los otros, por lo que el documento casacional que se cite como acreditativo del error no debe de estar desmentido por otras probanzas, pues si lo está, la determinación de que versión debe prevalecer corresponderá al Tribunal sentenciador quedando la elección por tanto extramuros del control casacional.

En el presente caso, señalamos que el propio documento citado introduce el adverbio "normalmente" que hace compatible la versión que asume la sentencia.

En relación al documento nº 2, realmente es el mismo que el anterior del que el recurrente extrae una reflexión en la medida que la llamada que debía efectuar el Sr. Jose Carlos era a Intxaurreondo cuando la sede de la Comandancia no estaba allí sino en la Avda. de Zumalacárregui. Se dice tal vez con cierta irreflexión que "...la Sala -sentenciadora- se inventa la existencia de un puesto de guardia del que absolutamente nadie ha hablado....".

El Tribunal de instancia -página 38-, lo único que afirma es una conclusión obvia, elemental y que pudo tener cumplida acreditación si se hubiese solicitado, cual es que estando situadas en el barrio de Intxaurreondo del



municipio de San Sebastián, varios bloques de viviendas de la Guardia Civil, forzosamente debía existir algún tipo de vigilancia en prevención de atentados terroristas, y es hecho notorio que la realidad actual y desde hace muchos años es la de un recinto cerrado y controlado, lo que muy posiblemente debía ocurrir también en el año 1983. No hay pues invento sino un razonado juicio de inferencia. Por lo demás el error denunciado es inexistente.

En relación al documento nº 3 relativo a las fotos presentadas por el Sr. Rodrigo , ningún error evidencian sobre su relación especial con el entonces Gobernador, lo que consta por diversas pruebas testificales –Sr. Marco Antonio –, evidenciado en compartir el coche del Gobernador la noche de autos –testimonio Don. Gregorio y del propio Rodrigo –. Poco importa que las fotos sean de época posterior a los hechos, lo relevante es que no se acredita el error denunciado.

En relación al documento nº 4, la carta que se envió por el Sr. Rodrigo al Sr. Gabino , no es documento casacional, por lo que en base a la misma nada se puede acreditar.

En relación al documento nº 5, el certificado que acredita la estancia en el País Vasco del entonces Comandante Luis Carlos carece de literosuficiencia para evidenciar el error que se denuncia, pues nada obsta a que acreditado este dato y no cuestionado, de él no se deriva forzosamente que viajara la noche de autos en el coche del Gobernador Civil acompañándole junto con el recurrente. Al respecto recuérdese que la sentencia de instancia –folio 41– detecta en la declaración del insinuado un extremo que acreditadamente no era cierto. El entonces Comandante afirmó haber visto el coche que objeto del atentado en el mismo lugar de los hechos, cuando consta en el atestado que, en dicho vehículo fue trasladado el policía que resultó herido por una piedra que atravesó el cristal trasero, constandingo así mismo que la inspección del vehículo se efectuó en el mismo aparcamiento del Hospital, lo que llevó a la Sala a la afirmación de que "....eso no evidencia que ese testigo mienta deliberadamente, pues han pasado tantos años que es posible que no recuerde bien lo acaecido....".

En relación al documento nº 6, el mismo ni tiene la condición de documento a los efectos casacionales, ni es literosuficiente, ningún error puede objetivarse del hecho de que el testigo Sr. Rodrigo dijese que hizo unas marcas en las paredes señalando tres habitaciones en la Cumbre, con el hecho de que cuando años después, se procede a la remodelación del edificio, el arquitecto director de las obras no observase tales marcas y por lo que se refiere al Sr. Jaime , lo único que se intenta es evidenciar su falta de credibilidad. Por lo demás, la cinta de la conversación no tiene valor de documento a efectos casacionales.

En relación al documento nº 7, el atestado policial como las actas del juicio oral carecen de la naturaleza de documento a efectos casacionales, y por tanto es inhábil para los fines pretendidos por el recurrente – SSTS 17 y 21 de Mayo de 1993, 22 de Septiembre de 1995, 22 de Noviembre de 1996, entre otras muchas–.

En relación al documento nº 8, referente a la determinación del cuerpo de seguridad encargado de la vigilancia de la Cumbre –Guardia Civil o Policía Nacional–, en la que existe una contradicción entre dicho documento y lo declarado por el Sr. Rodrigo , la sola reflexión de que al respecto la Sala sentenciadora no establece ningún juicio de certeza sobre qué cuerpo desempeñaba las tareas de vigilancia en La Cumbre, resulta suficiente para evidenciar la existencia del error que se denuncia, y que en definitiva, por esta vía casacional se está atacando la credibilidad del testigo de cargo.

En relación al documento nº 9 relativo con el que se quiere acreditar un error en la sentencia de instancia porque los miembros de la Guardia Civil Don. Gustavo y Jose Luis no intervinieron en la detención de los Sres. Romeo y Imanol en Francia y su traslado a San Sebastián, como dice el testigo protegido nº NUM003 que le dijo el condenado Sr. Cornelio , se está en el mismo caso que el anterior. La sentencia sometida al control casacional no afirma la intervención de tales personas y por lo tanto no hay error, lo pretendido por esta vía indirecta es desacreditar el testigo.

En relación al documento nº 10 –documentos CESID– y en concreto las notas de despacho de Julio y Septiembre de 1983–, no son documentos en el sentido casacional del término.

En relación al documento nº 11, referido a los informes médicos sobre el estado mental de los Sres. Cornelio y Jaime , sin perjuicio de reconocer que excepcionalmente han sido estimados como documentos en clave casacional cuando siendo varios coincidentes, o uno solo, el Tribunal sentenciador se aparta injustificada y arbitrariamente de sus conclusiones, en el presente caso resulta palmaria la inexistencia de error, en la medida que en el propio factum, apartados VIII y IX, se recoge el diagnóstico médico, sin que de él se derive dato alguno que permita fundamentar fabulación o que no estaba en condiciones mentales cuando hizo tales declaraciones. Recordar al respecto que antes de todas las sesiones del juicio oral, fue reconocido médicamente no encontrándosele objeción médica a su presencia en el Plenario. Por lo demás, es significativa la parquedad argumentativa del error que se denuncia por parte del recurrente en base a estos documentos.



En relación al documento nº 12, como ya hemos dicho el atestado policial carece de la condición de documento casacional, por lo tanto las declaraciones de los policías municipales de Placencia de las Armas relativa a no recordar la parada del Sr. Jose Carlos en el Ayuntamiento para efectuar una llamada telefónica, no es prueba documental, sino personal documentada –que no es lo mismo–, ni a mayor abundamiento evidencian tal error porque se limitaron a decir que no se recordaban.

La conclusión de todo el estudio efectuado es la inexistencia del error que se denuncia por el cauce del art. 849-2º.

Procede la desestimación del motivo.

Séptimo.- Por el cauce de la Infracción de Ley del nº 1 del art. 849, y como primer motivo según el orden del recurrente, pasamos a estudiar la denuncia de haberse aplicado, indebidamente, el art. 480 del anterior Código Penal en vez del art. 184 de dicho texto legal.

Alega el recurrente que los hechos se centran en el año 1983, bajo la vigencia del Código Penal de 1973, que contenía dos tipos legales de detención ilegal, el cometido por particular descrito en el art. 480 sancionado con pena de seis años y un día a doce años de prisión, y el cometido por funcionario público descrito en el art. 184 sancionado con pena muy inferior. Se argumenta que el recurrente en cuanto Jefe del Servicio de Información y Comandante segundo Jefe de la 513 Comandancia, era funcionario público, y por lo tanto debió ser condenado por el delito de detención ilegal del art. 184 y no por el previsto en el art. 480, y que al no hacerlo así se ha vulnerado el principio esencial de especialidad en la aplicación de las normas penales, pues resulta claro que el tipo penal del art. 184, es más específico –solo para el sujeto activo funcionario–, que el genérico del art. 480 –cualquier persona–, vulnerándose la voluntad del legislador de sancionar el delito de detención ilegal cometido por funcionario de una manera más benévola y privilegiada que el cometido por un particular. Con la aplicación que efectúa la sentencia recurrida, se viola, además, el principio de no retroactividad de las leyes penales en cuanto sea perjudicial, pues si bien es cierto que la doctrina jurisprudencial desde el año 1986, aplicó el tipo penal del art. 480 a la detención llevada a cabo por funcionario, con el fin de impedir el efecto de estimar más leve este delito cuando es cometido por quien, en su condición de funcionario está más obligado a la defensa de la legalidad, es lo cierto que tal interpretación se inicia en una sentencia de 6 de Octubre de 1986, que cita la sentencia –página 48–, pero por ello mismo no puede aplicarse retroactivamente dicha interpretación a hechos del año 1983 como son los que ahora se enjuician.

El motivo debe ser rechazado.

Son dos los argumentos que ofrece el recurrente en favor de su tesis: el respeto al principio de especialidad y al principio de no retroactividad de las leyes penales más desfavorables.

En relación al primero, la jurisprudencia de esta Sala con el fin de evitar el efecto perverso de estimar menos grave la detención cometida por un garante de la legalidad como es todo funcionario público, que por un particular, vino propugnando una interpretación restrictiva del tipo privilegiado del art. 184 del anterior Código Penal de suerte que se limitaba su aplicación cuando la detención inicialmente era lícita, pero luego se tornaba en delictiva, en tanto que el art. 480 se ampliaba para englobar aquellas detenciones efectuadas por funcionario público escandalosamente ilegales desde su inicio, bien por carecer de competencia para detener, bien por actuar guiado por motivaciones particulares o por extralimitarse gravemente en el ejercicio de sus funciones, como bien se razona en la sentencia recurrida.

Desde este planteamiento, estima la Sala sentenciadora que en el presente caso procede la aplicación del art. 480 del anterior Código Penal, y en este control casacional se verifica la legalidad de tal decisión ajustada a la jurisprudencia correspondiente. A tal efecto podemos señalar las sentencias de esta Sala de 25 de Junio de 1990 –caso Nani–, que recoge unos hechos acaecidos en Octubre de 1983, sentenciados por la Audiencia Provincial de Madrid el 3 de Septiembre de 1988 y confirmada en casación en la que se aplicó el art. 480 del anterior Código Penal y no el 184.

De fecha más reciente y con idéntica doctrina se puede citar la sentencia 2/98 de 29 de Julio de 1998 –caso Marey– de la que citamos –en referencia al art. 184 del actual Código Penal– el siguiente párrafo de su Fundamento Jurídico vegeésimosegundo "...Tal norma, cuya lectura sorprende y nos hace pensar cómo es posible que haya estado vigente hasta 1995, ha tenido que ser forzosamente objeto de interpretación restrictiva por esta Sala para permitir que pudieran castigarse conforme a las disposiciones ordinarias las detenciones practicadas por funcionarios, cuando ya desde su inicio son ilegales, bien por responder a motivaciones exclusivamente privadas, bien por ser notoriamente realizadas con abuso del cargo y fuera de toda posible licitud, como ocurrió en el caso de autos, es decir, cuando el funcionario por su actuación manifiestamente delictiva desde el comienzo de la detención se ha colocado, y así lo sabe, fuera de las funciones que legalmente



tiene encomendadas, de modo que las utiliza (esas funciones públicas) no para cumplir la Ley, sino para violarla con la agravación de que lo hace prevaliéndose del cargo público que ejerce.

En tales casos se aplicaban los artículos 480 y ss. CP ya derogado con la agravante 10.^a del mismo Código (prevalerse del carácter público), que se corresponden ahora con los artículos 163 y ss. CP de 1995.

Véanse las Sentencias de esta Sala de 6 octubre 1986 (RJ 1986/5482), 7 febrero 1992 , 30 marzo 1993, 2 febrero 1995, 18 febrero 1997 y 21 octubre 1997".

Y más adelante, continúa diciendo: "El artículo 184 CP de 1973, en los años últimos de su vigencia, sólo podía aplicarse a los casos en que el funcionario, actuando en el ejercicio de su cargo, realizaba una detención inicialmente lícita, que luego se convertía en ilícita por los malos tratos producidos a la víctima, o por otra razón que ponía de manifiesto algún abuso en relación con la legalidad reguladora de esas detenciones".

En el caso de la detención de los Sres. Romeo y Imanol , la más patente ilegalidad atraviesa y conforma toda la acción, pues resulta notoriamente ilegal la detención en Francia por fuerzas de seguridad españolas de dos personas con independencia de su pertenencia a un grupo terrorista, su traslado a España y su posterior interrogatorio.

En relación al otro argumento de la vulneración del principio de irretroactividad de la Ley penal, debemos decir que el principio de legalidad del art. 25-1º de la Constitución y su equivalente el art. 2 del Código Penal solo se refieren a la aplicación de la ley vigente en el momento del hecho, que es lo garantizado por la prohibición de irretroactividad legal de la Ley, pero por ello está excluida del principio legal la interpretación jurisprudencial que no supone ninguna vulneración de derechos fundamentales cuando son razonados y fundados -- STS de 11 de Mayo de 1994-- singularmente cuando la interpretación jurisprudencial supone una doctrina consolidada y es emanada de esta Sala Segunda en la función que constitucionalmente le corresponde de verificar el control de legalidad en su aplicación por el resto de los Tribunales, y al mismo tiempo dotar de seguridad jurídica al ordenamiento jurídico -- art. 9-3 C.E.-- mediante la función de intérprete último de la Ley penal.

Es en esta función que el art. 480 del anterior Código Penal ha sido interpretado de la manera expuesta, criterio que debe mantenerse, por el principio de igualdad y de seguridad jurídicas a todos los supuestos después de consolidarse la doctrina jurisprudencial, lo que como ya se ha demostrado, ocurre en el caso de autos.

Procede en consecuencia desestimar el motivo.

Octavo.- Recurso de D. Mariano .

Aparece formalizado por un total de 10 motivos, cuyo estudio reordenaremos de acuerdo con la sistemática ya anunciada en el anterior recurso, de suerte que estudiaremos los motivos por infracción de derecho constitucional, para seguir por los de quebrantamiento de forma y concluir por el de infracción de ley por error en la valoración de la prueba fundada en documentos que consten en la causa. El recurrente numera del uno al cinco los motivos por Quebrantamiento de Forma y del uno al cinco por Infracción de Ley. Comenzaremos por estos últimos.

Al tratar los motivos de cuestiones ya abordadas en el anterior recurso, se evitarán reiteraciones sin perjuicio de efectuar la individualizada fundamentación y argumentación cuando sea necesario.

Estudiamos conjuntamente los motivos segundo, tercero y cuarto según la enumeración del recurrente, los tres en denuncia de haberse vulnerado la presunción de inocencia del recurrente lo que permite el examen conjunto.

Damos por reproducida la doctrina de la Sala sobre el ámbito del control casacional en relación a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, la aptitud y condiciones de la declaración del coimputado para que pueda estimarse prueba capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y la aptitud de la prueba indiciaria en atención al mismo fin, así como el ámbito del control casacional en relación a la misma, y finalmente la doctrina existente sobre el caso de que existan retractaciones en las declaraciones prestadas por testigos y coimputados.

Niega que exista prueba respecto a la decisión de intervenir en Francia al margen de la Ley por parte de Interior, y que esa fuese la decisión del recurrente Sr. Jose Carlos .

Niega que exista prueba respecto del delito de detención ilegal y posterior asesinato de los Sres. Romeo y Imanol , rechazando la prueba testifical que estima insuficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia.

Reitera la ausencia de prueba de cargo contra el recurrente en la participación de los dos asesinatos --ya que nadie se refirió al recurrente como partícipe de esa decisión, motivo tercero--.



Denuncia la imposibilidad de que la declaración heteroincriminatoria del coimputado Jaime en fase sumarial puede ser tenida en cuenta por falta de contradicción --motivo cuarto--.

Desde la doctrina antes referida, constatamos que el recurrente en los tres motivos, más que cuestionar la inexistencia de prueba de cargo, efectúa una valoración sobre la misma que le lleva a estimar su insuficiencia, por la escasa credibilidad que le merecen los testigos --con olvido de que la credibilidad forma parte de la valoración y esta pertenece a la competencia de la Sala sentenciadora como prescribe el art. 741 LECriminal en virtud de la inmediación de que dispuso--.

Por otra parte, el recurrente efectúa un análisis no ya individualizado de los diversos elementos probatorios tenidos en cuenta por la Sala sentenciadora, sino que efectúa un análisis atomizado de la prueba que le lleva a la conclusión de que no existe prueba suficiente, con olvido de que la valoración de la prueba debe efectuarse sobre el conjunto de la practicada.

Al respecto tal análisis conjunto de la prueba se deriva del texto del art. 741 LECriminal, y explícitamente está reconocido por reiterada doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional.

En este sentido la STC 44/89 de 20 de Febrero indica que "...la apreciación de la prueba se refiere a la valoración en conjunto del material probatorio, lo que impide que pueda ser invocado el derecho a la presunción de inocencia para cubrir cada episodio, visicitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal...". En el mismo sentido podemos señalar las STS 1381/99 de 29 de Septiembre, 1389/99 de 7 de Octubre y 1809/99 de 20 de Diciembre, entre las más recientes.

En este control casacional se comprueba que el Tribunal de instancia ha explicitado las pruebas de cargo y en concreto la aptitud de los testimonios del coimputado Sr. Jaime , y de los testigos Sres. Rodrigo , Gregorio y testigo protegido nº NUM003 , verificándose tales declaraciones inculpativas han superado los controles de legalidad constitucional y ordinaria, han sido introducidas en el Plenario, sometidas a contradicción y ha sido en base a ello que alcanzó el juicio de certeza sobre la detención e interrogatorio de los Sres. Romeo y Imanol . En concreto el conocimiento y consentimiento en la operación por parte del recurrente se materializa en haber prestado la Villa de La Cumbre para la detención, habiendo visitado a los detenidos una vez.

Como ya decíamos en el anterior recurso, se está en un claro supuesto de coautoría en el que hay un reparto de papeles, y en este sentido cuando los diversos partícipes colaboran eficazmente en el fin común, todos son autores los hechos, y por lo que se refiere al recurrente, a la sazón Gobernador Civil de la Provincia, y como tal autoridad máxima del Ejecutivo Central, y jefe de todas las fuerzas de seguridad, es claro que sin su consentimiento, o por decirlo más claramente contra su consentimiento, no hubiera podido llevarse a cabo unos hechos como los enjuiciados, existiendo una evidente "comunidad" de decisión con el resto de condenados por quien en función del cargo que tenía se encontraba en una clara posición de garante de los valores superiores del ordenamiento jurídico como la libertad y el propio respeto a la Ley, con independencia de que la ejecución fuese realizada por otras personas.

Al respecto resulta muy significativo en relación al asesinato la respuesta que da al testigo Sr. Rodrigo -- reiterada en el sumario y en el Plenario-- en relación a la pregunta de ¿donde estaban los peces de Jose Carlos ? --cuando ya se había divulgado la noticia de la desaparición de los Sres. Romeo y Imanol -- respondiendo "...éstos ya no están, no me preguntes más...".

Es cierto y se reitera que la sentencia de instancia debiera haber explicitado con más extensión la autoría en relación a la muerte de los detenidos, en todo caso ya dijimos que la inferencia que extrae, desde el hecho-base acreditado de la detención de ambos y su interrogatorio en la Villa de La Cumbre, sin haber acreditado la puesta en libertad de los tan ilegalmente detenidos, de que la muerte debe ser atribuida a título de autor a los recurrentes es inferencia totalmente razonable y en modo alguno arbitraria, y la censura de omisión de un más amplio razonamiento no es equivalente a ausencia de fundamento o a decisión arbitraria. Aunque breve, se satisficieron en opinión de la Sala, las exigencias constitucionales derivadas de la presunción de inocencia, y recuérdese que el ámbito del control casacional en relación a la prueba indiciaria se satisface con la verificación de que las conclusiones alcanzadas por la Sala sentenciadora sea lógica y ajustada a las máximas de experiencia, aunque cupieran otras igualmente lógicas -- STC de 4 de Junio de 2001 recaída en el recurso de amparo 4703/97--.

Hubo prueba de cargo y no se patentizan ninguna de las vulneraciones de derechos constitucionales que se denuncian.

Procede la desestimación de los tres motivos.

Noveno.- Pasamos seguidamente al motivo quinto según la enumeración del recurrente, también por infracción de derecho fundamental en concreto del derecho a la asistencia letrada y a la defensa.



Concreta el recurrente su denuncia en que su única declaración antes del procesamiento, celebrado el día 7 de Septiembre de 1995 se llevó a cabo sin la presencia de Letrado, posteriormente, el Sr. Instructor le citó para celebrar un careo con el Sr. Rodrigo el 9 de Mayo de 1996 como imputado. Estima el recurrente que su primera declaración no puede ser tenida en cuenta y por tanto tal nulidad arrastra el careo posterior.

Al respecto debemos decir que la primera declaración fue como testigo, y por tanto fue ajustada a la Ley que no tuviese asistencia letrada. No fue un pretexto para dilatar la imputación por parte del Sr. Instructor, sino que en ese momento no había razones para estar imputado. Es posteriormente cuando declaraciones de otro testigo –Sr. Rodrigo – justifica al careo, y es entonces cuando se le cita como imputado.

Evidentemente, la primera declaración del día 7 de Septiembre de 1995 no puede integrarse en el caudal probatorio de cargo, por ser prestada en condición de testigo, y los cargos que en base a esa declaración pudieran haberse efectuado serían nulas, pero es lo cierto que la nulidad a efectos probatorios de lo testificado en dicha declaración del 7 de Septiembre no arrastra a la nulidad del careo, porque aquí sí tuvo asistencia letrada y su presencia lo fue en concepto de imputado.

En este sentido es cierto que no debió citarse en la sentencia aquella declaración como testigo –Fundamento segundo apartado a)– pero es lo cierto que su supresión ni alteraría ni mínimamente el fallo, por lo que carece de relevancia por no existir una efectiva indefensión ni vulneración del derecho de defensa.

Procede la desestimación del motivo.

Décimo.- Abordamos ahora el motivo primero de los de Quebrantamiento de Forma, por el cauce del art. 850-1º por denegación de pruebas que también relaciona con el derecho fundamental a utilizar los medios de defensa pertinentes.

Damos por reproducida la doctrina jurisprudencial, constitucional y de esta Sala sobre el derecho a la prueba.

La relación de pruebas inadmitidas a que se refiere el recurrente es la siguientes, algunas son específicas de este recurso y otras comunes. Para mayor claridad seguiremos el orden propuesto en el motivo.

A- Prueba testifical.

a-1: Testifical de Don Rogelio y Fernando . Nos remitimos al anterior recurso, que en el motivo cuarto también incluía esta testifical.

a-2: Testifical del Policía Nacional NUM011 . Idéntico supuesto al anterior.

a-3: Testifical de Luis Manuel . Idéntico supuesto al anterior.

a-4: Testigos Sres. Leonardo , Fernando y Francisca . Se trata de testifical específica de este recurrente pero reconoce que es situación semejante a la de Don. Rogelio , Fernando y Policía Nacional NUM011 , por lo que ha de estarse, por las mismas razones, a idéntica solución.

a-5 y a-6: Testificales de Don. Alejandro y Carlos Ramón y Juan Manuel . También fueron propuestos por el anterior recurrente y nos remitimos al anterior recurso para verificar la legalidad de su rechazo.

a-7: Sr. Raúl , actuó como secretario del atestado de la detención del Sr. Pedro Miguel , y hacía relación a si el recurrente visitaba a los detenidos. Se trata de cuestionar la credibilidad del testigo Sr. Rodrigo por lo que se verifica la innecesariedad de su testimonio.

a-8: Testifical de los periodistas Sres. Armando , Víctor y Rosendo en relación a diversos artículos publicados. En este control se verifica la innecesariedad de tal testifical como se efectuó lo propio con otros periodistas propuestos en el anterior recurso.

a-9: Testifical del Teniente Coronel de la Guardia Civil Cesar . Idéntico al supuesto a-1.

a-10: Testifical del Comisario de Policía D. Joaquín , la finalidad confesada del recurrente con este testimonio que la Sala conociese "las andanzas" del testigo NUM003 . En este control casacional se verifica la innecesariedad del mismo. En los autos ya constan suficientemente datos sobre la personalidad de los testigos de cargo, por lo que la Sala no estaba ayuna de estos perfiles como se comprueba en el Fundamento Jurídico segundo, apartado B-2º, –página 37--.

a-11: Testifical Sres. Victor Manuel , José , Cosme , Sr. Felipe , se dice de éstos dos últimos, Fiscales de la Audiencia Nacional que tenían un "...conocimiento extrajudicial de muchos aspectos importantes de este sumario...". Nada se precisa ni se acredita al respecto. En este control se verifica su innecesariedad, y respecto de los dos primeros se dice que se quería acreditar la nulidad de la instrucción, con olvido de que los recurrentes tuvieron la posibilidad de ejercitar los recursos que estimaron, incluso plantearon artículos



de previo y especial pronunciamiento en demanda de la nulidad de sumario por varios motivos. todos fueron inadmitidos por auto de la Sala de 27 de Mayo de 1999 --folio 2052 del Rollo--.

a-12: Testifical del funcionario de policía que emite un informe sobre el recurrente el día 5 de Julio de 1996. Se trata de una incidencia en la instrucción, poco relevante porque se trataba de un juicio de intenciones sobre el intento del recurrente de eludir la acción de la justicia. Resulta innecesaria y así se declara en este control casacional.

a-13: Testifical de los Sres. Andrés , Fermín y Ramón en relación al hecho afirmado por las acusaciones que el recurrente visitaba a los detenidos. Resulta prueba irrelevante en orden a si visitó o no, efectivamente, a los Sres. Romeo y Imanol y así se declara en este control casacional confirmando la decisión de la instancia.

B- Prueba documental.

Dentro de este capítulo se integran la petición de los consumos de agua, luz y teléfono de la Villa de La Cumbre desde 1980 a 31 Diciembre de 1987, incorporación a los autos de diversos pasajes de diversos libros, incluido el de "Pasos perdidos", del Instructor de la causa, y finalmente que se librara oficio a la Audiencia Nacional para remisión de testimonio de todas las causas abiertas a Jesús Manuel para valorar la personalidad y fiabilidad de su testimonio.

En este control casacional se verifica la legalidad de la inadmisión de tales pruebas en la medida que los consumos energéticos de la villa de la Cumbre en distintos momentos históricos no afecta al concreto uso que se haya hecho en una época determinada, en relación a los libros se trata de idéntica prueba solicitada por el anterior recurrente y nos remitimos a lo dicho en el motivo correspondiente que damos por reproducido, y en relación al testimonio de las causas obrantes a Jesús Manuel es clara su innecesariedad.

C- Prueba pericial.

Propuso la prueba pericial de arquitectos idéntica a la propuesta por el anterior recurrente. Nos remitimos a lo allí dicho para justificar la legalidad de la inadmisión.

Consecuencia de todo lo expuesto, es la desestimación del motivo analizado.

Undécimo.- Analizamos el segundo motivo por Quebrantamiento de forma al amparo del art. 850-1º por manifiesta contradicción en los hechos probados.

Se concreta la denuncia casacional por el recurrente en que la sentencia no determina quien dio las órdenes de detener y quien acordó la orden de matarlos, ni siquiera afirma quien fue el autor material de los disparos, y sin embargo estima autor de la detención y de la muerte al recurrente.

Tal denuncia no puede tener acogida en este motivo casacional que recordemos que exige los siguientes elementos -- STS 168/99 de 12 de Febrero, entre otras muchas--.

"...Solo existe el quebrantamiento de forma que se aduce cuando se dan las siguientes conclusiones...":

- a) Que la contradicción sea interna, esto es, entre los pasajes del hecho probado, pero no entres estos y los fundamentos jurídicos.
- b) Que sea gramatical, es decir que no sea una contradicción deducida a través de una argumentación de carácter conceptual ajena al propio contenido de las expresiones obrantes en el relato fáctico, sino que sea in terminis, de modo que el choque de las diversas excepciones origine un vacío que arrastre la incongruencia del fallo, porque la afirmación de una implique la negación de la otra.
- c) Que sea manifiesta e insubsanable...
- d) que sea esencial y causal respecto del fallo "...

Resulta patente que no se dan ninguno de los elementos que vertebran el motivo.

El recurrente confunde la contradicción en el factum con el juicio de inferencia alcanzado respecto de la prueba directa existente en cuanto a su participación en la detención al facilitar el lugar para la misma, y la inferencia obtenida con base a ese dato acreditado, más el de no haber sido puestos en libertad, con el hallazgo de los cadáveres.

El motivo debe ser desestimado.

Duodécimo.- El motivo siguiente --el tercero--, por el mismo cauce denuncia idéntico vicio in procedendo, pero ahora en relación al distintivo J-1 que si acreditadamente correspondía al Primer Jefe de la Comandancia --el Sr. Jose Carlos era, a la sazón, Segundo Jefe, y le correspondía el distintivo J-2-- resulta contradictorio que la llamada recibida la noche de autos, cuando venían de Oñati, fuese para el Sr. Jose Carlos , extendiendo



la contradicción al hecho de que dicha llamada dijese que tenía que comunicar en Intxaurreondo, cuando la Comandancia estaba en la Avda. de Zumalacárregui.

No existe la contradicción que se denuncia ni se dan los elementos que vertebran el quebrantamiento de forma por contradicción según la doctrina de esta Sala expuesta en el anterior motivo.

La sentencia da una explicación plausible del cambio de distintivo --página 38-- además de la irrelevancia del hecho --lo relevante fue la llamada para el Sr. Jose Carlos -- no debe olvidarse de la radical ilegalidad de toda la operación, por lo que no puede esperarse que las comunicaciones se efectuasen con el protocolo de actuación propio de una acción legal, debemos finalmente dejar constancia de los propios términos del documento que ya ha sido comentado.

El motivo debe ser desestimado.

Decimotercero.- El motivo cuarto de los de Quebrantamiento de forma lo es por el cauce del 851-3º por no resolverse en sentencia todos los puntos objeto de acusación y defensa.

Se trata de una denuncia que se planteó por primera vez in voce en el informe final, por lo que constituye una cuestión nueva en creación que debió ser inadmitida de acuerdo con la doctrina de las cuestiones nuevas. No se trata de un formalismo vacío sino de atender y respetar los principios del proceso y el objeto del control casacional.

La cuestión nueva atenta contra el principio de contradicción y de igualdad de armas, porque el resto de las partes no puede verificar y contradecir lo dicho en esa situación al no haber sido objeto de debate y prueba en la instancia, por otra parte, el control casacional debe ser respecto de lo debatido y probado, no sobre lo alegado in extremis y sin posibilidad de contradicción ni de debate, porque recuérdese que los informes de la defensa son posteriores a los de las acusaciones y no hay turno de réplica. SSTS 24 de Enero de 2000, 26 y 30 de Junio de 2000, nº 92/2000 de 24 de Enero.

Por lo demás, las concretas alegaciones son coincidentes con las que vertebraron el motivo quinto por vulneración de Ley en relación a la quiebra del derecho de defensa y al careo con el Sr. Rodrigo .

Procede la desestimación del motivo.

Decimocuarto.- El motivo quinto por la vía del art. 851-6º denuncia el vicio in procedendo de haber concurrido a dictar sentencia Magistrado respecto del que se intentó su recusación y se rechazó.

Se refiere a la recusación de que fueron objeto días antes del inicio de las sesiones de juicio oral el Sr. Presidente y la Ponente de la sentencia.

Se trata de un motivo idéntico al motivo sexto formalizado por el anterior recurrente, y que se repetirá en el siguiente recurso, pues todos los condenados --excepto el Sr. Jaime -- formularon recusación fundada en las mismas razones.

Damos por reproducido el Fundamento Jurídico quinto de esta sentencia en el que se contienen los razonamientos que justifican la desestimación del motivo, y que damos por reproducidos.

Procede la desestimación del motivo.

Decimoquinto.- Pasamos a estudiar el primer motivo --según el orden del recurrente-- de los motivos por Infracción de Ley fundado en el art. 849-2 por error en la valoración de pruebas fundado en documento obrante en la causa.

Cita como documento casacional presupuesto de la admisibilidad del motivo, el informe obrante al folio 4085 y 4086 emitido por el Teniente Coronel Laguna, Primer Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Guipúzcoa en el sentido de que en el año 1983, el distintivo J-1 correspondía al Primer Jefe de dicha Comandancia que era D. Alfredo según el documento, que también se designa, obrante al folio 3457, quien fue Primer Jefe en el periodo comprendido entre el 19 de Septiembre de 1983 al 16 de Enero de 1984, y en referencia al cambio de la comandancia desde la Avda. de Zumalacárregui a Intxaurreondo, se acredita que el mismo tuvo lugar en el mes de Junio de 1986.

Como puede observarse son cuestiones ya abordadas por el recurrente y que las retoma desde la denuncia casacional por otro motivo distinto del de Quebrantamiento de Forma por contradicción.

Tampoco por esta vía puede prosperar el motivo que por lo demás es idéntico al motivo tercero del anterior recurso -- Fundamento Jurídico sexto-- en relación a los documentos allí citados bajo el nº 1 y 2 de los propuestos por el recurrente.



Es una cuestión ya resuelta en sentido negativo y nos remitimos a dicho Fundamento Jurídico, no obstante, hacemos observar una vez más que incluso en la documental que se cita la respuesta gramaticalmente no es tan contundente como parece pues textualmente se dice que el indicativo J-1 corresponde normalmente y que en Diciembre de 1983 debería corresponder al entonces ...D. Alfredo ... Primer Jefe, lo que patentiza la falta de contraste indubitado con el documento que sirve de presupuesto al motivo, pues cabe la posibilidad de que fuese utilizado por el recurrente Sr. Jose Carlos .

Procede la desestimación del motivo.

Decimosexto.- Recurso de Juan Luis y Cornelio .

El recurso de ambos está formalizado a través de once motivos, en gran parte suscitándose temas ya abordados en los recursos precedentes.

Reordenaremos el recurso comenzando por los motivos por vulneración de derechos constitucionales.

Motivo octavo, en denuncia de haberse vulnerado la presunción de inocencia en relación al recurrente Sr. Juan Luis .

A lo largo de once folios el recurrente sostiene que la condena impuesta al Sr. Juan Luis se efectúa en un total vacío probatorio por estimar que la declaración del coimputado Sr. Jaime carece de la menor credibilidad.

Se extiende en argumentar que la "sola" declaración del Sr. Jaime no es prueba de cargo bastante, que en aquella declaración inculpativa tuvo incidencia el trato penitenciario más favorable que tuvo, que tiene un carácter claramente autoexculpatorio, que tiene un desequilibrio psíquico y que finalmente tiene una malquerencia hacia sus superiores a los que denomina con el genérico término de políticos para concluir con la alegación de que dicha declaración no ha sido objeto de contradicción.

Toda esta batería de argumentos se desmorona con solo examinar la primera denuncia.

La declaración del coimputado Sr. Jaime no es la única prueba de cargo de que dispuso la Sala, por ello no es cierto que al recurrente se le haya condenado por la "sola" declaración del Sr. Jaime , ni tampoco podemos admitir que el examen de la prueba de cargo se efectúa aisladamente, prueba a prueba para estimar si es o no suficiente. Ya se ha dicho que la valoración es necesariamente conjunta de todo el haber probatorio.

Nos remitimos al Fundamento Jurídico tercero en el que hemos hecho un detenido estudio de toda la prueba de cargo estimada por tal por la Sala, verificando la superación de los controles de legalidad ordinaria y constitucional, para posteriormente controlar la razonabilidad de las conclusiones alcanzadas con su valoración.

La referencia al trato penitenciario más favorable se refiere a que acreditado que el Sr. Jaime mantenía la condición de militar, se acordó el cambio de centro penitenciario para internarlo en una prisión militar, que como se dijo en la Vista supone unas ventajas respecto a las prisiones civiles, pero no hubo situación de privilegio sino correspondencia con su condición militar que mantenía. Al respecto, el oficio obrante al folio 11.309 es suficientemente esclarecedor.

La declaración del mes de Agosto, sin duda fragmentaria en relación a la realidad total, solo reconoce el hecho de la detención e interrogatorios de los Sres. Romeo y Imanol por orden del Sr. Jose Carlos , coordinando la situación el recurrente, que no se olvide era el oficial de mayor graduación al frente del servicio de Información después del Sr. Jose Carlos y llevándose la práctica de la detención interrogatorios en la villa de la Cumbre con conocimiento y consentimiento del Sr. Mariano . Hay una inculpativa por igual de todas las personas citadas, dentro de la distinta jerarquía que ostentaba en la cadena de mando.

En relación a las otras tres cuestiones, ya nos hemos referido en el primero de los recursos, dando por reproducidas las argumentaciones para su rechazo.

Procede la desestimación del recurso.

Decimoséptimo.- Motivo noveno, por el mismo cauce casacional en denuncia también de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a un juicio justo, a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva.

Se trata de un motivo que argumenta el abanico de tales derechos constitucionales desde el análisis de las diversas testificales, comenzando nuevamente por la testifical del Sr. Jaime , testigo protegido nº NUM003 , incidiendo en las mismas cuestiones ya abordadas en el motivo segundo del primer recurso en el que se ha hecho un estudio en profundidad de cuyo resultado en este control casacional es que la prueba estimada de cargo por la Sala superó los controles de legalidad constitucional y ordinaria y las conclusiones en ellas fundadas están razonadas y no son arbitrarias.



En concreto, se llegó a decir en la Vista del recurso que el "gran ausente" de los debates del Plenario fue el recurrente Sr. Juan Luis como acreditación de que no existía prueba respecto del mismo.

Ya se ha dicho que aparece expresamente citado por el coimputado Sr. Jaime como el recurrente que actuaba de enlace entre los interrogadores y el Sr. Jose Carlos . Recordemos que consta acreditado que el Sr. Juan Luis era el oficial de mayor graduación del servicio de Información en el que estaban encuadrados los Sres. Jaime y Cornelio , y por lo tanto esa función de Jefe superior inmediato es coincidente con el destino que tenía, por lo demás, todo el resto de pruebas que corrobora la declaración del Sr. Jaime , actúa como reforzamiento de todos los elementos incriminatorios que en ella se contiene, y por tanto, también de la intervención del Sr. Juan Luis .

En relación a la autoría por los asesinatos también se ha analizado esta cuestión y se ha verificado el control casacional propio de la prueba indiciaria en que se funda el juicio de certeza alcanzado por la sentencia. En este sentido ya hemos dicho que dicho control se centra en examinar si se han cumplido los requisitos para la admisibilidad de la prueba indiciaria tanto desde un punto de vista formal como material. Al respecto se ha comprobado la existencia de unos indicios-base totalmente acreditados constituidos por la detención en Francia y traslado a la villa de la Cumbre en San Sebastián de los Sres. Romeo y Imanol , se ha acreditado que dichas personas no han sido puestas en libertad, que en esta situación la declaración de autoría respecto a la muerte que se efectúa en la sentencia está explicitado, fundada en aquellos hechos-base, siendo totalmente razonables el juicio de inferencia alcanzado, y al respecto, debemos recordar que el control casacional se satisface y supera con la verificación de que la inferencia no sea arbitraria, irracional o incluyente, pues a consecuencia de quedar extramuros de tal control la valoración de las pruebas, basta con verificar que la alcanzada por el Tribunal sentenciador es ajustada a las reglas de la razón y de la lógica "...aunque cupieran otros igualmente lógicas..." STC de 4 de Junio de 2001, en el recurso de amparo 4703/97.

Ciertamente es escueta la fundamentación al respecto de la Sala sentenciadora, pero mínimamente suficiente para satisfacer las exigencias constitucionales de la presunción de inocencia.

La autoría material de las muertes, que se predica de los Sres. Jaime y Cornelio --junto con otras personas-- apartado IV Hecho Probados se confirma con la declaración del testigo protegido nº NUM003 , del que también ya hemos verificado la superación de los controles de legalidad constitucional y ordinaria.

No han existido las vulneraciones constitucionales que alegaron.

Procede la desestimación del motivo.

Decimotavo.- Motivo décimo, por el mismo cauce casacional se efectúa una amplia denuncia de derechos constitucionales que viene a concretarse en el derecho al Juez imparcial.

En concreto se denuncia que se efectuasen tres recusaciones: una del Sr. Juez Instructor durante la tramitación del sumario, otra días antes del inicio de las sesiones de la Vista, y en referencia al Presidente del Tribunal y la Sra. Ponente por pérdida de imparcialidad en el dictado del auto de apertura de juicio oral en el que se denegaron diversas pruebas, y una tercera recusación en las propias sesiones del Plenario y en relación al Presidente del Tribunal. Las tres recusaciones fueron rechazadas a limine por los propios recusados sin dar lugar al trámite del incidente de recusación.

El tema es coincidente con los otros dos recursos, cuyos motivos sexto y quinto, respectivamente, abordaban idéntica cuestión solo que centrada en una única recusación correspondiente al Sr. Presidente y Sra. Ponente de la sentencia, en tanto que en el actual motivo se adicionan dos recusaciones más.

Las tres recusaciones citadas merecen un estudio conjunto porque las tres son exponente de una actuación procesal en fraude de Ley que de acuerdo con el art. 11-2º de la LOPJ deben ser rechazadas.

Ya analizamos la doctrina jurisprudencial de esta Sala y del Tribunal Constitucional respecto del rechazo liminar de la recusación con base, precisamente, en el artículo citado, y ya verificamos el control de legalidad del rechazo liminar de la recusación planteada por la representación legal de los Sres. Jose Carlos , Mariano , Juan Luis y Cornelio . Nos remitimos a aquellas consideraciones.

En relación a las otras dos recusaciones, a que hace referencia llegamos a idéntica conclusión en este control casacional, solo añadir en relación a la recusación del Presidente del Tribunal por un incidente ocurrido con ocasión del interrogatorio del recurrente Sr. Juan Luis por parte del Ministerio Fiscal el día 17 de Diciembre de 1999 --se reitera esta denuncia por el cauce del Quebrantamiento de Forma en los motivos tercero y cuarto-- que el Presidente del Tribunal sólo ejerció la policía de vista y dirección de los debates que le confiere los arts. 683 y 684 LECriminal.

Procede la desestimación del motivo.



Decimonoveno.- Motivo undécimo, por el mismo cauce casacional se alega indefensión que se concreta en tres denuncias:

- Secreto sumarial.
- Privación del derecho a los recursos.
- Rechazo a limine de la recusación del Sr. Juez Instructor.

Son todas cuestiones ya abordadas, la última el motivo anterior, y las dos primeras al responder los dos recursos anteriores.

Damos por reproducidas las argumentaciones que justifican el rechazo de la indefensión denunciada.

Procede la desestimación del motivo.

Vigésimo.- Pasamos seguidamente a los motivos formalizados por el cauce de error in procedendo y por el mismo orden que se han propuesto, abordamos el estudio del motivo primero, que denuncia la denegación de diligencias de pruebas propuestas en tiempo y forma por la parte y que se consideran pertinentes.

Damos por reproducida la doctrina jurisprudencial sobre la prueba pertinente y la prueba necesaria ya expuesta, así como la doble perspectiva de quebrantamiento de forma o vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes que protege el derecho a la prueba.

Los recurrentes van enumerando las diversas pruebas desestimadas y las razones de que se sienten asistidos respecto de su pertinencia.

Aun a riesgo de ser reiterativos, seguiremos el mismo orden, como ya se efectuó en el estudio de los dos recursos anteriores, aunque ya advertimos, que gran parte de las pruebas son coincidentes, por lo que efectuaremos el estudio de forma agrupada.

A- Prueba testifical inadmitida.

Los testigos relacionados en el motivo en los trece primeros números, así como los identificados a los números quince y dieciséis, fueron propuestos también por los anteriores recurrentes, y su inadmisión provocó la formalización del correspondiente motivo que ya fue estudiado. Por ello nos remitimos a lo razonado en los motivos cuarto y sexto de los recursos de los Sres. Jose Carlos y Mariano .

El testigo Don. Jose Francisco Velilla, diputado de la Junta del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid es propuesto para acreditar "...cual era y es la actitud del Abogado Sr. Jose Ramón , las celadas que le fueron tendidas durante el proceso y la falsedad con la que siempre se ha conducido el testigo de cargo..." --Sr. Marco Antonio --.

El testigo D. Alberto se propone por su profundo conocimiento del testigo Sr. Lorenzo .

En este control casacional, vistos los argumentos de los recurrentes, debieron declarar que ninguno de los dos testimonios ni eran pertinentes ni necesarios, ya que solo podían aportar datos referentes a la credibilidad de los testigos citados, siendo el Tribunal quien debe valorar dicha credibilidad y existiendo suficientes datos que acreditan que dispusieron de forma contradictoria de ellos.

Testigo D. Javier , a la sazón Cabo de la Guardia Civil, y conocido del testigo protegido Marco Antonio -- el nº NUM003 -- quien le menciona en el relato que cuenta como contado por Cornelio la noche de una descarga de tabaco en el monte Igueldo, y situado en el mismo escenario en el que el testigo protegido recibe la confidencia, cuando posteriormente se ha acreditado la falsedad por estar destinado, el citado Javier en otro sitio, dato que consta acreditado en las actuaciones.

Precisamente por ello, por constar de forma indubitada la imposibilidad de la versión del testigo protegido en cuanto al Narciso , su testimonio en el Plenario, aunque podía haber sido pertinente, era claramente innecesario, pues ya constaba en las actuaciones la contradicción que podía ser valorada --como lo fue--, por la Sala.

Por ello no hubo indefensión. La prueba era innecesaria y así se verifica en este control casacional.

B- Prueba documental inadmitida referente a documentos presentados por la parte y cuya unión no se aceptó.

Lo mismo ocurre con la prueba documental, se citan diversos artículos, libros y reportajes, sobre los hechos enjuiciados, referentes a los "documentos del CESID", denuncia ante el Cuerpo General de Policía Judicial formalizada contra el Sr. Juez de Instrucción, diversas cartas, entrevistas y recorte de prensa relativo a los consumos de energéticos de la Villa de La Cumbre.



Todo este material ha sido objeto de idéntica denuncia por otros recurrentes por lo que nos remitimos a lo dicho en los recursos anteriores.

C- Prueba documental que debió practicarse y que también fue rechazada.

Este tercer grupo se refiere al libramiento de diversos despachos, unión a las actuaciones de declaraciones prestadas en otras causas por los testigos y periodistas, petición de incorporación a las actuaciones del Informe del Ministerio Fiscal obrante en el sumario 17/95 del Juzgado Central nº 5 sobre algunas personas que testificaron en la presente causa – Marco Antonio –, certificación de las diversas declaraciones efectuadas por Rodrigo en sede policial, petición a diversos medios de comunicación de las declaraciones efectuadas por la novia del Guardia Civil Don. Pedro Antonio, entrevistas dadas por el testigo protegido Don. Marco Antonio, petición al CESID de diversos extremos sobre los documentos que obran en el sumario -"papeles del CESID"--, diversas cintas de vídeo testimonio de la condena de un Tribunal francés a unos periodistas españoles, sobre el tipo de protección de que disponía la villa de la Cumbre en San Sebastián, incorporación de testimonio del Sr. Ernesto en Diligencias Previas 234/94 del Juzgado Central nº 3, otras relativas a la idoneidad del Juez Instructor, cinta magnética que tiene la revista Tiempo relativa a una conversación grabada entre el Sr. Carlos Francisco y el Sr. Jesús Luis, declaraciones efectuadas por el Juez Sr. Gabriel, cintas grabadas al Sr. Rodrigo, otras tendentes a cuestionar las declaraciones Don. Gregorio –en relación a su primera declaración inculpativa–, al testigo Don. Lorenzo y relativa al Se. Jose Ignacio. También se encuentra en los motivos de los otros recurrentes.

E- Pruebas periciales inadmitidas.

1- Pericial contable sobre el patrimonio del Sr. Cornelio.

2- Pericial de los Arquitectos sobre remodelación de la Villa de La Cumbre y situación anterior.

3- Pericial forense para acreditar las supuestas lesiones denunciadas por el testigo Don. Lorenzo y que eran autolesiones.

4- Pericial-caligráfica sobre los "papeles del CESID".

5- Pericial acústica de las cintas de las conversaciones intervenidas.

6- Pericial acústica de la cinta aportada por el Sr. Jaime a la causa.

Resulta igualmente coincidente con las periciales inadmitidas y denunciadas en los otros recursos a excepción de la nº 1 cuya impertinencia es obvia por no existir ni haber sido condenado el recurrente por delito que suponga un enriquecimiento ilícito, la nº 5 porque las cintas de las intervenciones no tuvieron el valor de pruebas, y la propia sentencia no se refiere a ella y la nº 6 porque ya obra en las actuaciones el correspondiente informe pericial –folio 11308, 11315 y 11320--.

La conclusión de este examen en cuanto a las pruebas específicas de los recurrentes, es que la inadmisión fue ajustada a derecho, no verificándose en este control casacional la necesidad de ellas ni por tanto la aptitud para haber podido modificar el fallo.

Procede la desestimación del motivo.

Vigesimoprimer.- Pasamos seguidamente al motivo segundo también por el cauce del Quebrantamiento de Forma al amparo del art. 850-1º LECriminal, se denuncia la denegación de pruebas, pero ahora referidas a las propuestas al amparo del art. 729.3º de la LECriminal –en escrito de 7 de Marzo de 2000, folio 5561 Rollo de la Audiencia.

Dichas pruebas se refieren a:

1- Copia de escrito del Ministerio de Defensa obrante en el Juzgado Central nº 5 de 28 de Septiembre de 1983 sobre el "papel del Cesid".

2- Cinta de vídeo en el que constan las declaraciones del testigo Don. Jose Ignacio en el que reconoció haber intervenido en el secuestro del Sr. Plácido.

3- Diligencias policiales sobre detenciones de los comandos terroristas de ETA Gorki y Laskurain.

4- Cinta de vídeo conteniendo unas declaraciones del testigo protegido nº NUM003 –Sr. Marco Antonio – a la cadena Tele 5, sobre dinero que había recibido del Sr. Marco Antonio.

5- Declaración del Sr. Jose Enrique, anterior Juez instructor de la causa, en relación a las declaraciones contradictorias del testigo Sr. Rodrigo y Sr. Marco Antonio.

El motivo no puede prosperar.



El artículo 728 prevé como principio general que no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes.

El artículo 729, como excepción a este principio le concede al Tribunal la posibilidad, por su propia autoridad de integrar el caudal probatorio con otros elementos de prueba no propuestos por las partes siempre que sea sobre los hechos objeto de acusación o defensa, o respecto de pruebas que en el acto ofrezcan las partes – además de proceder a la práctica de careos–, en todo caso, el común denominador del art. 729 está constituido por tratarse de pruebas practicadas a instancia del propio Tribunal, por ello, y por el carácter de excepción al principio acusatorio –singularmente en relación al nº 2– se ha impuesto una lectura constitucional del mismo, de la que son exponente, entre otras la SSTS de 1 de Diciembre de 1993, 4 de Noviembre de 1996 y 23 de Septiembre de 1995.

En concreto, en relación al párrafo 3º que cita el recurrente en apoyo del motivo, tal posibilidad supone una quiebra del principio de preclusión de los arts. 656 y 728 LECriminal, y en todo caso más que abrir un nuevo periodo de prueba a través del cual podría proponerse prueba autónoma, esta Sala ha estimado que debe de tratarse de "prueba sobre la prueba", es decir prueba tendente a acreditar alguna circunstancia que pueda influir en la declaración de un testigo y que además, como requisito esencial, el Tribunal la estima pertinente.

Desde este preciso ámbito, comprobamos en este control casacional que según se desprende del escrito del propio recurrente, las pruebas citadas se conectaban con la credibilidad de los testigos Sr. Alfonso , Bartolomé , Jose Ignacio , Juan Francisco , Marco Antonio , Marco Antonio y Rodrigo .

De todos ellos, testigos con relevancia en el fallo condenatorio solo se encuentra a los Sres. Marco Antonio y Rodrigo –nº 4 y 5– y respecto de ellos existen abundantes datos en el sumario en orden a poder valorar la credibilidad de los mismos. Además, se refieren los recurrentes a las contradicciones en que tales testigos han incurrido con relación al también testigo Sr. Marco Antonio . En tal caso, puesto que todos acudieron al sumario, sería el careo el medio de exteriorizar y en su caso valorar tales contradicciones, pero no a través de otras declaraciones en televisión o del anterior Juez de Instrucción.

Por lo demás en relación a la prueba nº 3, la propia sentencia da como hecho acreditado la pertenencia de los fallecidos a ETA, a través del Comando Gorki –Fundamento Jurídico 2ºB–.

Por otra parte, resulta que esta extemporánea "prueba sobre la prueba", exige inexorablemente la previa pertenencia de la Sala sentenciadora, y en el presente caso no hubo tal aceptación.

Todo ello nos conduce a no constatar en este control casacional ninguna de las vulneraciones que se denuncian.

Ciertamente que consta en el acta de la Vista de la sesión del 20 de Marzo –folio 5578– la negativa de la Sala a la prueba que le proponía la representación de los ahora recurrentes, y al rechazar tal prueba solo ejercitaba en un sentido negativo la facultad que solo al Tribunal le correspondía. No consta en el acta de la Vista fundamentación de tal negativa, lo que no quiere decir sic et simpliciter que no la hubiera, pues el acta del Plenario es sucinta y no puede contenerlo todo. En todo caso, aunque efectivamente no se hubiese dado ninguna explicación, ya se ha razonado la improcedencia de tales pruebas y por lo tanto la ausencia de arbitrariedad en la negativa, por lo que la falta de fundamentación solo quedaría reducida en este caso al quebranto del deber genérico procesal de fundamentación sin quiebra de ninguno de los derechos que se denuncian a través del motivo.

El motivo debe ser desestimado.

Vigesimosegundo.- En el motivo tercero, también por Quebrantamiento de Forma, ahora por el nº 6 del art. 851 se denuncia que hayan concurrido a dictar sentencia dos Magistrados cuyas recusaciones intentadas en tiempo y forma fueron rechazadas.

El motivo es repetición de otros motivos idénticos de los anteriores recurrentes –sexto del primero y quinto del segundo–, y además, es coincidente con el motivo décimo de los propios recurrentes –abordado en el Fundamento vigésimo–, solo que cambiando la vía de impugnación. Al respecto el propio recurrente en la página 124 de su escrito reconoce la identidad argumentativa de los motivos tercero y décimo.

Procede la desestimación por los razonamientos ya expuestos en este y en los anteriores recursos estudiados.

Simplemente recordar con la sentencia nº 471/95 de esta Sala, que el fraude a la Ley no puede ser fundamento de derecho procesal alguno.

Vigesimotercero.- El motivo cuarto, según el orden del recurrente, también por Quebrantamiento de Forma por el cauce del nº 3 del art. 851 LECriminal por entender que la Sala no resuelve todos los puntos objeto de acusación y defensa.



La denuncia se centra en que en el escrito de conclusiones provisionales se dio por reproducido, íntegramente, el escrito en el que se formularon las cuestiones de previo pronunciamiento, las que fueron resueltas con el total rechazo de las denuncias efectuadas por auto de 27 de Mayo de 1999 obrante a los folios 2052 y siguientes del Rollo de la Audiencia.

La queja casacional se centra en que debieron ser nuevamente resueltas en la sentencia dada la reproducción de los mismos en el escrito de conclusiones provisionales que fue elevado a definitivas.

Se reconoce en esta sede casacional la ausencia de nueva respuesta individualizada y nominativa de la Sala sentenciadora a las cuestiones que vertebraron la formalización de los artículos de previo pronunciamiento de conformidad con el art. 666 LECriminal, pero también se comprueba que las cuestiones sobre las que se vertebró el artículo de previo pronunciamiento, recibió respuesta en el primero de los Fundamentos Jurídicos de la sentencia.

No estamos por ello en el vicio del "fallo corto" porque las concretas cuestiones denunciadas a través de los artículos de previo pronunciamiento, han recibido respuesta, tanto en la propia sentencia como sobre todo a través de los diversos motivos que han conformado el recurso de casación de los recurrentes.

En efecto, las cuestiones alegadas, rechazadas y reproducidas en el Plenario al elevar las conclusiones a definitivas fueron las siguientes:

-declinatoria de jurisdicción.

-vulneración de derechos fundamentales por el secreto sumarial.

-vulneración de derechos fundamentales por privación del derecho a los recursos.

-vulneración de derechos fundamentales por inadmisión de la recusación del Sr. Juez Instructor.

-vulneración de derechos fundamentales por la declaración del procesado Jaime bajo presión y promesa de beneficios.

-vulneración de derechos fundamentales por la confirmación de la conclusión, por la existencia de una investigación bancaria y no haberse dado ampliación del plazo para calificar.

Basta con una lectura del primer Fundamento Jurídico de la sentencia para comprobar que todos los temas aludidos reciben una respuesta desestimatoria a las pretensiones de los recurrentes, bien que no se explicita que con ello se está respondiendo, nuevamente, a los artículos de previo y especial pronunciamiento que ya habrán sido rechazados.

El único tema que no se aborda, es, precisamente la declinatoria de jurisdicción, por ser la única que no puede ser reiterada -- art. 678 LECriminal--.

También estas cuestiones han recibido nueva e idéntica respuesta en la medida que constituyeron motivos casacionales, y el propio recurrente lo reconoce al relacionar este motivo con el undécimo, lo que patentiza la inexistencia de la denuncia que se efectúa.

No le acompaña al recurrente la razón en su queja, porque ha recibido una cumplida y reiterada respuesta a todas las cuestiones planteadas, no existiendo el vicio denunciado.

El motivo debe ser desestimado.

Vigesimocuarto.- En el motivo quinto, al amparo del art. 851-1º de la LECriminal se denuncia la manifiesta contradicción entre los hechos probados.

Los extremos acotados y de entre los que surgiría la contradicción se refieren a la llamada telefónica que se recibe en el vehículo oficial del Sr. Jose Carlos , la noche del día 15 al 16 de Octubre de 1983 camino de San Sebastián, procedentes de Oñati, de que aquél llamase a Intxaurreondo.

La contradicción estribaría en que el distintivo J-1 correspondía al Primer Comandante y no al segundo Jefe, y que por otra parte, la Comandancia tenía su sede en la Avda. de Zumalacárregui en San Sebastián y no en el barrio de Intxaurreondo.

Se trata del motivo idéntico al tercero del recurso del Sr. Mariano , nos remitimos para su desestimación, en evitación de reiteraciones, a lo dicho en el Fundamento Jurídico duodécimo.

El motivo debe ser desestimado.

Vigesimoquinto.- Abordamos el motivo sexto, por el cauce del error basado en prueba documental --art. 849-2º--.



Se cita como documento casacional el obrante a los folios 4085 y 4086, acreditativo de que el indicativo J-1 correspondía al Primer Jefe de la Comandancia a la sazón D. Alfredo y que el Sr. Jose Carlos era el Segundo Jefe.

Es motivo idéntico al primer motivo del recurso del Sr. Mariano de los encauzados por la Infracción de Ley, y que ya fue estudiado en el Fundamento decimoquinto de esta resolución que damos por reproducido íntegramente.

Procede la desestimación del motivo.

Vigesimosexto.- Por el mismo cauce que el anterior de error fundado en documentos, analizamos el último de los motivos del presente recurso, séptimo según el orden del recurrente.

Se cita como documento, el acta de inspección ocular obrante a los folios 12265 y siguientes, en la que intervino el recurrente Sr. Jaime , y en referencia a las declaraciones efectuadas por este en esa ocasión.

También es cuestión ya abordada en el Fundamento Jurídico sexto de esta resolución al abordar el tercero de los motivos del primer recurso.

Se dijo allí y se reitera aquí que el acta de la inspección de la villa de La Cumbre no es documento a efectos casacionales ni en base al mismo puede acreditarse el error que se denuncia, que en todo caso debe oponerse a concretos pronunciamientos de la Sala, no a declaraciones de testigos o procesados.

En el presente caso, el motivo tiende a acreditar errores en la declaración del Sr. Jaime , los que por otra parte no desconoce la Sala, aunque le concede credibilidad al testigo en atención a otros datos que se constan en la propia diligencia de inspección en los términos recogidos en la sentencia –Fundamento Jurídico segundo -A- declaraciones de los acusados, y ya hemos dicho que los temas de credibilidad, en cuanto forman parte de la valoración de la prueba permanecen extramuros del control casacional.

El motivo carece del presupuesto documental imprescindible, y además con el se pretende influir en la credibilidad del testimonio ante el valor que le da la Sala, pero no acredita un error de la Sala con base en documento casacional, único objeto del cauce casacional utilizado.

El motivo debe ser desestimado.

Vigesimoséptimo.- Recurso de D. Jaime .

Aparece formalizado por cuatro motivos, si bien se renunciaron los motivos segundo y cuarto en la Vista del Recurso.

Vigesimooctavo.- Comenzando por el motivo tercero, por violación de la presunción de inocencia la denuncia casacional se concreta en que de toda la actividad probatoria no ha superado el estadio de los indicios racionales de criminales, como tales insuficientes para el dictado de la sentencia condenatoria que se recurre, con cita de algunas reflexiones del autor del libro –e Instructor del sumario– "Pasos Perdidos", para concluir en la breve argumentación del motivo con cuatro afirmaciones relativas a que no está probado que el recurrente haya sido autor de las detenciones ilegales y muerte de los Sres. Romeo y Imanol , critica las declaraciones del testigo protegido nº NUM003 y recuerda que en todo momento, el también condenado Cornelio negó haber hecho confidencia alguna a aquel testigo.

Damos por reproducida toda la doctrina sobre la presunción de inocencia, prueba de cargo, retracciones, declaración del coimputado y ámbito del control casacional cuando se denuncia la vulneración de aquel derecho, a la que ya hemos hecho referencia al estudiar idéntica denuncia del resto de los recurrentes condenados.

Silencia el recurrente en este motivo, aunque, indebidamente, se refería a ello en el cuarto, a sus propias declaraciones inculpativas en fase de instrucción efectuada a lo largo de cuatro días del mes de Agosto, a instancias precisamente del recurrente, que fueron sostenidas en careos llevados a cabo o intentados, aunque luego se retracta en un escrito anterior al Plenario y en el propio Juicio Oral.

Ya hemos analizado la prueba de cargo tenida en cuenta por la Sala, su legalidad para integrar el acervo probatorio por superar los controles de legalidad constitucional y ordinaria, así como la razonabilidad del juicio de certeza alcanzado por la Sala en relación al hecho de la detención de los Sres. Romeo y Imanol y a su interrogatorio en la villa de la Cumbre, precisamente por el recurrente, siguiendo las órdenes del Sr. Jose Carlos , y bajo la dependencia de su superior inmediato en esta actuación, el también condenado Sr. Juan Luis , así como la total y recíproca confianza existente a la sazón entre aquél y los Sres. Cornelio y Jaime .

Ya nos hemos referido a las dos secuencias que tienen los hechos: detención e interrogatorio, acreditado por prueba directa del recurrente, ampliamente corroborado en extremos muy concretos y muy significativos por



la declaración de los testigos Sres. Rodrigo y Gregorio en relación a la llamada telefónica dirigida al Sr. Jose Carlos cuando viajaba la noche del 15 al 16 de Octubre de 1983 desde Oñati a San Sebastián, así como las declaraciones del testigo de referencia nº NUM003 y otras corroboraciones y en base a esta primera secuencia acreditada, alcanzar el hecho-consecuencia relativo a la muerte de ambas personas mediante el juicio de inferencia correspondiente a aquella detención efectuada y a la no acreditada puesta en libertad a los detenidos, que permite sin riesgo a las exigencias constitucionales de la presunción de inocencia, alcanzar el juicio de certeza de que la muerte de aquéllos fue efectuada por quienes les detuvieron, interrogaron y no les pusieron en libertad.

En el presente control casacional se verifica la existencia de prueba de cargo así como la razonabilidad del juicio de inferencia alcanzado sobre la autoría de la muerte, autoría plural como ya se ha dicho y ahora se reitera, si bien desde la concreta perspectiva del recurrente, y recordemos que en relación a la prueba indiciaria a través de la cual la Sala sentenciadora ha alcanzado el juicio de certeza sobre la autoría de la muerte, el ámbito del presente control casacional limita a verificar la razonabilidad y la lógica de la inferencia alcanzada, de suerte que no sea arbitraria, aunque cupiesen otras valoraciones igualmente lógicas pues la valoración queda extramuros del control casacional y constitucional. En tal sentido y en referencia al constitucional STC de 4 de Junio de 2001, ya citada, y en el presente caso se supera con creces el nivel de razonabilidad de las conclusiones fijadas en la sentencia sometida al presente trance casacional.

Procede la desestimación del motivo.

Vigesimonoveno.- Estudiamos seguidamente el motivo primero, por Infracción de Ley al amparo del art. 849-1º LECriminal por violación del art. 12 del Código Penal.

Se sostiene por el recurrente que no existe prueba de su autoría. El motivo es vicario del anterior por lo que la desestimación de aquel arrastra al actual.

Al cuestionar la autoría se está atacando el factum que es el presupuesto de admisibilidad del motivo como se comprueba con la sola lectura del citado párrafo 1º del art. 849.

Se incurre en causa de inadmisión que opera en este momento como causa de desestimación.

Trigésimo.- Recurso de la Abogacía del Estado.

Aparece formalizado el recurso por tres motivos todos por el cauce de la Infracción de Ley.

Primer motivo, al amparo del art. 849-1º de la LECriminal por indebida aplicación del art. 22 del Código Penal de 1973.

Se estima que no se dan los presupuestos para que se declare la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

La sentencia aborda esta cuestión en el Fundamento Jurídico séptimo, en el que si bien no cita artículo del Código Penal, declara que el Estado debe ser responsable civil subsidiario por las actuaciones de las personas que le son dependientes, aunque se trate de extralimitaciones "...siempre que se haya producido en conexión con el servicio....".

En el presente caso resulta patente que los recurrentes, algunos investidos de autoridad, todos funcionarios públicos con total extralimitación de sus facultades, pero poniendo al servicio de sus designios criminales su autoridad y los medios necesarios para aquel fin, sustrayéndolos a su destino legítimo, ejecutaron los actos descritos en el factum de la sentencia. Es evidente que existió no ya una conexión con el servicio, sino una puesta de ese servicio a aquel fin delictivo, lo que patentiza el cumplimiento de la exacta precisión contemplada en el art. 22 del Código Penal.

Como referente jurisprudencial próximo en el tiempo y análogo en el fondo podemos citar las STS 2/98 de 29 de Julio --caso Plácido --, Fundamento Jurídico trigésimo.

Trigesimoprimer.- Por el mismo cauce casacional, el motivo segundo, denuncia la inexistencia en la sentencia de base para fijar la individualización de daños y perjuicios, lo que supone una violación de los arts. 103 y 104 actual Código Penal.

Tampoco el motivo puede prosperar, si bien de forma escueta, se fijan los razonamientos que desembocan en la concesión a cada familia de 25 millones de ptas.; se reconoce que no contribuían al sostenimiento de la familia, pero se especifica que con esa cantidad se está indemnizando el dolor de unos familiares que durante muchos años han desconocido el paradero de sus hijos con la incertidumbre que ello genera.

En esta sede casacional se comprueba que no se está ante decisiones inmotivadas ni cantidades sin justificación alguna y por otra parte el control casacional es muy limitado en esta materia. En tal sentido, la STS nº 1479/98 de 30 de Noviembre tiene declarado que:



"Como tiene expresado reiteradamente la doctrina de esta Sala la cuantía de las indemnizaciones que como indemnización civil, derivada de la responsabilidad criminal, se acuerde no tienen acceso a la casación, sino sólo las bases que en la sentencia se expresen para, sobre ellas, determinar las cuantías indemnizatorias concretas (Sentencias de 28 noviembre 1996 (RJ 1996/8889) y 6 octubre 1997 (RJ 1997/7170). Además en materia de daños morales la cuantificación dineraria en que se valoren no es susceptible de revisión casacional por no existir elementos objetivos para la valoración, más allá de la expresión de los sufrimientos causados, su entidad y duración".

Estima el recurrente que la indemnización es muy alta si se tiene en cuenta la juventud de ambos y su integración en ETA.

Este último argumento es claramente inaceptable porque la muerte les fue causada dolosamente como consecuencia de una actuación de las personas condenadas que como ya se ha dicho pusieron al servicio de su designio criminal los medios de que tenían precisamente para garantizar la legalidad, no para vulnerarla, lo que supone un plus de rechazo, y la reconocida condición de los fallecidos de miembros terroristas de ETA ni disminuye la antijuridicidad de la acción de los recurrentes condenados ni puede servir para atemperar la responsabilidad civil derivada de aquella acción.

Procede la desestimación del motivo.

Trigesimosegundo.- Como tercer motivo, también por el mismo cauce que los anteriores se denuncia la inexistencia de los elementos que permitiría, según el art. 22 del anterior Código Penal establecer la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, y que la sentencia se funda en dos sentencias pero no cita artículo alguno del Código Penal.

Reconoce el recurrente la subsidiariedad del motivo respecto de los dos anteriores, subsidiariedad que le hace correr la misma suerte desestimatoria.

Ciertamente la sentencia no cita precepto penal, pero esta es el art. 22 del anterior Código Penal, de acuerdo como reconoce el propio recurrente en el primero de los motivos.

También se afirma que la decisión de actuar de la manera enjuiciada, se agotó en ellos mismos sin que existiese la aceptación de esta situación en autoridades del Ministerio de Interior.

Es evidente que ello no obsta a la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria que se declara, pues en todo caso lo relevante es la puesta al servicio del fin delictivo de medios personales y materiales por quienes integrados en las escalas de mando de la Guardia Civil y Gobierno Civil podían subvenir a aquellas necesidades.

Por lo demás, se reitera que la pertenencia a la organización terrorista ETA de los dos fallecidos extremo reconocido en la sentencia recurrida, no disminuye la antijuridicidad de la acción ni tampoco la responsabilidad civil derivada de ellos.

Procede la desestimación del motivo.

Trigesimotercero.- Recurso de la Acusación Particular.

Aparece formalizado a través de nueve motivos, todos por el cauce del error in iudicando -- art. 849-1º LECriminal--, en denuncia de haberse inaplicado o aplicado indebidamente diversos preceptos del Código Penal.

El primer motivo, según el orden propuesto por la parte recurrente y que se va a mantener, lo es por indebida inaplicación del art. 174 bis a) del Código Penal de 1973 al no estimarse los hechos constitutivos de un delito de pertenencia a banda armada.

La queja casacional se centra en que la sentencia recurrida absuelve a todos los condenados del delito de pertenencia a banda armada por estimar que no concurren sus elementos, habiéndose incurrido en confusión --según la tesis de la parte recurrente-- al equiparar el concepto de banda armada con los de integración o pertenencia a banda armada, estimando que el delito de pertenencia a banda armada, como delito eminentemente formal y de mera actividad se consuma con esa pertenencia sin exigir que la afiliación vaya seguida de la efectiva realización de actos violentos.

Tal diferenciación en cuyo apoyo cita precedentes jurisprudenciales, descansa --descansaría-- en la acreditación de la propia existencia de la banda armada ex ante, que el recurrente relaciona con la existencia de los Grupos Antiterroristas de Liberación --GAL--, lo que permitiría distinguirse tal pertenencia de los concretos actos delictivos realizados por grupos o personas integradas en aquellas siglas.

En el presente caso es precisamente la falta de ese presupuesto la que hace inviable el motivo.



En efecto, una cosa es que en el tiempo en que ocurrieran los hechos enjuiciados existiese una difusa idea de ejecutar acciones violentas contra miembros de ETA en Francia –como se reconoce en el apartado 3 del factum–, y cuestión distinta es que dicha idea tomase cuerpo, se vertebrase y se constituyese en banda bajo las siglas GAL, lo que tiene un nacimiento histórico que se puede situar en el momento de dejar abandonado en territorio francés a Segundo Plácido el 14 de Diciembre de 1983, después de su secuestro con un comunicado firmado por el GAL, lo que así se contiene en la Sentencia 2/98 de 29 de Julio de esta Sala, siendo esa la primera vez que se usa el nombre y las siglas GAL. –Hecho Probado apartado decimotercero de la referida sentencia–.

La secuencia de los hechos descrita evidencia la imposibilidad de estimar a los condenados como integrantes de la banda armada GAL porque esta se constituyó meses después de los hechos enjuiciados, por otra parte estos son la única actividad delictiva imputable a los condenados, apareciendo como un hecho aislado – Fundamento Jurídico tercero 1º)–, y finalmente porque es este el criterio sostenido en la propia sentencia sometida al rigor casacional que excluye por la razón indicada el delito de pertenencia a banda armada, no apareciendo ninguna conexión entre los que aparecen dando vida al GAL con las personas aquí condenadas, razón por la cual, y como argumento adicional, el motivo no respeta el factum de la sentencia – integrado este con los datos de hechos deslizados indebidamente en la fundamentación de la sentencia, Fundamento Jurídico primero letra B– por lo que se incurre en la causa de inadmisión tercera del art. 884 de la LECriminal.

No se ignora la existencia de una reivindicación de este hecho para el GAL, en llamada anónima a la Cadena Ser-Alicante el día 20 de Enero de 1984 –hecho también reconocido en el factum–, pero evidentemente y dentro de la clandestinidad que es el habitat de toda actividad terrorista, y por lo tanto opuesto a todo protocolo de acreditación propio de una actividad legal, es lo cierto que aquella llamada carece de virtualidad a los efectos de retrotraer la aparición de la banda GAL a épocas anteriores.

En este control casacional se verifica el ajuste a la legalidad de la sentencia recurrida en relación al motivo del recurso.

El motivo debe ser desestimado.

Trigesimocuarto.- El segundo motivo del recurso, lo es por indebida inaplicación del párrafo 2º del art. 481 en relación con el 480 del Código Penal de 1973.

Se postula que el delito de detención ilegal debió de ser el correspondiente al tipo agravado de que el encierro hubiese durado más de quince días.

La argumentación estriba en el lapso de tiempo transcurrido desde el hecho mismo de la detención –día 16 de Octubre de 1983– y la reivindicación efectuada en nombre del GAL el 20 de Enero de 1984 en la que se dice que "ese día" habían asesinado a los Sres. Romeo y Imanol . Así como efectivamente aparecieron los cuerpos en el lugar donde se dijo, Busot, también ha de ser creído el aspecto referente al día.

La sentencia nada afirma respecto del momento de la muerte, lo que le impidió que el juicio de certeza abarcase a la extensión de la detención en orden a si excedió o no de los quince días, límite tras el cual debe acudir al tipo agravado. Es obvio que la falta de acreditación de un elemento del tipo agravado, impide su aplicación.

El motivo debe ser desestimado y así se declara en este control casacional.

Trigesimoquinto.- Por el mismo cauce casacional, se denuncia como indebida la inaplicación de la circunstancia agravante ordinaria de prevalimiento público – art. 10-10º Código Penal de 1973– en relación a los dos delitos de detención ilegal.

El motivo tiene un carácter eminentemente técnico. El recurrente, en su escrito de calificación en relación a los delitos de detención ilegal, aplicó el art. 167 del vigente Código Penal por estimarlo más beneficioso para los condenados, en dicho artículo ya aparece como integrado en el tipo la agravante cuya aplicación ahora se postula, pero el Tribunal sentenciador sancionó los delitos de detención ilegal según el anterior Código Penal –vigente cuando ocurrieron los hechos–, es decir el art. 480 en su tipo básico.

Con este planteamiento es procedente la admisión del motivo, al que el Ministerio Fiscal presta su apoyo porque en definitiva con la aplicación de tal circunstancia de agravación no se vulnera el principio acusatorio porque la condición de funcionarios públicos de los condenados, y el prevalimiento de ello para la comisión de los hechos enjuiciados ha sido elemento presente en los escritos de las acusaciones y en los debates, en la medida que tal condición está íntimamente unida a los hechos por lo que la conocieron, no la han cuestionado y ninguna indefensión puede existir en la aplicación de esta agravante, y que además consta aplicada en los delitos de asesinato.

El motivo debe ser estimado y en consecuencia a todos los condenados y en relación a los delitos de detención ilegal debe serles aplicada tal agravante con los efectos penales del art. 61-2º del anterior Código Penal, lo que



se efectuará en la segunda sentencia, aunque la estimación no va a tener ningún efecto práctico agravatorio, ya que por el total de penas impuestas operará el límite máximo de 30 años previsto en el art. 70 del anterior Código Penal.

Trigesimosexto.- El motivo cuarto, denuncia como indebida la aplicación de la circunstancia agravante ordinaria de ejecutar los hechos en lugar despoblado del art. 10-13 del Código Penal de 1973 en cuanto a los dos delitos de detención ilegal, ya que esta se consumó en la villa de La Cumbre, sita en el alto de Aldapeta, que se encontraba en situación de abandono, tratándose de un edificio rodeado de un jardín y cerrado.

No le acompaña el éxito al recurrente.

Como se afirma en la STS 803/99 de 24 de Mayo de 1999 "...El despoblado, agravante que ha perdido en el CP 1995 su especial y tradicional "nomen iuris" aunque continúa siéndolo, dentro del núm. 2º del art. 22, como circunstancia "de lugar" que debilita la defensa del ofendido o facilita la impunidad del delincuente, ha sido interpretado por la jurisprudencia -S. de 10- 5-1993 (RJ 1993/3778)- como circunstancia cuyo fundamento se encuentra en "el mayor reproche que merece la conducta de quien busca, para la comisión de un acto delictivo, un lugar en el que la víctima va a encontrarse en una situación de desamparo e imposibilidad de recibir ayuda", dimensión objetiva que ha sido completada - S. de 19-4-1995 (RJ 1995/2897)- con la subjetiva o teleológica que consiste en la "búsqueda o aprovechamiento por el agente del elemento objetivo para una más fácil ejecución del delito". Ambos elementos -el debilitamiento de la defensa del ofendido y el propósito del agente de conseguir una más fácil ejecución o impunidad- se pueden considerar comprendidos en la nueva definición de la circunstancia....".

Respecto de estas agravantes, indican las Sentencias de esta Sala de 28 de octubre de 1996 y la nº 1592/98, de 16 de febrero de 1998, que es muy dudoso que tanto el concepto de nocturnidad como el de despoblado sean aplicables a delitos que por sus propias características necesitan para ser realizados de un alejamiento de cualquier tipo de publicidad o conocimiento directo del resto de los ciudadanos.

En el presente caso, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta el delito de detención ilegal exige como elemento del tipo que este se lleve a cabo en condiciones que permitan que la capacidad ambulatoria sea efectivamente limitada, lo que normalmente va a exigir la separación del detenido del resto de las personas que se encuentran en libertad y son ajenos a aquella detención, y por otra parte que se encuentre un sitio de acceso solo permitido a los captores. En el caso de autos, dadas las circunstancias, resulta patente este aislamiento, que por otra parte no es equivalente a que los hechos se llevaron a cabo en un entorno deshabitado, pues es hecho notorio que la villa de La Cumbre se encuentra integrada en el tejido urbano de la ciudad de San Sebastián, en zona residencial donde abundan las viviendas unifamiliares y también bloques de viviendas, por lo que de un lado no era un entorno deshabitado, aunque ciertamente la situación de desamparo en la que se encontraron ambas personas, a merced de sus captores es cierta pero aparece como elemento necesario para el delito y por tanto, sin que sea posible la autónoma valoración de la misma como agravante sin riesgo de vulnerar el principio non bis in idem.

Procede la desestimación del motivo.

Trigesimoséptimo.- Por el mismo cauce que los anteriores articula la acusación particular los motivos quinto, sexto, séptimo y octavo, cuyo estudio hacemos conjuntamente.

A través de ellos y en una batería de pronunciamientos alternativos ante el rechazo del precedente, se articulan las siguientes quejas casacionales:

1- Los hechos debían haber sido calificados, además de dos delitos de torturas del art. 204 bis 1º en relación con el delito de lesiones del art. 420-3º ó del 496 con la concurrencia de la agravante ordinaria de abuso de superioridad del anterior Código penal siendo autores todos los condenados --motivo quinto--.

2- Alternativamente de los delitos de torturas del art. 204 bis-2º en relación con la falta de lesiones del art. 582 ó 583-1º del anterior Código Penal con igual circunstancia agravante y autoría para todos los condenados --motivo sexto--.

3- Alternativamente deberían haber sido calificados como constitutivos de dos delitos de lesiones del art. 420-3º y último en relación con el art. 406-5º y con la concurrencia de las circunstancias octava y décima del art. 10, siempre del anterior Código Penal --motivo séptimo--.

4- Finalmente se estaría en presencia de dos faltas de lesiones del art. 583-1º ó del 582 del anterior Código Penal, también con igual coautoría --motivo octavo--.

Ninguna de las cuatro quejas casacionales puede prosperar y ello por dos razones íntimamente relacionadas.



Dado el cauce casacional empleado, el nº 1 del art. 849 de la LECriminal, presupuesto de admisibilidad del mismo es el respeto a la historia de los hechos aceptado por el Tribunal, de suerte que su cuestionamiento hace incurrir al motivo en la causa de inadmisión prevista en el art. 884-3º de la LECriminal.

En ningún extremo de los hechos probados de la sentencia se afirma que los Sres. Romeo y Imanol fueran objeto de torturas ni de lesiones, por lo que resulta imposible injertar en el factum extremos no contenidos en el por este cauce casacional.

Como segunda argumentación, la falta de un juicio de certeza sobre la existencia de torturas o lesiones en alguna de las cuatro opciones que vertebran la queja casacional, es consecuencia de la imposibilidad probatoria constatada por la Sala sentenciadora pues si la existencia de vendas puede ser indicio de heridas, no existe otro dato, y por contra el hallazgo de uñas entre las muestras analizadas del terreno donde estaban los cadáveres es aceptado por la Sala como fenómeno natural al perderse las partes blandas de los dedos. Debe tenerse en cuenta al respecto las diferencias observadas en los informes médicos de autopsia efectuados al descubrirse los cadáveres, ignorando su identidad --en el año 1985--, a los posteriores, diez años más tarde.

En todo caso lo relevante en este control casacional es que la decisión de la Sala sentenciadora está razonada y es coherente con las escasas evidencias probatorias, por lo que tampoco se acredita error, que ni siquiera ha sido denunciado.

En esta situación, procede la desestimación de los cuatro motivos.

Trigesimooctavo.- El noveno y último motivo de esta acusación particular denuncia por el mismo cauce casacional que los anteriores la indebida aplicación de los arts. 19, 101-3º y 104-2º todos del Código Penal de 1973 en relación con la tabla 1ª de la Ley 32/99 de 8 de Octubre de solidaridad con las víctimas del terrorismo y todo ello en relación a la falta de motivación de la indemnización concedida a los familiares de los fallecidos ascendente a 25 millones de Ptas. a cada uno.

Se trata de la misma denuncia que efectuó la Abogacía del Estado sólo que desde estrategia opuesta en cuanto a la falta de motivación.

Evidentemente el deber constitucional de la motivación judicial debe abarcar tres aspectos como señala la STS de 14 de Mayo de 1998 "...B) por lo que se refiere específicamente a las sentencias la motivación debe abarcar (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de abril y 27 junio 1995 RJ 1995/3535 y RJ 1995/8438), los tres aspectos relevantes: fundamentación del relato fáctico que se declara probado, subsunción de los hechos en el tipo penal procedente (elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, circunstancias modificativas), y consecuencias punitivas y civiles en el caso de condena.

C) La motivación puede ser escueta siempre que suponga una aplicación razonable y reconocible del ordenamiento jurídico, incluso implícitas, según la doctrina jurisprudencial vigente (Sentencia del Tribunal de 4 febrero 1992 RJ 1992/1010), y Sentencias del Tribunal Constitucional 174 y 175/1985 RTC 1985/174 y RTC 1985/175) y 12 y 14/1991 RTC 1991/12 y RTC 1991/14) cuando las razones de la concreta decisión se deducen sin dificultad alguna del conjunto de la resolución, o por remisión (Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1992 RTC 1992/27), pero en cualquier caso una sentencia penal correcta debe contener una motivación completa, es decir, que abarque los tres aspectos anteriormente indicados con la extensión y profundidad proporcionadas a la mayor o menos complejidad de las cuestiones que se han de resolver.

Una aplicación al presente caso nos lleva como ya se dijo a estimar que aunque somera existe una justificación de las cantidades indemnizatorias que se conceden, que en el presente caso vienen a indemnizar de forma, prácticamente exclusiva daños morales al no acreditarse quebranto económico en las respectivas familias a consecuencia del asesinato de ambos jóvenes.

Se afirma que dicha cantidad es inferior a la concedida en otros casos por la Audiencia Nacional, aunque ciertamente no se ofrecen datos objetivos que tiendan a patentar ese trato desigual, y por otro lado, en la fijación de la cantidad indemnizatoria son muy de tener en cuenta las circunstancias concretas, que en el caso enjuiciado son las ya citadas.

Por otra parte, la cantidad rebasa ligeramente la indemnización por fallecimiento concedida en la Tabla 1ª de la Ley de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo, que fija en caso de fallecimiento 23 millones de Ptas. -- se recuerda que se fijó la indemnización en 25 millones--, si bien el recurrente pretende adicionar el concepto por secuestro lo que subiría el total a 29 millones--, cantidad tampoco distante de la concedida.

En conclusión, y desde el reconocimiento que tiene la Sala sentenciadora para fijar las consecuencias pecuniarias del delito y muy limitado acceso a la casación que tiene esta cuestión, máxime si está fundamentada, debemos desestimar el presente motivo.



Trigesimonoveno.- Recurso del Excmo. Ayuntamiento de Tolosa y Asociación contra la Tortura.

Se trata de un recurso formalizado por tres motivos, los tres por el cauce de la Infracción de Ley del art. 849-1º LECriminal.

El motivo primero, suscita idéntica cuestión que el primer motivo del anterior recurso, esto es, la condena por el delito de banda armada.

Nos remitimos a lo dicho en aquel motivo que damos por reproducido.

Procede la desestimación.

El motivo segundo, también es coincidente con el segundo del anterior recurso, referente a la aplicación del tipo de detención ilegal cualificado por su duración superior a quince días.

También nos remitimos a lo dicho en aquel motivo que damos por reproducido para desestimar el actual.

El motivo tercero, denuncia la inaplicación de la agravante genérica de despoblado – art. 10-13º del anterior Código Penal–, agravante que sólo se atribuye a los condenados Sres. Cornelio y Jaime .

Su improcedencia es manifiesta una vez que se ha apreciado la alevosía en las muertes dadas, lo que ha permitido calificar de asesinato aquella y aquella circunstancia agravante se ha aplicado a la vista de la "...zona de monte extremadamente aislada..." en la que ocurren los hechos –Fundamento Jurídico tercero apartado 4º–, por lo tanto, si los elementos de despoblado, ya se han tenido en cuenta para integrarlos en el concepto de alevosía, no pueden volver a ser valorados, aisladamente, para dar vida a la agravante ordinaria que se postula, sin riesgo de vulneración del principio non bis in idem.

Procede la desestimación del motivo.

Cuadragésimo.- En materia de costas procede de conformidad con el art. 901 efectuar los siguientes pronunciamientos:

a) En relación a las causadas a instancias de los recurrentes condenados, Responsable Civil Subsidiario, Ayuntamiento de Tolosa y Asociación contra la Tortura, se les condena al pago de las causadas a su instancia dada la total desestimación de sus respectivos recursos, asimismo procede acordar la pérdida del depósito constituido por parte del Ayuntamiento de Tolosa y de la Asociación contra la Tortura.

b) Se declaran de oficio las costas causadas derivadas del recurso formalizado por la Acusación Particular al estimarse el motivo tercero de los formalizados.

III. FALLO

a) Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos formalizados por las representaciones legales de Don. Jose Carlos , Mariano , Juan Luis , Cornelio y Jaime contra la sentencia dictada el día 26 de Abril de 2000 por la Sección Primera de la Audiencia Nacional.

b) Que igualmente debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos formalizados por la Abogacía del Estado, como Responsable Civil Subsidiario, y del Ayuntamiento de Tolosa y Asociación contra la Tortura contra la indicada sentencia.

c) Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación legal de Sras. Guadalupe y Remedios contra la expresada sentencia, por estimación del motivo tercero, único que ha sido estimado, por lo que procede la casación de la sentencia y su sustitución por la que seguida y separadamente vamos a dictar.

En materia de costas estése a lo acordado en el Fundamento Jurídico cuadragésimo.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes y póngase en conocimiento de la Audiencia Nacional, con envío de las actuaciones e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Luis- Román Puerta Luis Joaquín Delgado García Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar Joaquín Martín Canivell

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Julio de dos mil uno.



En la causa instruida por el Juzgado Central de Instrucción nº 1, Sumario 15/95, contra Jose Carlos , nacido en Granada el día 5-2-1939, hijo de Jose María y de Gloria , con D.N.I. NUM004 , defendido por los Letrados Sr. Fuster-Fabra Torrellas y Sra. Navarro Zafra y representado por la Procuradora Sra. Bermejo García. Se encuentra en libertad provisional por esta causa, habiendo estado privado de ella desde el día 23-05-96 hasta el 02-08-96, y desde el día 15-9-97 hasta el 26-6-98; Mariano , nacido en Fuenterrabía el día 3-2-1948, hijo de Tomás y de Rosa , con D.N.I. NUM005 -, defendido por el Letrado Sr. Lozano Montalvo y representado por la Procuradora Sra. Lozano Montalvo. Se encuentra en libertad provisional con fianza por esta causa, habiendo estado privado de ella desde el día 19-06-96 hasta el 28- 01-97; Juan Luis , nacido en Villanueva de Gómez (Avila) el día 7-9-1951, hijo de Salvador y de Antonia , con D.N.I. NUM006 , defendido por el Letrado Sr. Jose Ramón y representado por la Procuradora Sra. Martín Rico. Se encuentra en libertad provisional con fianza por esta causa; Cornelio , nacido en Villanueva del Fresno (Badajoz) el día 24-2-1957, hijo de Miguel y de Maite , con D.N.I. NUM007 , defendido por los Letrados Don. Jose Ramón y Raúl y representado por la Procuradora Sra. Martín Rico. Se encuentra provisionalmente privado de libertad por esta causa, desde el día 20-5-1996; Jaime , nacido en Madrid el día 1-1-1960, hijo de Lucio y de Amelia , con D.N.I. NUM008 , defendido por los Letrados Sres. López-Montero Juarez y Zapico San Agustín y representado por la Procuradora Sra. Berriatua Horta. Se encuentra provisionalmente privado de libertad por esta causa, desde el día 20-5- 1996; Gabino , nacido en Madrid el día 7-2-1945, hijo de Eugenio y de Marta , con D.N.I. NUM009 , defendido por los Letrados Sr. Cobo del Rosal y Sra. Sanz Carrasco y representado por el Procurador Sr. Alonso Ballesteros. Se encuentra en libertad provisional sin fianza por esta causa y Evaristo , nacido en Madrid, el día 22-12-1946, hijo de Jose Antonio y de María Teresa , con D.N.I. NUM010 , defendido por el Letrado Sr. Bernal Pérez-Herrera y representado por la Procuradora Sra. León Grande. Se encuentra en libertad provisional sin fianza por esta causa; se ha dictado sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Unico.- Se aceptan y mantienen los de la sentencia casada, incluidos los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Unico.- Por los razonamientos contenidos en el Fundamento Jurídico trigesimoquinto de la sentencia casacional procede declarar que en relación a los dos delitos de detención ilegal concurre y es de apreciar la agravante ordinaria décima del artículo 10 del Código Penal de 1973 "Prevalerse del carácter público que tenga el culpable", agravante que concurre y es de apreciar en las cinco personas que son condenadas por los dos delitos de detención ilegal.

La concurrencia de esta agravante genérica tiene como efecto en el campo de la determinación de la pena, el previsto en el art. 61-2º de aquel texto penal, es decir, imposición de la pena en su grado medio o máximo, es decir, pena situada entre ocho años y un día de prisión hasta los doce años.

En consecuencia y manteniendo la individualización penal en los mismos tres niveles que en la sentencia casada, la pena a imponer a Cornelio y Jaime por cada delito de detención ilegal será la mínima legal desde la concurrencia de la agravante de prevalimiento, esto es ocho años y un día de prisión mayor por cada delito.

La pena a imponer a Juan Luis por cada delito de detención ilegal con la concurrencia de igual agravante, será la de ocho años y seis meses de prisión mayor por cada delito.

La pena a imponer a Jose Carlos y Mariano será la de nueve años de prisión mayor por cada delito de detención ilegal.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Jose Carlos , Mariano , Juan Luis , Cornelio y Jaime , como autores cada uno de ellos de dos delitos de detención ilegal con la concurrencia en hechos de la circunstancia agravante de prevalerse del carácter público a las penas:

- Jose Carlos y Mariano a nueve años y un día de prisión mayor por cada delito de detención.
- Juan Luis a ocho años y seis meses de prisión mayor por cada delito de detención.
- Cornelio y Jaime a ocho años y un día de prisión mayor por cada delito de detención.



A todos se les impone la pena accesoria de suspensión de cargo público.

Se mantienen en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia casada no afectados por la presente resolución.

Notifíquese esta resolución en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Luis- Román Puerta Luis Joaquín Delgado García Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar Joaquín Martín Canivell

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO