



Roj: **STS 8421/1998 - ECLI:ES:TS:1998:8421**

Id Cendoj: **28079120011998101827**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/07/1998**

Nº de Recurso: **2530/1995**

Nº de Resolución: **2/1998**

Procedimiento: **CAUSA ESPECIAL**

Ponente: **JOAQUIN DELGADO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Julio de mil novecientos noventa y ocho.

El Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha visto en juicio oral y público la causa especial nº 2.530 de 1.995 procedente del Juzgado Central de Instrucción nº 5 seguida por el secuestro de D. Luis Antonio y por los delitos de detención ilegal, banda armada y malversación de caudales públicos, contra los siguientes acusados:

- EXCMO. SR. D. Luis Enrique , nacido en Berja (Almería), el 13 de marzo de 1942, hijo de José y de Matilde y, con D.N.I. núm. NUM000 , representado por el Procurador D. Juan Luis Pérez-Mulet y Suárez y defendido por el Letrado D. Pablo Jiménez de Parga.

- D. Evaristo , nacido en Madrid, el 7 de febrero de 1945, hijo de Manuel y Angeles, con D.N.I. núm. NUM001 , habiendo estado privado de libertad por esta causa desde el 16 de febrero de 1995 hasta el 13 de julio del mismo año, representado por el Procurador D. Tomás Alonso Ballesteros y defendido por el Letrado D. Manuel Cobo del Rosal.

-D. Ramón , nacido en Bilbao (Vizcaya) el 24 de noviembre de 1952, hijo de Julián y Amelia, con D.N.I. núm. NUM002 , habiendo estado privado de libertad por esta causa desde el 19 de diciembre de 1994 hasta el 9 de agosto de 1995, representado por el Procurador D. Jesús Stampa Casas y defendido por el Letrado D. José Stampa Braun.

- D. Jesús Manuel , nacido en Madrid, el 6 de febrero de 1940, hijo de José María y María Teresa, con D.N.I. núm. NUM003 , habiendo estado privado de libertad por esta causa, desde el 17 de febrero de 1995 hasta el 18 de abril del mismo año, representado por el Procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa y defendido por el Letrado D. Enrique Fernández de la Lama.

- D. Blas , nacido en Bande (Orense), el 8 de diciembre de 1944, hijo de Francisco y Rosa, con D.N.I. núm. NUM004 , habiendo estado privado de libertad por esta causa desde el 21 de diciembre de 1994, hasta el 8 de marzo de 1995, representado por el Procurador D. Antonio Rodríguez Muñoz y defendido por el Letrado D. Manuel Murillo Carrasco.

- D. Iván , nacido en Zarza Granadilla (Cáceres) el 23 de noviembre de 1941, hijo de Eugenio y Agustina, con D.N.I. núm. NUM005 , habiendo estado privado de libertad por esta causa desde el 21 de diciembre de 1994 hasta el 8 de marzo de 1995 y, desde el 22 de marzo de 1995 hasta el 24 de julio del mismo año; representado por el Procurador D. Juan Torrecilla Jiménez y defendido por el Letrado D. José Anibal Alvarez.

- D. Jose Francisco , nacido en Cerceda (Lugo), el día 3 de enero de 1946, hijo de José Ramón y María Mercedes, con D.N.I. núm. NUM006 , no habiendo estado privado de libertad por esta causa, representado por el Procurador D. Francisco García Crespo y defendido por el Letrado D. Jorge Manrique Castellano.

- D. Juan Pablo , nacido en Chambéry (Francia), el 10 de octubre de 1957, hijo de Silesio y Antoinette, con D.N.I. núm. NUM007 , no habiendo estado privado de libertad por esta causa, representado por el Procurador D. Francisco García Crespo y defendido por el Letrado D. Jorge Manrique Castellano.



- D. Donato , nacido en Santa Olalla (Toledo), el día 5 de octubre de 1947, hijo de Jesús y Josefina, con D.N.I. núm. NUM008 , no habiendo estado privado de libertad por esta causa.
- D. José , nacido en Burgos, el 21 de noviembre de 1941, hijo de Mauro y Francisca, con D.N.I. núm. NUM009 , no habiendo estado privado de libertad por esta causa.
- D. Tomás , nacido en Madrid, el 20 de enero de 1957, hijo de Luis y Candelaria, con D.N.I. núm. NUM010 , no habiendo estado privado de libertad por esta causa.
- D. Jesús Carlos , nacido en O Incio (Lugo), el 2 de septiembre de 1957, hijo de Julio y Emilia, con D.N.I. núm. NUM011 , no habiendo estado privado de libertad por esta causa.

Donato y José están representados por el Procurador D. Juan Torrecilla Jiménez y defendidos por el Letrado D. José Anibal Alvarez, mientras que Tomás y Jesús Carlos están también representados por este último Procurador y han sido defendidos por el Letrado D. Andrés Plana Palou.

En las fechas de autos, noviembre y diciembre de 1.983, ninguno de los acusados tenía antecedentes penales.

Además del MINISTERIO FISCAL, han actuado como partes acusadoras:

El perjudicado D. Luis Antonio , representado por la Procuradora D^a. Dolores Martín Cantón y defendida por los Letrados D^a Olga Tubau Martínez y D. Francesc de P. Jufresa Patau.

Como primera acusación popular, personada mediante querrela de 23 de marzo de 1.988, han actuado la Procuradora D^a Esther Rodríguez Pérez y los Letrados D. José Luis Galán Martín y D. Teodoro Mota Truncer, en nombre y representación de: D. Jesús María , D^a Diana , D. Claudio , D^a Penélope , D. Mariano , D^a Ariadna , D^a Gloria , D. Luis Pedro , D^a Teresa , D^a Blanca , D. David , D^a Natalia , D^a Ángela , D. Jose María , D. Juan Pedro , D. Braulio , D. Ignacio , D^a Silvia , D. Jose Daniel , D. Victor Manuel , D. Esteban , D^a Magdalena , D. Rodrigo , D. Luis Francisco , D. Aurelio , D^a Celestina , D. Julián , D^a Milagros , D. Carlos Manuel , D. Alejandro , D^a Carolina , D. Héctor , D. Salvador , D^a Remedios , D^a Eva , D^a Rosario , D^a Carmen , D. Paulino , D. Luis Angel , D^a María Inés , D. Clemente , D. Juan , D. Jose Pedro , D. Adolfo , D. Germán , D^a Verónica , D. Jose Carlos , D^a Encarna , D^a Regina , D. Casimiro , D. Jon , D^a Frida , D. Jesús Ángel , D. Daniel , D. Manuel , D^a Asunción , D. Juan Alberto , D. Ernesto , D. Jose Ignacio , D. Alfredo , D. Humberto , D. Dolores , D^a Raquel , D. Juan Antonio , D^a Elsa , D^a Valentina , D^a Margarita , D. Carlos Francisco , D. Constantino , D^a Leticia , D. Carlos Ramón , D. Cornelio , D^a Clara , D. Sebastián , D. Alexander , D. Jaime , D. Jesús Luis , D. Gabriel , D. Jose Augusto , D^a Lina , D. Guillermo , D^a Elisa , D. Luis Alberto , D^a María del Pilar , D. Oscar , D. Marco Antonio , D. Javier , D. Juan Miguel , D^a Camila , D. Marcelino , D^a Yolanda , D^a Inés , D^a Ana María , D. Diego , D^a Patricia , D^a Irene , D. Pedro Jesús y D^a Begoña , D^a Victoria , D^a Isabel , D^a Antonieta , D. Luis Manuel , D^a María Virtudes y D^a Paloma .

Como segunda acusación popular, el Procurador D. José Manuel de Dorremocha Aramburu y los Letrado D. Pedro M^a Landa Fernández y D. Miguel de Castell Arteché en nombre y defensa de D. Jose Antonio , D. Everardo , D^a Alejandra , D. Ángel y D. Santiago .

El ABOGADO DEL ESTADO ha actuado en defensa de los intereses que representa en una doble condición: como acusador en cuanto perjudicado por el delito de malversación de caudales públicos y como posible responsable civil subsidiario.

Actúa como Ponente en la presente resolución el Excmo. Sr. Magistrado D. Joaquín Delgado García.

I. ANTECEDENTES

I.- El Sumario 1/1.988 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 se incoó por una pluralidad de hechos atribuidos a los llamados "Grupos Antiterroristas de Liberación".

II.- En dicho sumario, con fecha 23 de marzo de 1.988 se presentó querrela por parte de la Procuradora D^a Esther Rodríguez Pérez en calidad de acusación popular en representación de D. Jesús María y 103 personas más, dirigida contra D. Jose Francisco , D. Juan Pablo y contra cualesquiera otras personas que en el curso de la investigación aparezcan como partícipes en la organización GAL. Entre los hechos que se relatan como perseguidos en tal querrela aparece el secuestro de D. Luis Antonio , así como la utilización de fondos públicos para financiar las actividades de dicho grupo. Tal querrela fue admitida a trámite por auto de 23 del siguiente mes de abril, tras presentarse la fianza exigida.

III.- La Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, respecto del citado Sumario 1/ 1.988 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 por auto de 14 de marzo de 1.989 acordó varios desgloses para su tramitación separada, entre otros el relativo al secuestro de D. Luis Antonio , hecho que había ocurrido entre



los días 4 y 14 de diciembre de 1.983, procedimiento que luego fue designado como sumario número 17/1.989 de dicho Juzgado Central.

IV.- Tras una extensa etapa que se caracterizó por su lentitud para obtener resultados en la investigación de los hechos ocurridos, el día 16 de diciembre de 1.994, se producen dos declaraciones, las de los aquí acusados D. Jose Francisco y D. Juan Pablo, ambos funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, quienes con fecha 20 de septiembre de 1991 habían sido condenados a diversas penas privativas de libertad de larga duración dictada en la causa antes referida tramitada ante la Sección 3ª de la Audiencia Nacional, rollo de la Sala 3/1988 correspondiente al mencionado sumario 1 del mismo año de tal Juzgado Central de Instrucción nº 5, condena que había adquirido ya firmeza en lo sustancial por sentencia de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1992. Por tales dos declaraciones, rectificando otras anteriores, dichos señores Jose Francisco y Juan Pablo se autoinculparon y además, implicaron en el citado secuestro de D. Luis Antonio a los ahora también acusados Ramón, Blas, Iván, Donato y José, quienes negaron su participación en tal hecho y contra quienes, tras los correspondientes careos con dichos dos condenados, se acordó su respectiva prisión provisional, sin fianza respecto de los tres primeros con fecha 19 de diciembre de 1994 y 20 de diciembre de 1994 y con fianza de diez millones de pesetas para los dos últimos. El Sr. Ramón permaneció en dicha situación hasta el 8 de agosto de 1995, habiéndose acordado dicha libertad en apelación por la Sección correspondiente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional mediante prestación de fianza de 200.000.000, rebajada por auto de Baltasar Garzón de fecha 8 de agosto de 1.995 a 125.000.000 millones. El Sr. Blas permaneció en dicha situación hasta el 8 de marzo de 1995, habiéndose acordado también en apelación por dicha Sala de la Audiencia Nacional mediante fianza de 10.000.000 millones de ptas. El Sr. Iván salió con fecha 7 de marzo de 1995, mediante resolución igual que el anterior y con fianza de 2.000.000 millones de pesetas, ingresando nuevamente el 22 del mismo mes y año por Auto del Sr. Garzón saliendo nuevamente con fecha 24 de julio de 1995 por resolución de la Sala de lo Penal de la Audiencia y fianza de 2.000.000 millones.

V.- Como consecuencia de investigaciones sobre el envío a Suiza de dinero procedente de los fondos reservados del Ministerio del Interior, en enero de 1995, tras la correspondiente declaración, se acordó la prisión provisional, también sin fianza, de D. Alonso, secretario personal de D. Evaristo, quien manifestó que siempre había actuado cumpliendo órdenes de este último.

VI.- Aclarado por auto de la Sala 2ª del T.S. que los Secretarios de Estado, condición que había tenido el citado D. Evaristo, no son miembros del Gobierno y por ello el Juzgado Central de Instrucción nº 5 podía actuar contra él por carecer de fuero especial, máxime cuando ya no ostentaba tal cargo, y tras nuevas declaraciones, con fecha 16 de febrero de 1995, dicho Juzgado acordó la misma medida cautelar de prisión provisional sin fianza contra D. Evaristo, que permaneció en tal situación hasta el 13 de julio del mismo año, habiéndose acordado dicha libertad en apelación por la Sección correspondiente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional mediante prestación de fianza de 200.000.000 millones de pesetas.

VII.- Luego de sendos informes periciales sobre la autoría de un determinado manuscrito y de la declaración de D. Jesús Manuel, con fecha 17 del mismo mes y año (febrero de 1995), se decretó también prisión provisional sin fianza contra este último, que se dejó sin efecto el 18 del siguiente mes de abril por Auto del citado Juzgado y fianza de 25.000.000 millones de pesetas.

VIII.- D. Tomás y D. Jesús Carlos, por haber custodiado al secuestrado en la cabaña donde permaneció durante nueve días, tras sus respectivas declaraciones y consiguiente careo con D. Juan Pablo, asimismo fueron imputados en la presente causa, sin que llegaran a ingresar en prisión porque prestaron cada uno la fianza de un millón de pts. que al respecto les fue exigida.

IX.- Por auto de 27 de marzo de ese año de 1995 se acordó la acumulación de este procedimiento que se venía tramitando como sumario 17/1989 con aquel otro del que antes había sido desglosado, el nº 1/1988, ambos del mismo Juzgado Central de Instrucción nº 5.

X.- Tras nuevas declaraciones y otras diligencias relativas al patrimonio de Evaristo, Ramón y Alonso, con fecha 18-4-95 se dictó auto de procesamiento contra todos los ahora acusados y otras tres personas más, referido al secuestro de D. Luis Antonio y a otros hechos posteriores, con declaración de la posible responsabilidad civil subsidiaria del Estado por medio de otra resolución de 25 del mismo mes y año.

XI.- El día 15 de julio de 1995 Iván, rectificando su anterior postura de negación de su intervención en los hechos, compareció en el Juzgado, reconoció su propia participación en el secuestro de D. Segundo Marey y en otros hechos y detalló la que tuvieron otros de los procesados.

XII.- Días después, el 17 de ese mismo mes de julio, otros procesados siguen los pasos de Iván, concretamente Donato, José, Tomás, Jesús Carlos, Ramón y Blas, y el siguiente día 20 hace lo mismo Jesús Manuel.



XIII.- Tras informe del Ministerio Fiscal, y en base al contenido de estas últimas manifestaciones, el Magistrado que venía instruyendo el sumario acordó remitir una Exposición Razonada a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo por entender que no podía continuar el trámite en el Juzgado, porque había indicios de responsabilidad criminal, basados en datos que relata de modo pormenorizado, fundamentalmente contra el Excmo. Sr. Luis Enrique , diputado del Congreso, y también contra el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, D. Felix , y contra los también diputados, Excmos. Sres. D. Raúl y D. Antonio , que determinaban la competencia de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para instruir y conocer de esta causa penal, Sala que aceptó dicha competencia, designó Magistrado Instructor al Excmo. Sr. D. Eduardo Móner Muñoz, y acordó que fuera el Pleno de la misma el que entendiera de su trámite.

XIV.- Dicho Magistrado continuó la instrucción del sumario recibiendo nuevas declaraciones, con participación del Ministerio Fiscal y de los Letrados de las partes acusadoras y de los procesados, a los señores Jesús Manuel , Ramón , Blas , Iván y Evaristo , tras los cuales pidió al Pleno de esta Sala que acordara solicitar al Congreso de los Diputados autorización para dirigir el procedimiento contra el citado Excmo. Sr. D. Luis Enrique , a lo que esta Sala accedió.

XV.- Concedida la mencionada autorización, dicho Instructor acordó el procesamiento del mencionado Sr. Luis Enrique , así como ampliar el que el juzgado Central de Instrucción nº 5 antes había decretado contra D. Evaristo .

XVI.- La representación de la primera de las acusaciones populares y la del procesado D. Jesús Manuel solicitaron que se recibiera declaración en calidad de imputados a los Excmos. Sres. D. Felix , D. Antonio y D. Raúl , lo que denegó el Excmo. Sr. Magistrado Instructor, denegación que en apelación fue confirmada.

XVII.- Tras nuevas diligencias, con rechazo de algunas otras pedidas por las partes, más el trámite de los correspondientes recursos, el sumario quedó concluido, lo que esta Sala confirmó, llegándose al trámite de apertura de juicio oral, en el que se determinó con la precisión necesaria lo que había de ser objeto de este proceso en lo sucesivo, excluyendo del mismo todos los hechos posteriores al secuestro de D. Luis Antonio , y al de calificación provisional de las partes.

XVIII.- En primer término realizó tal calificación el Ministerio Fiscal, quien, luego del relato de los hechos ocurridos conforme a su criterio (conclusión 1ª), continuó tal escrito en los términos siguientes:

- 2ª -

Los hechos relatados son constitutivos de los siguientes delitos:

1º.- Un delito de pertenencia a banda armada del art. 174 bis a) del CP 1973, en relación con el art. 1.2 b) de la Ley Orgánica 11/1980, de 1-12, sobre los supuestos previstos en el art. 55.2 de la Constitución; equivalente a los arts. 1º.1 y 2 c) y 7º.1 de la LO 9/1984, de 26-12 contra la actuación de bandas armadas, equivalente al art. 174.3º del CP de 1973, según la redacción dada por Ley O. 3/1988, de 25-1995 , considerando como más beneficiosa la primera calificación.

2º. Un delito de detención ilegal de los arts. 480 y 481.1º del CP de 1973, equivalente a los arts. 164 y 167 del CP de 1995 , sancionándose conforme a este último.

3º. Un delito de malversación de caudales públicos del art. 394.4º del CP de 1973, equivalente al art. 432.1 del CP de 1995 , sancionándose con arreglo a este último.

- 3ª -

De dichos delitos son responsables en concepto de autores:

1º. Del delito de pertenencia a banda armada los procesados Luis Enrique , Evaristo , Ramón , Jesús Manuel , Blas y Iván .

2º. Del delito de detención ilegal, los mismos del delito anterior, y, además, los procesados Jose Francisco , Juan Pablo , José , Donato , Jesús Carlos y Tomás .

3º. Del delito de malversación los indicados respecto al primero, excepto Jesús Manuel y, además, Jose Francisco .

- 4ª -

Concorre en el delito de pertenencia a banda armada, respecto a cinco de sus autores (excluido Jesús Manuel) la agravante de prevalerse del carácter público que tenga el culpable 10ª del art. 10 del CP de 1973 y 7ª del art. 22 del CP de 1995 .

- 5ª -



Procede imponer las siguientes penas:

1º. Por el delito de pertenencia a banda armada a Jesús Manuel , seis años y un día de prisión mayor y multa de 200.000 pts. a cada uno de los otros cinco procesados, ocho años y un día de prisión mayor y multa de 250.000 pts.

2º. Por el delito de detención ilegal, a cada uno de los seis procesados del anterior delito, diez años de prisión e inhabilitación absoluta por diez años, a Jose Francisco , nueve años de prisión e inhabilitación absoluta por nueve años, a cada uno de los otros cinco procesados, ocho años y un día de prisión e inhabilitación absoluta por ocho años.

3º. Por el delito de malversación a Luis Enrique y Evaristo , a cada uno, cinco años de prisión e inhabilitación absoluta por ocho años, a Ramón cuatro años de prisión e inhabilitación absoluta por ocho años, y a Blas , Iván y Jose Francisco , a cada uno, tres años de prisión e inhabilitación absoluta por seis años.

Para todos, accesorias y costas, abonándose el tiempo de prisión preventiva, de no haberlo sido en otra Causa.

Responsabilidad Civil: los procesados indemnizarán a Luis Antonio en proporción de dos dieciochoavas partes cada uno de los seis mencionados en la conclusión 3ª.1º y en una dieciochoava parte cada uno de los seis restantes, aunque con carácter solidario y con la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en treinta y seis millones de pesetas, Los autores del delito de malversación indemnizarán al Estado, en proporción de dos octavas partes cada uno Luis Enrique y Evaristo , y una octava parte cada uno de los cuatro restantes, aunque con carácter solidario, en el valor del cambio medio (a determinar en ejecución de sentencia) del último trimestre de 1983, de un millón de francos, sin perjuicio de la competencia del Tribunal de Cuentas. Caso de absolución de alguno, su cuota acrecerá a las restantes en la misma proporción.

XIX.- Dentro de un plazo común concedido para las demás partes acusadoras, la representación del perjudicado D. Luis Antonio , después de hacer en su conclusión 1ª el relato de hechos similar al del Ministerio Fiscal, continuó su escrito de calificación provisional del modo siguiente:

SEGUNDA.- Los hechos relatados son constitutivos de los siguientes delitos:

1.- Un delito de pertenencia a banda armada del art. 174 bis a) del CP de 1973, en relación con el art. 1.2 b) de la Ley Orgánica 11/1980, de 1/12 sobre los supuestos previstos en el art. 55.2 de la Constitución; equivalente a los arts. 1º.1 y 2 c) y 7º.1 de la LO 9/1984, de 26/12 contra la actuación de bandas armadas, equivalente al art. 174.3º del CP de 1973, equivalente a los arts. 515-2º y 516-1º y 2º CP 95, según la redacción dada por Ley O. 3/1988, de 25/95 , considerando como la más beneficiosa la primera calificación.

2- Un delito de detención ilegal de los arts. 480 y 481.1º del CP de 1973, equivalente a los arts. 164 y 167 del CP de 1995 , sancionándose conforme a este último.

3º. Un delito de malversación de caudales públicos del art. 394.4º del CP de 1973, equivalente al art. 432.1 del CP de 1995 , sancionándose con arreglo a este último.

TERCERA.- De dichos delitos son responsables en concepto de autores:

1.- Del delito de pertenencia a banda armada de los procesados Luis Enrique , Evaristo , Ramón , Jesús Manuel , Blas Y Iván .

2.- Del delito de detención ilegal, los mismos del delito anterior, y además, los procesados Jose Francisco , Juan Pablo , José , Donato , Jesús Carlos Y Tomás .

3.- Del delito de malversación, los indicados respecto al primero, excepto Jesús Manuel y, además, AMEDO.

CUARTA.- Concorre en el delito de pertenencia a banda armada, respecto a cinco de sus autores (excluido Jesús Manuel) la agravante de prevalerse del carácter público que tenga el culpable, 10ª del art. del CP de 1973 y 7º del art. 22 del CP de 1995 .

QUINTA.- Procede imponer las siguientes penas:

1.- Por el delito de pertenencia a banda armada a Jesús Manuel , seis años y un día de prisión mayor y multa de 300.000 pesetas y cada uno de los otros cinco procesados a ocho años y un día de prisión mayor y multa de 350.000 pesetas.

2.- Por el delito de detención ilegal, a cada uno de los seis procesados, del anterior delito, diez años de prisión e inhabilitación absoluta por diez años, a Jose Francisco , nueve años de prisión e inhabilitación absoluta por nueve años, a cada uno de los otros cinco procesados, ocho años y un día de prisión e inhabilitación absoluta por ocho años.



3.- Por el delito de malversación a Luis Enrique y Evaristo , a cada uno, cinco años de prisión e inhabilitación absoluta por ocho años, a Ramón , cuatro años de prisión e inhabilitación absoluta por ocho años; y a Blas y Iván Y Jose Francisco , a cada uno, tres años de prisión e inhabilitación absoluta por seis años.

Para todos accesorias y costas, incluidas las de esta acusación particular abonándose el tiempo de prisión preventiva de no haberlo sido en otra causa.

RESPONSABILIDAD CIVIL. Los procesados indemnizarán a Luis Antonio en proporción de dos dieciochoavas partes cada uno de los seis mencionados en la conclusión 3º.1º y en una dieciochoava parte cada uno de los seis restantes, aunque con carácter solidario y con la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en CIENTO VEINTICINCO MILLONES DE PESETAS por lesiones, secuelas físicas y psíquicas y daño moral, incluida en esta cantidad los intereses devengados desde el día 4 de diciembre de 1983. Los autores del delito de malversación indemnizarán al Estado, en proporción de dos octavas partes cada uno Luis Enrique y Evaristo , en una octava parte cada uno de los cuatro restantes, aunque con carácter solidario, en el valor del cambio medio a determinar en ejecución de sentencia del último trimestre de 1983, de un millón de francos, sin perjuicio de la competencia del Tribunal de Cuentas. caso de absolución de alguno, su cuota acrecerá a las restantes en la misma proporción.

XX.- El Abogado del Estado, en su calidad de acusador en defensa de los intereses de la Administración, hizo su escrito de calificación provisional acusando sólo a los procesados Luis Enrique , Vera, Ramón , Blas , Iván y Jose Francisco del delito de malversación de caudales públicos del art. 394.4º o, alternativamente, del art. 396, párrafo 2º, del CP de 1.973, equivalentes a los de los arts. 432.1º y 433, párrafo 2º CP e 1995 , sin la concurrencia de circunstancias modificativas, pidiendo para ellos las penas siguientes: Para Luis Enrique y Evaristo , las de 5 años de prisión y 8 años de inhabilitación absoluta, para Ramón 4 años de prisión y los mismos 8 años de inhabilitación absoluta, y para Blas , Iván y Jose Francisco , 3 años de prisión y 6 de tal inhabilitación, además de accesorias, costas y abono de prisión preventiva para todos ellos, contra quienes solicitó su condena solidaria a indemnizar al Estado en pesetas equivalentes a un millón de pesetas de francos franceses al tipo medio de cambio del último trimestre de 1.983.

XXI.- La 1ª de las acusaciones populares, la representada por la Procuradora Dª Esther Rodríguez Pérez, en su escrito de calificación provisional hizo en la 1ª de sus conclusiones un relato de hechos conforme consideró que se habían producido los aquí enjuiciados, continuando tal escrito en los términos siguientes:

II

Los hechos relatados que pueden ser objeto de enjuiciamiento en la presente causa, a tenor del reiterado auto de 24 de septiembre, son constitutivos de los siguientes delitos:

1.- Delito de pertenencia a banda armada del artículo 174 bis a) del Código Penal de 1973 (adicionado por Ley Orgánica 2/81, de 4 de mayo) en relación con el artículo 1.2 b) de la Ley Orgánica 11/80, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución. Equivalente a los artículos 1º 1, 2 d) y 7.1, primero y segundo párrafo, de la Ley Orgánica 9/84, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas. Equivalente al artículo 174.3º y 174 bis b) del Código Penal de 1973, según redacción dada por Ley Orgánica 3/88, de 25 de mayo, de reforma del Código Penal. Equivalente a los artículos 515.2º y 516.1º y 2º del Código Penal de 1995 . Considerándose como más beneficioso el precepto primeramente citado.

2.- Un delito de detención ilegal condicionada de los artículos 480 y 481.1º del Código Penal de 1973, según redacción dada por Ley 82/78, de 28 de diciembre, sancionable hoy a tenor de los artículos 164 y 167 del Código Penal de 1995 , estimándose esta normativa como más favorable.

3.- Un delito de malversación de caudales públicos del artículo 394.4º (o subsidiariamente, 395 segundo párrafo) del Código Penal de 1973, hoy sancionable por el artículo 432.1 y 2 (o, subsidiariamente, 433, 2º párrafo), del Código penal de 1995, estimándose este último cuerpo normativo como más beneficioso .

4.- Un delito de proposición para el asesinato, del artículo 4.2º, en relación con el 406 1º, 2º y 3º del Código Penal de 1973, hoy sancionable por los artículos 141, 139.1ª y 2ª y 140 del Código Penal de 1995, norma esta que se estima más favorable .

5.- Un delito de tenencia de explosivos, en concurso real con el anterior, del artículo 264 del Código Penal de 1973, en su redacción dada por Ley 82/78, de 28 de diciembre. Hoy castigado por el artículo 568 del Código Penal de 1995. Estimándose como norma más favorable la últimamente citada .

III



- 1.- De dichos delitos son responsables en concepto de autores del delito de pertenencia a banda armada los procesados Luis Enrique , Evaristo , Ramón , Jesús Manuel , Blas , Iván , Donato y José .
- 2.- Del delito de detención ilegal, los procesados Luis Enrique , Evaristo , Ramón , Jesús Manuel , Blas , Iván , Donato , José , Jose Francisco , Juan Pablo , Jesús Carlos y Tomás .
- 3.- Del delito de malversación, los procesados Luis Enrique , Evaristo , Ramón , Blas , Iván , y Jose Francisco .
- 4.- De los delitos de proposición para el asesinato y tenencia y explosivos, el procesado Blas .

IV

- 1.- En el delito de pertenencia a banda armada concurre, respecto de todos sus autores, excepto de Jesús Manuel , la agravante de prevalerse del carácter público que tenga el culpable (artículo 10.10ª del Código Penal de 1973 y 22.7ª del Código Penal de 1995).
 - 2.- En el delito de detención ilegal, hubiese concurrido, en todos los procesados, la misma agravante, en el caso de haberse penado por el Código Penal de 1973 . al penarse, por ser más favorable, conforme al Código Penal de 1995, dicha circunstancia agravante queda integrada en el subtipo agravado del artículo 167 .
- Además concurre la agravante de ensañamiento (artículo 10.5ª del Código Penal de 1973 y artículo 22.5ª del Código Penal de 1995).
- 3.- En el delito de proposición para el asesinato, cualificado por el precio, hubieran concurrido, en el caso de haberse penado por el Código Penal de 1973, las agravantes de uso de explosivo y alevosía. Desaparecida en el Código Penal de 1995 la primera de las citadas, se aplicaría el subtipo agravado del artículo 140, sin concurrencia de agravantes .

V

Procede imponer las siguientes penas:

1º.- Por el delito de pertenencia a banda armada:

A los procesados Luis Enrique , Evaristo , Ramón , Blas y Jose Antonio , doce años de prisión menor y multa de 750.000,- Ptas.

A los procesados José y Donato , diez años y un día de prisión mayor y multa de 500.000,- Ptas.

Al procesado Jesús Manuel , diez años de prisión mayor y multa de 500.000,- Ptas.

2º.- Por el delito de detención ilegal:

A todos los procesados, diez años de prisión e inhabilitación absoluta por doce años.

3º.- Por el delito de malversación:

A los procesados Luis Enrique , Evaristo y Ramón , ocho años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de veinte años.

A los procesados Blas y Iván , seis años de prisión e inhabilitación absoluta por quince años.

Al procesado Jose Francisco , cuatro años de prisión e inhabilitación absoluta por diez años.

4º.- Por el delito de proposición para el asesinato, al procesado Blas , la pena de cinco años de prisión.

5º.- Por el delito de tenencia de explosivos, al procesado Blas , la pena de cinco años de prisión.

Todos los procesados deberán ser condenados, además, a las accesorias correspondientes y, de modo expreso, deberán ser condenados a la pena accesoria de inhabilitación absoluta por todos aquellos delitos castigados con penas de diez años de prisión o más y con la de inhabilitación especial para toda clase de cargos y empleos públicos en los castigados con pena inferior a diez años, siempre, en uno y otro caso, que la pena de la inhabilitación no estuviese ya prevista como pena principal para dicho delito (artículos 54 y 65 del Código Penal de 1995).

Igualmente deberán ser condenados al pago de las costas, en la correspondiente proporción, incluidas las de ésta acción popular.

VI

Los procesados indemnizarán a los perjudicados en la forma y cuantía que determine el Tribunal, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria del Estado respecto de la indemnización a satisfacer a D. Luis Antonio .



XXII.- La otra acusación popular, la del Procurador D. José Manuel de Dorremochea Aramburu, hizo su propio relato de hechos en su 1ª conclusión y desarrolló las demás en la forma que a continuación se expone:

SEGUNDO: Los hechos así relatados son constitutivos de los delitos de pertenencia a banda armada, detención ilegal y malversación de caudales públicos, previstos en las normas penales citadas en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, al que nos remitimos en este detalle.

TERCERO: Son autores de dichos delitos:

De pertenencia a banda armada:

Luis Enrique

Evaristo

Ramón

Jesús Manuel

Blas

Iván

José

Donato

Jesús Carlos y

Tomás

De detención ilegal:

Los anteriores citados, y además

Jose Francisco y

Juan Pablo

De malversación de caudales públicos:

Luis Enrique

Evaristo

Ramón

Blas

Iván y

Jose Francisco

CUARTO: Concorre en el delito de pertenencia a banda armada, respecto de todos sus autores menos Jesús Manuel, la agravante de prevalerse del carácter público que tenga el culpable, nº 10 del artículo 10 del Código Penal vigente en el momento de los hechos, 22-7º del vigente Código Penal.

QUINTO.- Por el delito de pertenencia a banda armada, 8 años de prisión mayor y 500.000 ptas. de multa a Jesús Manuel, y 10 años de prisión mayor y 500.000 ptas. de multa al resto de los acusados por dicho delito.

Por el delito de detención ilegal 10 años de prisión mayor y el mismo periodo de inhabilitación absoluta, para todos los acusados de dicho delito.

Por el delito de malversación de caudales públicos, a cada uno de los acusados del mismo, cinco años de prisión menor e inhabilitación absoluta por el mismo periodo de tiempo.

Accesorias y costas para todos ellos, incluidas las de esta acusación.

En cuanto a las responsabilidades civiles nos remitimos a lo solicitado por el Ministerio Fiscal en su escrito de calificación.

XXIII.- Dentro de otro plazo común concedido a las defensas de los acusados, la del Excmo. Sr. D. Luis Enrique en su escrito de calificación provisional manifestó su absoluta disconformidad con las conclusiones de las acusaciones, alegó nuevamente la nulidad de actuaciones y la prescripción de los distintos delitos por los que se le acusa y terminó solicitando su absolución por todos y cada uno de ellos.



XXIV.- En términos semejantes se produjo la calificación en esta fase de D. Evaristo que asimismo impugnó las acusaciones formuladas reclamando una sentencia absolutoria y volviendo a plantear las prescripciones de delitos y las nulidades de actuaciones que se habían pedido en el trámite de los artículos de previo pronunciamiento.

XXV.- La defensa de D. Ramón en su calificación provisional se pronunció también contra las acusaciones que respecto de él se habían formulado, negando expresamente la imposición de condición alguna para la liberación de D. Luis Antonio, pidiendo su absolución y afirmando que, de ser delictiva su conducta, habría de serlo por el art. 184 del anterior Código Penal.

XXVI.- La representación de D. Blas, negó la autoría de los delitos de que se le acusaba, aduciendo en su favor las eximentes 11ª y 12ª del art. 8 del anterior CP y subsidiariamente su aplicación como atenuantes en su calidad de incompletas, así como las de los números 3º, 5º y 6º del art. 21 del nuevo Código, alegando asimismo la aplicación de la prescripción del delito.

XXVII.- Por la defensa de D. Iván se alegó en su calificación provisional que sólo actuó cumpliendo órdenes de sus superiores, así como que no tuvo conocimiento de la condición que para la liberación de D. Luis Antonio pusieron los responsables políticos del País Vasco y que no tuvo acceso a los fondos reservados, solicitando en conclusión su absolución.

XXVIII.- D. Jesús Manuel en el mismo trámite adujo su desacuerdo con las diferentes acusaciones y la inexistencia de delito alguno del que él tuviera que responder solicitando un pronunciamiento absolutorio.

XXIX.- D. Jose Francisco y D. Juan Pablo, ambos con los mismos Abogado y Procurador y en un solo escrito para los dos, impugnaron los hechos y las calificaciones de las distintas partes acusadoras, hicieron su propia narración de lo ocurrido, admitieron la existencia de un delito de malversación de caudales públicos en cuantía inferior a 500.000 pts. respecto de Jose Francisco, y respecto de ambos, otro de detención ilegal, no del art. 481-1º CP anterior, sino del 480 equivalente al 163 del ahora vigente, así como la responsabilidad de Jose Francisco como cooperador necesario de este último delito y de Juan Pablo como encubridor, y solicitando la rebaja de las penas correspondientes en dos grados por aplicación del art. 57 bis 2 CP de 1.973, por la trascendencia de sus declaraciones de 16 de diciembre de 1994 que permitieron un avance sustancial en la averiguación de lo ocurrido, así como la atenuante de confesión a las autoridades (art. 21-4ª) y la eximente incompleta de cumplimiento de un deber (arts. 20-7ª, 21-1ª y 68 todos del CP vigente).

XXX.- La calificación provisional hecha en nombre de los acusados D. Donato y D. José solicita una sentencia absolutoria alegando la prescripción del delito, así como que se limitaron a obedecer las órdenes de sus superiores, a quienes creyeron cuando les dijeron que se trataba de una cuestión de Estado, estando convencidos de que la persona a la que atendían y custodiaban sería puesta a disposición judicial cuando así lo mandaran sus superiores jerárquicos.

XXXI.- La defensa de D. Tomás y D. Jesús Carlos, en un mismo escrito de calificación provisional para los dos, manifestó su disconformidad con los hechos narrados por las acusaciones y, por entender que no eran responsables de delito alguno, solicitaron su libre absolución.

XXXII.- El Abogado del Estado, en calidad de posible responsable civil subsidiario, negó tal condición y, alternativamente, impugnó como notoriamente excesiva la suma pedida por D. Luis Antonio como indemnización e incluso la mucho más moderada solicitada por el Ministerio Fiscal, pidiendo, en todo caso, la previa excusión de los bienes de los que resultaren condenados y su exclusión respecto de la parte correspondiente al acusado Jesús Manuel.

XXXIII.- Se acordó excluir del presente proceso lo relativo a los delitos de proposición de asesinato y tenencia de explosivos por los que la primera de las acusaciones populares acusó a D. Blas.

XXXIV.- Se dio el trámite correspondiente a los artículos de previo pronunciamiento propuestos por varios de los acusados, dictándose al respecto el auto de 9 de marzo de 1.998.

XXXV.- Dictado el correspondiente auto sobre admisión a prueba, se señaló para el inicio de las sesiones del juicio oral el día 25 de mayo a las 10 de la mañana.

XXXVI.- Comenzado el juicio oral en el día señalado, celebradas las correspondientes sesiones con las declaraciones de los acusados, testigos y peritos, practicada la documental con la lectura de la que los distintos letrados fueron indicando respecto de determinadas actuaciones anteriores, elevaron sus conclusiones provisionales a definitivas la acusación particular y las defensas de los procesados Tomás y Jesús Carlos, Iván, Donato y José, Jesús Manuel, Ramón, Evaristo, Luis Enrique y el Abogado del Estado en calidad de responsable civil subsidiario, mientras que las modificaron el resto de las partes tal y como exponemos a continuación.



XXXVII.- El Ministerio Fiscal elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, salvo con relación a su relato de los hechos, precisando por escrito los pormenores de tal relato que quedaban modificados.

XXXVIII.- El Abogado del Estado, como parte acusadora, asimismo consideró como definitiva su calificación provisional, con la modificación consistente en reducir la petición de indemnización a favor del Estado por el delito de malversación de caudales públicos, pidiendo en total la del contravalor en pesetas de 620.000 francos franceses, calculados al tipo medio de cambio de esta moneda en el último trimestre de 1.983, más 127.000 pts. por otros gastos, pormenorizando los conceptos que suman los dos totales ante referidos.

XXXIX.- La primera acusación popular también hace determinadas correcciones en su narración de hechos y, además, elimina de su acusación la relativa a proposición de asesinato y tenencia de explosivos por lo dispuesto en auto de esta Sala de 31 de marzo de este año, elevando a definitivas el resto de sus conclusiones provisionales.

XXXX.- La segunda acusación popular asimismo modificó su relato de hechos, precisó la acusación por delito de malversación refiriéndola a los arts. 394.4 CP derogado y 432.2 CP vigente, y añadió una calificación alternativa contra Jesús Carlos y Tomás: por si llegara a considerarse que no pertenecieron a la banda armada, se afirma que correspondería condenarles, como autores del delito de colaboración con tal clase de banda del art. 576 CP vigente correspondiente al 174 bis a) CP derogado con remisión a los artículos correspondientes de la L.O. 11/80 y LO 9/84, pidiendo para dichos Jesús Carlos y Tomás por este último delito las penas de 8 años de prisión y 500.000 pts. de multa. Por el de malversación, en su nueva calificación pide las penas de 6 años de prisión y 15 años de inhabilitación absoluta.

Para el delito de detención ilegal pide para todos los acusados pena de inhabilitación absoluta por 12 años. En lo demás elevó a definitivas sus conclusiones provisionales.

XXXI.- La defensa de Jose Francisco y Juan Pablo, mediante sendos escritos separados hace unas calificaciones definitivas nuevas para cada uno de sus defendidos:

1. Respecto de Jose Francisco, tras el correspondiente relato de hechos, pide su absolución por considerar que no hay responsabilidad criminal alguna por su parte, alegando con carácter subsidiario la aplicación del art. 57 bis b) 2 CP anterior con reducción de las penas correspondientes en dos grados por su decisiva colaboración con la Justicia por sus declaraciones y entrega de documentos, llegando incluso a pedir la remisión total de la pena, y solicitando expresamente la aplicación del art. 68 CP 95 en relación con sus arts. 20.7, 21.1 y 21.4 y la consiguiente rebaja de la pena en dos grados. Pidió, en su caso, acumulación de las penas que pudieran imponerse con las ya impuestas, en total 108 años de privación de libertad. Asimismo pide que se mantenga el tercer grado de su actual situación penitenciaria. Como indemnización a favor de D. Luis Antonio considera que la cantidad correspondiente ha de ser en total la de cuatro millones de pesetas, que ha de ser a cargo del Estado como responsable civil subsidiario.

2. Respecto de Juan Pablo, hace también narración de su limitada intervención en los hechos de autos, estima asimismo que no hay responsabilidad criminal alguna para él, solicitando formalmente la declaración de nulidad de lo instruido en el Juzgado Central de Instrucción nº 5 porque este señor declaró presionado desde su origen. Termina pidiendo la acumulación de la posible condena a su condena anterior y que se mantenga su tercer grado penitenciario, así como que la indemnización, que ha de recaer sobre el Estado como responsable civil subsidiario, quede reducida a la referida cantidad total de cuatro millones de pesetas.

XXXII.- La defensa de Blas hizo un escrito de conclusiones definitivas, complementario de su anterior calificación provisional, en el que hace una relación de los hechos ocurridos según su criterio, examina cada uno de los tres delitos por los que su patrocinado es acusado, alega la prescripción de los tres y mantiene la concurrencia de error de prohibición del art. 6 bis a) CP 73 y 14 CP 95, así como de la eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo de los arts. 8.11 CP 73 y 20.7 CP 95. Subsidiariamente pide la eximente incompleta del art. 21.1 CP 95, error vencible del art. 14.3º CP 95, y las atenuantes 4ª, 5ª y 6ª del art. 21 y art. 579 de este mismo código, este último por su colaboración prestada a la Justicia al confesar la verdad de lo ocurrido.

XXXIII.- Informaron por su orden el Ministerio Fiscal, la acusación particular, las dos acusaciones populares, las defensas de cada uno de los procesados y el Abogado del Estado, primero como acusador particular en cuanto al delito de malversación de caudales públicos y finalmente como responsable civil subsidiario en cuanto al de detención ilegal o secuestro.

XXXIV.- Por último, el Presidente de la Sala preguntó a los procesados si tenían algo que manifestar al Tribunal, contestando afirmativamente los Sres. José, Jose Francisco, Evaristo y Luis Enrique, quienes hicieron uso de la palabra, con lo que declaró concluso el juicio para sentencia, siendo las 15 horas del día 14 de julio de 1.998.



HECHOS PROBADOS

A) Hechos.

Primero.- En la fecha en que ocurrieron los hechos centrales objeto de este procedimiento (octubre-diciembre de 1.983) los diferentes acusados se encontraban en la situación que a continuación expresamos:

1. El Excmo. Sr. D. Luis Enrique , que por entonces tenía 41 años, llevaba poco más de un año ejerciendo el cargo de Ministro del Interior.

2. D. Evaristo , que a la sazón tenía 38 años, antes Concejal encargado de la Seguridad Ciudadana en el Ayuntamiento de Madrid, ejercía en el Ministerio del Interior el cargo de Director de la Seguridad del Estado, máximo responsable, bajo la autoridad del Ministro, de todos los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y Jefe del Mando Único para la Lucha contra el Terrorismo, también desde un año antes aproximadamente.

3. D. Ramón , que tenía 31 años y había sido Alcalde de Ermua, era el Gobernador Civil de Vizcaya y, como tal, tenía comunicación frecuente con los antes referidos Ministro del Interior y Director de la Seguridad del Estado, cargo este último que pasó a ocupar cuando en Febrero de 1984 D. Evaristo fue designado Subsecretario del mismo Departamento.

4. D. Jesús Manuel , que por entonces tenía 43 años, era Secretario General del Partido Socialista de Euskadi en la provincia de Vizcaya, y miembro del Comité Ejecutivo Federal del PSOE, poseía gran prestigio entre los miembros de este partido, particularmente en el País Vasco, donde defendía con particular decisión la lucha contra el terrorismo etarra, teniendo, además, amistad personal con el Sr. Ramón .

5. D. Blas , de 39 años de edad, Comisario del Cuerpo Nacional de Policía, destinado los años anteriores en Barcelona, llevaba un año en el cargo de Jefe Superior de Policía de Bilbao y Delegado de la Lucha Antiterrorista para el País Vasco y Navarra, sin experiencia alguna en la lucha antiterrorista cuando fue nombrado para dicho cargo por lo que necesitaba apoyarse en la que sí tenía D. Iván . También en febrero de 1984 fue destinado a Madrid como Jefe del Gabinete de Información y Operaciones Especiales, cargo del Ministerio del Interior directamente dependiente del nuevo Director de la Seguridad del Estado, D. Ramón .

6. D. Iván , que por entonces tenía 42 años, también Comisario del Cuerpo Nacional de Policía, era Jefe de la Brigada Regional de Información de la Lucha Antiterrorista, cargo que ocupaba desde julio de 1981, siendo su jefe inmediato el citado D. Blas . Cuando éste último, en febrero de 1.984, pasó a Madrid al destino antes referido, D. Iván fue nombrado Jefe Superior de Policía de Bilbao.

7. D. Jose Francisco , de 37 años, Subcomisario del mencionado Cuerpo Nacional de Policía, estaba destinado en dicha Brigada Regional de Información a las órdenes directas del Sr. Iván y por aquellas fechas mantenía una buena relación con un Comisario francés que le facilitaba información y contactos con otras personas que residían en el Sur de Francia.

8. D. José , Inspector del mismo Cuerpo Nacional de Policía, de 42 años, mandaba uno de los grupos de la mencionada Brigada de Información a las órdenes directas de D. Iván .

9. D. Donato , también Inspector del mismo Cuerpo, de 36 años, mandaba entonces otro de los grupos de esa misma Brigada. En febrero de 1.984 fue nombrado Jefe de la Brigada Regional de Información de la Lucha Antiterrorista, con sede en Bilbao, cargo hasta entonces ocupado por D. Iván .

10. D. Tomás , de 26 años, Inspector de 3ª, última de las categorías de la escala ejecutiva del mismo Cuerpo Nacional de Policía, que llevaba un año ejerciendo en dicho Cuerpo, y que por entonces también estaba destinado en la Brigada que mandaba D. Iván , trabajando en el grupo del Sr. Hierro.

11. D. Jesús Carlos , de la misma edad y categoría profesional que el anterior, con el mismo destino, también en el grupo que mandaba el Sr. Donato .

12. D. Juan Pablo , con la misma edad y categoría profesional que los dos anteriores, pero destinado en Bilbao, no en la citada Brigada, sino en el Gabinete Regional de Identificación. Había nacido en Francia, dominaba el idioma francés, y por tal circunstancia fue requerido para que interviniese en los hechos de autos, el día en que se iba a poner en libertad a D. Luis Antonio , en la forma que luego se explicará.

Segundo.- En 1.983 la actividad terrorista de ETA, en sus diversas ramas (militar, político-militar y comandos autónomos), constituía un problema político y social de primer orden en el País Vasco y en toda España, singularmente agravado porque las Autoridades francesas no colaboraban con las españolas, de modo que el Sur de Francia se había convertido en un refugio para los etarras que realizaban sus distintos delitos dentro de nuestro territorio y podían pasar luego impunemente a Francia donde tenían su residencia e incluso cobraban el mal llamado "impuesto revolucionario".



En diversos sectores sociales fue prosperando la idea de que para vencer en la lucha antiterrorista era necesario intervenir en territorio francés a fin de mover a los responsables del País vecino a prestar su colaboración a la Policía española, afirmándose cada vez más en la convicción de la mencionada necesidad de actuar de algún modo en territorio francés, ante el poco o nulo éxito de las gestiones políticas y diplomáticas que no daban el resultado deseado, al menos con la rapidez que la gravedad del caso requería.

Incluso el Centro de Estudios para la Investigación y Defensa (CESID), órgano dependiente del Ministerio de Defensa, con fecha de 6 de julio de 1983, confeccionó un documento, llamado "Nota de Despacho", en el que bajo el título "Acciones en Francia" se examinaban los pros y contras de las distintas posibilidades de intervención en el Sur de este país, documento que termina con la frase siguiente: "En cualquier circunstancia se considera que la forma de acción más aconsejable es la desaparición por secuestro". Otro documento del mismo organismo (CESID), de 28 de septiembre del mismo año de 1.983, Nota de Despacho titulada "Asunto: Sur de Francia", asegura que está previsto realizar acciones violentas en el Sur de Francia en fechas inmediatas.

Tercero.- Así las cosas, el 5 de octubre de ese año de 1983, se produce el secuestro del Capitán del Ejército Sr. Lucio , hecho que se consideró por entonces como especialmente relevante por la condición de militar de la víctima y porque tenía una significación puramente política sin el cariz económico que venían teniendo la mayoría de las acciones terroristas de esta clase procedentes del entramado de ETA, de tal modo que, previas las correspondientes informaciones y contactos en las que tuvo una participación de relieve Jose Francisco , el Gobernador Civil de Vizcaya, Sr. Ramón , y los Jefes Policiales, Sres. Blas y Iván , consideraron que era posible la detención en Francia para su posterior traslado a España, por medio de efectivos policiales españoles, del dirigente de ETA Juan Carlos lo consulta con Evaristo y Luis Enrique en Madrid, éstos aceptaron tal plan y se encargó de organizarlo el Jefe Superior de Bilbao, D. Blas , que logró traer a un policía destinado en Barcelona, Eugenio , y a otros tres policías del Grupo Especial Operativo (GEO), para que, ya definido el objetivo y con las informaciones debidamente contrastadas, pasaran a Francia para la detención de dicho Larretxea que, al parecer, podía proporcionar datos del paradero del citado Capitán Lucio . Fracasó la operación porque dichos cuatro Policías, para evitar problemas con las Autoridades Francesas, habían recibido órdenes estrictas de no utilizar violencia alguna contra ningún miembro de las Fuerzas de Seguridad del País vecino. Intervino en el hecho un Policía francés y los cuatro españoles se entregaron y fueron detenidos y llevados a prisión, siguiéndose contra ellos el correspondiente proceso judicial. El día 18 de ese mes de octubre de 1983 se produjo la detención de estos funcionarios españoles y al día siguiente apareció el cadáver del Capitán Lucio .

Cuarto.- Ante tal fracaso y asesinato, Ramón , Blas , Iván y Jose Francisco , planean un nuevo secuestro en Francia, ahora valiéndose, no de las propias fuerzas policiales españolas, sino de unos mercenarios franceses que trabajaban a las órdenes del Comisario con el que Jose Francisco contactaba, en el que confiaban porque las informaciones, que dicho Comisario había proporcionado relativas al asunto Juan Carlos , habían sido correctas, concretándose en la persona de Luis , para lo cual José , por orden de Blas , había alquilado una vivienda rústica, sita en la montaña de Cantabria, en un lugar aislado, con techos de madera, dos habitaciones, una destinada a cocina con su hogar de hierro para leña y otra enfrente destinada a habitación con una cama de matrimonio con colchón antiguo de lana y una especie de catre al lado, con un pasillo hacia el fondo donde había un pajar que tenía al final un retrete antiguo. Se trataba de un inmueble que había sido habitado tiempo atrás y que carecía de los servicios de suministro eléctrico y de agua corriente.

Determinada la persona que habría de ser detenida y traída a España para interrogarla en tal lugar, y concretada la operación en contacto con los franceses que iban a ejecutarla, Iván y Jose Francisco , con la aprobación de Ramón y Blas , acordaron con los mercenarios que el precio que había que abonarles por esta operación sería un millón de francos franceses.

Planeado de este modo el secuestro en Bilbao, el Gobernador Civil Sr. Ramón , en uno de sus frecuentes viajes a Madrid, trata la cuestión con Evaristo y Luis Enrique , lo mismo que en el precedente caso Juan Carlos , obteniendo su autorización, tanto para el secuestro como para su financiación, entregando Vera, que era la persona que en el Ministerio, por delegación del Ministro, estaba encargada de disponer de los fondos reservados, a Ramón un maletín con la mencionada cantidad de un millón de francos, de los cuales, ya en Bilbao, este último dio quinientos mil a Jose Francisco para su posterior entrega al Comisario francés que se había concertado con quienes materialmente iban a efectuar el secuestro de Juan Luis y otros 50.000 para que se los diera a Carlos María , uno de esos mercenarios.

Como antecedente de tal planificación, hay que resaltar que con fecha 3 de noviembre de ese mismo año de 1.983 el CESID confeccionó una "Nota de trámite interno" sobre el asunto titulado "actividades en el Sur de Francia" en el que se fijaban varias personas de ETA como objetivos concretos, entre las que figuraba el mencionado Lujua.



Quinto.- Sobre las ocho de la tarde del día cuatro de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, los mercenarios Carlos María , Lucas y Jose Pablo se acercaron al domicilio que en Hendaya tenía Luis Antonio , llamó a la puerta uno de ellos, salió la esposa, preguntaron por su marido, llegó éste y de repente el que había llamado se abalanzó contra Luis Antonio inmovilizándole ayudándose de un spray que le echó al rostro. En el forcejeo Luis Antonio perdió las zapatillas y se le rompieron las gafas. Rápidamente entre Lucas y Jose Pablo le introdujeron en un coche próximo donde les esperaba al volante Carlos María , marchando el vehículo del lugar y dirigiéndose hacia la frontera española, a donde llegó dicho Carlos María que fue detenido porque alguien había comunicado a la Policía las características del referido coche. Pero antes ya se habían bajado del mismo el secuestrado y los otros dos secuestradores, pasando los tres la frontera andando por un lugar no vigilado por nadie, con muchos dolores para Luis Antonio que tuvo que hacerlo cuando tenía sus pies cubiertos sólo con unos calcetines. Cruzaron por un sitio próximo a la frontera navarra de Dancharinea, que no era el acordado con la Policía española. Ya en territorio de España, se quedaron Jose Pablo y Luis Antonio mientras Lucas se acercó a las instalaciones de dicha frontera pocos minutos después de las diez, hora en que quedaba cerrado el paso por el puente situado entre el puesto español y el francés, cuando ya se habían retirado las Fuerzas de la Guardia Civil que controlaban dicho paso. Lucas apareció junto al pequeño edificio, en el que vigilaban desde el interior dos miembros del Cuerpo Nacional de Policía, que lo vieron en actitud de espera. Se identificó ante tales funcionarios con la documentación francesa que poseía, comprobándose por los medios informáticos allí existentes que no era buscado por la Policía española. Lucas exhibió un papel en el que ponía el nombre de "Pepe" y un número de teléfono que correspondía a la Jefatura Superior de Policía de Bilbao, ante lo cual, el policía que allí tenía el mando llamó por teléfono a su superior inmediato, el Comisario Jefe de Pamplona, que se puso en contacto con el Delegado del Gobierno en Navarra, D. Rogelio , que hizo otra llamada telefónica, a D. Evaristo en Madrid, recibiendo como contestación el mensaje de que nada hicieran porque se trataba de una operación de Bilbao, lo que Rogelio transmitió al Comisario y éste a Dancharinea.

Sobre la una de la madrugada llegó a esta frontera Jose Francisco , que había recibido el encargo de recoger a secuestrado y secuestradores, quien antes había estado con la misma misión en dos puestos fronterizos de la provincia de Guipúzcoa. Jose Francisco encontró a Lucas , fueron los dos juntos en el coche que traía el primero hasta el lugar donde habían quedado Jose Pablo y el secuestrado, encontraron a éste aterido de frío por el clima de invierno y la poca ropa que llevaba, el policía le cubrió con una manta, se quitó su jersey, se lo puso a Luis Antonio en los pies humedecidos para calentárselos y le introdujo en el vehículo, trasladándose todos hasta el puesto de Dancharinea, ya mencionado, donde Jose Francisco había recibido una llamada del Gobernador de Vizcaya Sr. Ramón , quien le preguntó cómo se llamaba la persona detenida, contestándole que Luis Antonio , según éste le había dicho momentos antes, lo que confirmó a Ramón y a quienes con él se hallaban reunidos en lo que había dicho Evaristo en su llamada telefónica de unas horas antes.

Sexto.- En efecto, desde las nueve de la noche aproximadamente, y para seguir el desenlace de la operación, estaban reunidos en Bilbao, en el despacho del Jefe Superior de Policía, Sr. Blas , éste, Ramón y Iván , y allí sobre las 9,30 horas se recibió la mencionada llamada telefónica de D. Evaristo que recogió Iván y éste pasó a Ramón , por medio de la cual el Director de la Seguridad del Estado hizo saber al Gobernador Civil de Vizcaya que había habido un error en la persona secuestrada porque no lo había sido Juan Luis , sino un señor llamado Luis Antonio , según le habían comunicado de Francia.

En ese momento entre Iván , Blas y Ramón se plantea la duda de qué hacer con la persona secuestrada, llama entonces Ramón a Jesús Manuel diciéndole lo que había ocurrido, éste se presenta enseguida en el despacho de Blas y allí se delibera sobre lo que es más conveniente, resolviendo los tres allí presentes (Iván entraba y salía de su despacho al de Blas cuando sus superiores le requerían), es decir, Ramón , Jesús Manuel y Blas , que lo más conveniente era quedarse con D. Luis Antonio y llevarlo a la cabaña que tenían preparada para Juan Luis , porque así podrían presionar a las Autoridades francesas, en concreto para conseguir la liberación de los policías españoles que aún permanecían presos en Francia desde el 18 de octubre, cuando trataron de detener a Juan Carlos , como ya se ha dicho. Para ello estiman necesaria la autorización de Madrid, que obtienen mediante una conversación telefónica de Ramón con Luis Enrique . Durante esa noche y en todo el tiempo que duró el secuestro el Gobernador Civil de Vizcaya habló con frecuencia con los señores Evaristo y Luis Enrique que de este modo participaban en las decisiones y seguían las incidencias del caso.

Séptimo.- En el despacho de Iván , en esa misma noche del 4 de diciembre, se encontraban los inspectores José y Donato , que habían sido llamados por aquél. Iván pasó al despacho de Blas a recibir instrucciones. Al cabo de unos minutos o media hora salieron Blas y Iván . Aquél, dirigiéndose a tales dos inspectores, les dijo que tenían que ir al túnel de Basauri y esperar allí la llegada de Jose Francisco , que venía con un detenido que era miembro de ETA, añadiendo que se trataba de una cuestión de Estado, que lo había ordenado el Gobierno y que debían guardar el más absoluto secreto. Blas , dirigiéndose a José , agregó que tenían que trasladar al detenido a la casa que había alquilado en la montaña de Cantabria y que se quedara allí custodiando al etarra con las dos personas que venían con Jose Francisco .



Cumpliendo lo así ordenado, José y Donato se trasladaron al túnel de Basauri, llegó allí Jose Francisco con el secuestrado y los dos secuestradores franceses y, yendo delante el coche conducido por Donato, en el que iba José que conocía el camino, y detrás Jose Francisco con los otros tres, tras un recorrido largo y penoso por tratarse en gran parte de una carretera de montaña, llegaron hasta el punto en el que tal carretera está más próxima a la mencionada cabaña y allí todos esperaron hasta que amaneciera, pues sin luz era muy difícil bajar por la ladera del monte hasta su destino. Entonces le dijeron a Luis Antonio que era un etarra, que cobraba el impuesto revolucionario y que se reunía en Sokoa con los de ETA, lo que éste negó diciendo que se llamaba Luis Antonio y que era un viajante de comercio. Le contestaron "ya cantarás", pero lo cierto es que nunca fue sometido a interrogatorio y que en ningún momento dijeron a Luis Antonio que eran Policías, ni entonces ni en los días posteriores. Después Donato y Jose Francisco en sus respectivos vehículos regresaron a Bilbao y José con los franceses Lucas y Jose Pablo quedaron en la cabaña antes descrita con la misión de custodiar al secuestrado.

Octavo.- Ese mismo día 5 de diciembre de 1983, se trasladaron hacia la mencionada cabaña Ramón, Blas, Iván y Donato, quienes desde la carretera avisaron a los de abajo para que subieran los franceses con quienes habló el Comisario Blas, que concretó con ellos su regreso a Francia al día siguiente.

Noveno.- Tomás y Jesús Carlos, que habían pasado unos días de permiso, el día 6 de diciembre, llamados por Donato, su jefe de grupo, fueron al despacho del jefe de la Brigada, Sr. Iván, quien les dijo que se les encomendaba participar en un servicio secreto, muy especial, que había sido dispuesto por el Gobierno y transmitido a través de la Dirección General de la Policía. Marcharon los dos con su citado jefe de grupo hacia la cabaña, y en el trayecto por carretera éste último explicó a sus subordinados que tenían que sustituir a los dos franceses, bajo las órdenes de José, en la custodia de un detenido que, aunque no se lo dijeron, Tomás y Jesús Carlos entendieron que se trataba de alguien de la banda terrorista ETA. Ambos inspectores hicieron lo que se les dijo sin poner objeción alguna, bajaron por la ladera del monte hasta la cabaña y con José estuvieron varios días custodiando a Luis Antonio. Donato se encargaba de traer comida, tabaco y demás enseres necesarios, viniendo casi diariamente hacia la cabaña, desde donde Tomás o Jesús Carlos subían hasta la carretera para recoger lo que su jefe les traía. José les decía a Tomás y Jesús Carlos que la liberación se produciría enseguida, pero los días pasaron sin que tal liberación llegara y, como se ha dicho, sin que realizaran ningún tipo de interrogatorio a Luis Antonio, que a la sazón tenía 51 años y pensaba que en cualquier momento le iban a matar.

Durante todo el tiempo que duró el secuestro, Luis Antonio estuvo sin poder ver, primero con un trapo en la cabeza que le cubría la vista, lo que, después, ya en la cabaña, le fue sustituido por unos algodones sujetos con esparadrapo que le tapaban los ojos, con el fin de que el secuestrado no pudiera identificar a ninguno de sus secuestradores ni tampoco a las personas que le custodiaban.

No comió casi nada durante los casi diez días que estuvo privado de libertad. Sólo le dieron alimento una o dos veces porque no tenía hambre, aunque pudo fumar todo lo que quiso del tabaco rubio que le daban.

Dormía en una cama que allí había, envuelto con una manta ceñida que le sujetaba brazos y manos junto al cuerpo, manta con la que se cubría cuando se levantaba por la casa o en las pocas ocasiones en que salió afuera. Pese a ello, sufrió mucho por el frío que tuvo que soportar.

Durante esos días estuvo vestido siempre con la misma ropa: el pantalón y la camisa que tenía cuando le sacaron de casa. Le llevaron unas zapatillas y dos pares de calcetines, sin que pudiera lavarse ni afeitarse, y sin ser atendido de las lesiones que tenía en los pies.

Décimo.- Ese mismo día 6 de diciembre, Jose Francisco, obedeciendo órdenes recibidas recogió de la cabaña a los dos franceses, Lucas y Jose Pablo, y los llevó a una habitación del hotel Ercilla. Jose Francisco avisó a Blas y Iván, y éstos subieron a dicha habitación donde todos estuvieron conversando y al final Blas les entregó a cada uno 10.000 francos franceses del millón que había traído Ramón de Madrid, cantidad inferior a la acordada porque los mercenarios no habían traído a la persona cuya detención había sido pactada. Luego Jose Francisco llevó a tales dos franceses hasta la frontera que pasaron sin dificultad.

Undécimo.- En la misma fecha del 6 de diciembre, Jose Francisco recibió de manos de Ramón un papel que había sido redactado entre el propio Ramón y Jesús Manuel, en el que éste escribió de su puño y letra lo siguiente: "Escuche, le hablo del secuestro de Luis Antonio. Está secuestrado por sus relaciones con ETA Militar, ocultando terroristas y por participar en el cobro del impuesto revolucionario. Como éste irán desapareciendo todos. REPETIR y "CLIC". A tal texto, después de la palabra todos, añadió el propio Ramón dos palabras: "los implicados".

El Gobernador Civil dio tal papel escrito a Jose Francisco, para que uno de los dos secuestradores lo tradujera al francés y su contenido lo transmitiera por teléfono a algún medio de comunicación, lo que hizo Lucas en los



términos expuestos, quedándose Jose Francisco con el original del mencionado documento que conservó muchos años hasta que lo entregó al Juzgado Central de Instrucción nº 5 en el transcurso de su declaración del 16 de diciembre de 1.994.

Duodécimo.- También ese mismo día 6 de diciembre (o quizás en fecha anterior) las personas que estaban planeando y dirigiendo desde Bilbao y Madrid el desarrollo del secuestro, es decir, Luis Enrique , Evaristo , Ramón , Blas , Iván y Jesús Manuel , o alguno o algunos de ellos con el conocimiento de los demás, acordaron dar un comunicado con el contenido siguiente: "si en el plazo de cuarenta y ocho horas no liberan a los cuatro policías españoles, ejecutarán a Luis Antonio , de 51 años, de Irún".

Tal comunicado se transmitió en la tarde del referido día 6 por medio de una llamada telefónica a la Cruz Roja de San Sebastián y fue difundido por varios medios de comunicación.

No aparece probado que Jose Francisco participara en la confección o transmisión de este último comunicado, pero sí que conoció su existencia, como tarde cuando la prensa lo publicó.

Lo que sí consta acreditado es que precisamente el día 8 de ese mismo mes, por la mañana, es decir, inmediatamente antes de transcurrir el plazo concedido de las 48 horas, fue cumplido lo exigido en dicho comunicado, quedando en libertad esos cuatro policías españoles que habían sido detenidos, como antes se ha dicho, cuando trataban de secuestrar a Juan Carlos el 18 de octubre anterior, quienes inmediatamente regresaron a España.

Decimotercero.- La privación de libertad de Luis Antonio continuó en el primitivo inmueble de la montaña de Cantabria con el conocimiento de todos los procesados, incluso de los señores Evaristo y Luis Enrique que estaban al tanto de todo a través de las conversaciones telefónicas mantenidas con Ramón , como ya se ha dicho.

Así las cosas, el día 13 de diciembre, Ramón , Evaristo y Luis Enrique deciden poner en libertad al secuestrado. Blas y Iván contactan con Juan Pablo , funcionario que dominaba el idioma francés, llevaba poco tiempo en el Cuerpo Nacional de Policía y a la sazón trabajaba en Bilbao en el Gabinete Regional de Identificación.

Blas , que ya había hablado con Juan Pablo y éste había aceptado pasar a la Brigada de Información que mandaba Iván , se lo presenta a éste que le pone en contacto con Jose Francisco , quien le dice que tienen detenida a una persona a la que hay que poner en libertad y trasladar a Francia. Juan Pablo recibe instrucciones concretas de hablar con el secuestrado en francés y hacer todo lo posible para tranquilizarle en el tiempo inmediatamente anterior a su puesta en libertad, llega a la cabaña hacia las primeras horas de la tarde, pasa el resto de la jornada en compañía de Luis Antonio , cumpliendo las órdenes recibidas, tratando de sosegar el ánimo de éste y permaneciendo en la cabaña o en sus inmediaciones todos, es decir, Luis Antonio , Juan Pablo , José , Jesús Carlos y Tomás .

Tal y como habían acordado, sobre las doce de la noche del día trece, con muchas dificultades por la situación física en que se encontraba Luis Antonio , que apenas podía caminar e iba cubierto con la citada manta a la que habían hecho un roto para ponérsela como un poncho, le suben todos de la cabaña a la carretera, donde en sendos vehículos los están esperando, Iván y Jose Francisco y Donato , montan en uno de ellos Donato , José , Juan Pablo y Luis Antonio , mientras que lo hacen en otro Jose Francisco y Iván , dirigiéndose todos a la frontera de Dancharinea a la que se había avisado para que no hubiera policías en el lugar por donde iban a pasar a Francia. Lo hicieron caminando por uno de los muchos puentes próximos al puesto de Dancharinea, por donde a pie se podía atravesar y donde no existía habitualmente vigilancia alguna, ni en la parte española ni en la francesa. Así cruzaron la frontera, llevando a rastras a Luis Antonio por el mal estado en que se encontraba. Llegaron a las inmediaciones de la venta Pantxo en las horas primeras del día 14 y allí dejaron al secuestrado, ya en territorio francés, con una camisa, un pantalón, calcetines y zapatillas, pese al frío propio de la época y de la hora.

Antes Juan Pablo había traducido al francés un comunicado que Jose Francisco había recibido de manos de Ramón y cuya traducción el propio Jose Francisco había metido en uno de los bolsillos de Luis Antonio donde luego lo encontró la policía francesa. Tal comunicado en castellano decía así: "A causa del crecimiento de los asesinatos, secuestros y extorsiones cometidos por la organización terrorista ETA sobre suelo español, programados y dirigidos desde el territorio francés, nosotros hemos decidido eliminar esta situación. Los Grupos Antiterroristas de Liberación -GAL- fundados a tal objeto, exponen los puntos siguientes: 1. Cada asesinato por parte de los terroristas tendrá la respuesta necesaria, ni una sola de las víctimas permanecerá sin respuesta. 2. Nosotros manifestamos nuestra idea de atacar los intereses franceses en Europa, ya que su Gobierno es responsable de permitir actuar a los terroristas en su territorio impunemente. 3. En señal de buena voluntad y convencidos de la valoración apropiada del gesto por parte del Gobierno francés, nosotros



liberamos a Luis Antonio , arrestado por nuestra organización, a consecuencia de su colaboración con los terroristas de ETA. Tendrán más noticias del GAL".

Era la primera vez en que se usaron tal nombre y las siglas GAL.

Nada más dejar a Luis Antonio en la referida situación, regresaron a pie al lugar donde habían dejado los coches y luego a bordo de éstos se trasladaron al puesto fronterizo de Dancharinea desde el cual Juan Pablo hizo varias llamadas telefónicas a la gendarmería y al puesto francés de la misma aduana hasta cerciorarse de que D. Luis Antonio había sido localizado y recogido por la Policía del país vecino.

Decimocuarto.- Al día siguiente de ser liberado, el 15 de diciembre de 1.983, D. Luis Antonio , con gran cansancio físico y psíquico, fue examinado por dos médicos forenses franceses que, consecuencia de las penalidades sufridas por el ataque que recibió cuando fue sacado violentamente de su casa, por el camino que hubo de recorrer por el monte con los pies sólo cubiertos con unos calcetines hasta llegar a la cabaña y demás padecimientos sufridos durante su reclusión, detectaron lo siguiente:

- Herida en la frente ya cicatrizada.
- Conjuntivitis relacionada con quemaduras químicas.
- Erosiones y contusiones múltiples por todo el cuerpo.
- Irritación de la piel en nariz y zonas próximas por el esparadrapo utilizado para tapar los ojos.
- Pie derecho hinchado y edematoso con trastornos vasomotores, edema en tobillo y principio de escara en el dedo 3º.
- Pie izquierdo y tobillo hinchados, con rigidez en la articulación del tobillo y principios de escara en los dedos 1º, 2º y 4º.
- Dolores en tórax, abdomen y columna vertebral, con dificultad para mover las caderas.
- Pérdida de 7 kilogramos de peso: de 67 bajó a 60.

En el aspecto psíquico, sufrió mucho miedo durante todo el secuestro, llegando a desear que lo mataran, viviéndolo con gran ansiedad y estrés.

Curó de tales lesiones en ciento cincuenta días durante los que estuvo en situación de incapacidad laboral temporal, tras los cuales pudo reincorporarse a su anterior trabajo de viajante de una empresa de ventas de diverso material de oficina, con un rendimiento no inferior al que obtenía antes del secuestro.

Le ha quedado como secuela física una zona de deficiente sensibilidad en la mitad más extrema de ambos pies, y en lo psíquico un estado ligero de ansiedad que se intensifica al recordar el secuestro sufrido, particularmente en los últimos años, concretamente desde que se jubiló en 1.993 y desde que en 1.994 y 1.995 tuvo conocimiento de la reactivación del presente proceso. Asimismo le ha quedado un aislamiento social por su actitud permanente de desconfianza hacia los hombres, con sentimiento permanente de estar "al límite" como si estuviera constantemente amenazado y una vivencia de extrañeza de sí mismo, lo que le ha apartado de sus amistades.

Sin embargo, conserva un aspecto, deambulación y lucidez de conciencia normales para su edad, y lo mismo ha de decirse respecto de la memoria, orientación en tiempo y espacio, capacidad de atención, inteligencia, percepción por los sentidos, lenguaje y curso y contenido de los pensamientos.

Ya con anterioridad al secuestro era un gran fumador, lo que junto con el hecho de haber tocado con frecuencia el saxofón le produjo una broncopatía bilateral crónica e hipertensión arterial, hipertensión que puede haber sido influida negativamente por el estado de ansiedad y preocupación antes referidos.

En 1.993 tuvo una enfermedad física por la que hubo de jubilarse, lo que coincidió con una especial inquietud en relación con las vivencias de su secuestro, siéndole precisa asistencia psiquiátrica, asistencia que sigue siendo necesaria como medio de desahogo de la ansiedad referida, además de un tratamiento con ansiolíticos.

Decimoquinto.- El millón de francos franceses recibidos por Ramón de Evaristo , que era la cantidad convenida para pagar a los mercenarios que iban a participar en el secuestro de Juan Luis , no fue gastado en su totalidad ante el fracaso de la operación al haberse traído a una persona diferente de la convenida, como ya se ha dicho. Se gastaron los 500.000 francos que Jose Francisco recibió para entregar anticipadamente a dicho Comisario, otros 50.000 dados también por Jose Francisco a Carlos María y 10.000 más que entregó Blas en el Hotel Ercilla y recibieron cada uno de los dos franceses que pasaron a España con Luis Antonio , a lo que hay que añadir otras cantidades que calculamos en un total de otros 5.000 francos franceses que se invirtieron en comidas, tabaco y enseres necesarios para pasar el tiempo en la cabaña de Santander, casi diez



días, incluido el precio del arrendamiento de dicha cabaña y de la habitación del referido Hotel Ercilla, lo que suma un total de 575.000 francos, con lo que sobraron 425.000 que Ramón devolvió a Evaristo .

Decimosexto.- Cuando el Magistrado D. Baltasar Garzón pasó a la Política, fue nombrado por Real Decreto de 30 de julio de 1.993 Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, con rango de Secretario de Estado, ejerciéndolo primero en el Ministerio de Asuntos Sociales, y luego en el Ministerio del Interior a partir del 31 de diciembre del mismo año, fecha de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de otro Real Decreto del día 29 anterior cesando, a petición propia, en dicho cargo por R.D. 977/1.994, de 13 de mayo .

En este último Ministerio D. Evaristo ejercía, desde muchos años atrás, el cargo de Director de la Seguridad del Estado, también con categoría de Secretario de Estado, cesando en dicho cargo por R.D. de 28 de enero de 1.994 , publicado en el B.O.E. del día siguiente.

Así pues, ambos Secretarios de Estado coincidieron en el Ministerio del Interior algo menos de un mes.

No han quedado probados incidentes, datos o circunstancias de los cuales esta Sala pudiera inferir la existencia de enemistad entre los mencionados Sres. Garzón y Evaristo , ni tampoco que este Magistrado hubiera hecho uso de amenazas o coacciones de cualquier clase cuando conoció de la instrucción de la presente causa.

B) Analisis de la prueba.

Los hechos narrados en los dieciséis apartados anteriores han quedado probados por las declaraciones hechas durante el desarrollo del juicio oral, particularmente por las manifestaciones de diez de los acusados (todos salvo Luis Enrique y Evaristo), completadas con las de algunos testigos, singularmente el perjudicado D. Luis Antonio , los tres documentos del CESID, remitidos por el Ministerio de Defensa en esta fase del juicio oral, ya desclasificados y debidamente autenticados, así como con las periciales de contenido médico, económico, contable y caligráfico. Con referencia a la pretendida enemistad entre Vera y el Magistrado-Juez D. Baltasar Garzón nos hemos basado en las declaraciones de los testigos propuestos por aquél y en las propias declaraciones del primero prestadas al declarar como acusado.

Por su importancia y por haber constituido los hechos centrales del debate desarrollado en el plenario, hemos de hacer en este análisis de la prueba dos capítulos separados referidos a dos cuestiones concretas: 1ª. La participación en los hechos de Luis Enrique y Evaristo . 2ª. La relativa al comunicado que por teléfono se transmitió a la Cruz Roja de San Sebastián en la tarde del 6 de diciembre de 1.983.

1ª) Luis Enrique y Evaristo han declarado siempre no haber tenido relación alguna con el pretendido secuestro de Juan Luis que realmente se produjo en la persona de Luis Antonio .

Por el contrario, los coacusados Ramón , Jesús Manuel , Blas y Iván , que inicialmente mantuvieron una postura solidaria con la negativa de todos a reconocer que la Policía y la cúpula de Interior algo habían tenido que ver con el mencionado secuestro, postura que compartían con otros cuatro de los acusados, los cuatro inspectores de policía encargados materialmente de custodiar y atender al secuestrado Luis Antonio (Donato , José , Tomás y Jesús Carlos), después, a partir de sus declaraciones de julio de 1.995 hechas en el Juzgado Central de Instrucción nº 5, en las que prestaron ante el nuevo instructor Excmo. Sr. D. Eduardo Móner Muñoz reiteradamente, incluso en los correspondientes careos y, desde luego, en las sesiones del juicio oral, han mantenido una posición contraria, consistente en su propia inculpación y, además, en la implicación en los hechos del Ministro del Interior y del Director de la Seguridad del Estado, Sres. Luis Enrique y Evaristo , en cuanto que estos últimos, en primer lugar, conocieron, aprobaron y dieron el dinero necesario para pagar a los mercenarios proveniente de los fondos reservados, y después, en la noche de la llegada a España del secuestrado y en los días posteriores hasta su liberación, estuvieron al corriente de todas las incidencias del hecho hasta inclusive la liberación del ilegalmente detenido supervisándolas y controlándolas a través de sus frecuentes comunicaciones con el Gobernador Civil de Vizcaya.

Esta Sala no tiene duda alguna de que la verdad de lo ocurrido se corresponde con las últimas declaraciones de Ramón , Jesús Manuel , Blas y Iván . Y tal seguridad se apoya en las circunstancias siguientes:

A) Sabido es cómo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta propia Sala dan una gran importancia, a la hora de valorar las declaraciones de unos coimputados cuando con ellas se implica a otras personas, a las motivaciones espurias que pudieran viciarlas.

Pues bien, en este caso no hay ningún dato o circunstancia que pudiera hacernos pensar que las declaraciones hechas por Ramón , Jesús Manuel , Blas y Iván , por las que implicaban en los hechos aquí examinados a David y Evaristo , estuvieran movidas por enemistad, venganza, odio, deseo de propia exculpación o de obtener alguna ventaja procesal para ellos, porque lo primero que hicieron fue admitir su propia actuación en lo ocurrido con toda clase de detalles, si bien a última hora, en el acto del juicio, trataron de ocultar su



participación en el comunicado dado a la Cruz Roja de San Sebastián al que luego nos referiremos, ocultación que habría de favorecer no sólo a ellos sino también a dichos Luis Enrique y Evaristo . Por el contrario, todos han hablado de sus buenas relaciones y del buen trato que ha existido siempre entre ellos, del cual son expresión las frecuentes visitas que, a algunos de los ahora coacusados, les hizo Luis Enrique cuando se encontraban en prisión a fin de darles ánimos para que continuaran en esa inicial postura de su negativa a haber participado en el secuestro.

B) Dos meses antes de los hechos aquí enjuiciados, en octubre del mismo año de 1.983 (hecho probado tercero), se produjo una intervención en el Sur de Francia, el frustrado intento de secuestro de Juan Carlos , también preparado y realizado por la Policía de Bilbao con aprobación de Luis Enrique y Evaristo e información a éstos de sus incidencias por parte de Ramón , lo que tales máximos dirigentes del Ministerio del Interior reconocieron, llegando incluso a aceptar la responsabilidad por estos hechos el propio Luis Enrique ante el Parlamento y en una rueda de prensa. Había quedado probada de modo claro la implicación de la policía española, pues cuatro de sus miembros habían sido detenidos al intentar el secuestro. Evidentemente era necesario ayudar a éstos para su liberación por medio de las correspondientes gestiones ante las Autoridades francesas, y ello exigía que previamente algún miembro del Gobierno reconociera lo sucedido. No ocurrió lo mismo en el caso presente, porque en éste se adoptó la precaución de no utilizar a ningún funcionario español para la material ejecución del secuestro en Francia, valiéndose de mercenarios de esta nacionalidad.

C) Hay una prueba documental que sirve para robustecer la convicción obtenida por esta Sala respecto del conocimiento y aprobación del secuestro de autos por parte de Autoridades que se hallaban por encima de quienes aquella noche del 4 al 5 de diciembre de 1983 se encontraban reunidos en el despacho del Jefe Superior de Policía de Bilbao: los tan debatidos documentos del Centro Superior de Información del Ministerio de Defensa (CESID), tres de los cuales, ya desclasificados y en el trámite de juicio oral han sido enviados a esta Sala por tal organismo dependiente del Ministerio de defensa, a petición de la representación de D. Luis Antonio , debidamente adverados por el Secretario General de dicho Organismo, por lo que no puede caber duda alguna acerca de su autenticidad, los cuales nos hablan de las diversas posibilidades de intervención española en el Sur de Francia, incluso señalando como más aconsejable el procedimiento consistente en la desaparición por secuestro (nota de despacho de 6 de julio de 1983), dando como seguro que tales intervenciones estaban previstas para fechas inmediatas, así como que la selección de objetivos era inmediata (nota de despacho de 28 de septiembre de 1983), fijando como objetivo concreto, entre otras personas, la de Juan Luis , en una nota de trámite interno hecha unos días antes (16 de noviembre) de la operación de secuestro que iba dirigida contra Juan Luis y que realmente lo fue contra Luis Antonio .

D) Es concebible que este tipo de operaciones las pudieran hacer sin el control de sus superiores jerárquicos unos determinados policías o particulares, pero no lo es cuando quienes planean y organizan son personas que ejercen altos cargos provinciales, máxime cuando lo son de distinta condición, la mayor autoridad del ejecutivo en la provincia (el Gobernador Civil), el más significado representante del Partido gobernante (el Secretario General en Vizcaya) y los policías de mayor rango (el Jefe Superior y el Jefe de la Brigada antiterrorista). No nos parece creíble que tales altas jerarquías en Vizcaya pudieran actuar sin el conocimiento y aprobación de los máximos responsables del Ministerio del Interior ahora acusados.

E) Hay otro dato que, aunque de menor importancia, asimismo consideramos corroborador de la mencionada prueba directa (las tan repetidas declaraciones de Ramón , Jesús Manuel , Blas y Iván): el que desde el Ministerio del Interior no se hubiera promovido ninguna investigación seria sobre la posible estancia en España de D. Luis Antonio tras su secuestro en Francia, cuando había indicios importantes, de todos conocidos, como era la detención en la frontera franco-española del coche en el que habían huido los secuestradores tras apoderarse del secuestrado en su domicilio, coche en el que, además, se hallaron papeles que tenían relación con el territorio español y en el que ya sólo iba Carlos María . Efectivamente el delito se había cometido en Francia, pero era probable que la persona secuestrada se hallara en territorio español, lo que obligaba a investigar aquí dando las órdenes oportunas, por parte de quien correspondiera, a los diferentes cuerpos policiales, órdenes que no se dieron, según reiteradas manifestaciones de los propios Luis Enrique y Evaristo .

F) Para realizar la operación de secuestro de Juan Luis , que iba a hacerse por medio de mercenarios y que habían organizado el Gobernador Civil y otras Autoridades de Vizcaya, era necesario obtener unas cantidades importantes de dinero, que sólo podían aportarse desde el Ministerio del Interior con cargo a los llamados fondos reservados.

G) No parece lógico organizar aisladamente desde Bilbao, sin autorización de los máximos responsables del Ministerio del Interior, una operación de tanta importancia como el secuestro de una persona en territorio extranjero que podía originar problemas diplomáticos de relevancia, máxime cuando hubo de desarrollarse aquélla en diferentes provincias (Vizcaya, Guipúzcoa, Navarra y Cantabria).



H) Otro dato corroborador es el hecho de que el propio Evaristo en el acto del juicio oral haya reconocido que llamó por teléfono a Ramón esa noche del 4 de diciembre para dar a éste la noticia del secuestro de Luis Antonio. Allí se encontraban presentes Iván que cogió el teléfono y Blas en cuyo despacho se hallaban (Jesús Manuel aún no había sido llamado). ¿Qué hacía en tal despacho a donde había llamado Evaristo, el Gobernador Civil en la referida noche del día 4 de diciembre, si no actuaba movido por algún asunto importante del que necesariamente tuvieron que hablar ambos interlocutores? Estaban allí en seguimiento del secuestro de Juan Luis y más concretamente de su recepción en territorio español para su traslado a la montaña cántabra. Es lógico pensar que, de tal conversación entre personas implicadas en una misma tarea de lucha antiterrorista, el inferior (Gobernador Civil) que necesariamente tenía que ser fiel a sus superiores (uno de ellos era, sin duda, el Director de la Seguridad del Estado) y que de hecho lo había sido y continuó siéndolo - no olvidemos que dos meses después era nombrado precisamente para este cargo pasando Evaristo a Subsecretario del Ministerio-, no podía ocultar a éste el verdadero motivo de su estancia allí a tales horas de la noche, sobre las 9,30 ó las 10, motivo que, como se ha dicho, no era otro que el mencionado seguimiento del secuestro de Lujua, entre todos acordado, que se convirtió por la errónea acción de los mercenarios, en el de Luis Antonio.

En conclusión, respecto de esta primera cuestión, estimamos que hay prueba directa, consistente en las declaraciones de los coimputados Ramón, Jesús Manuel, Blas y Iván, robustecidas por el resultado de los careos que los dos primeros mantuvieron con Luis Enrique ante este Tribunal, todo ello realizado con las solemnidades y garantías propias del acto del juicio oral, a lo cual esta Sala concede su crédito por las circunstancias y datos que han sido explicados anteriormente, frente a las declaraciones autoexculpatorias de los entonces dos máximos responsables del Ministerio del Interior.

2ª) La otra cuestión de hecho que ha sido especialmente debatida en el acto del juicio oral ha sido la relativa al comunicado que por teléfono se dio a la Cruz Roja de San Sebastián en la tarde del día 6 de diciembre de 1.983 y que sometía la liberación del secuestrado Luis Antonio a la condición de que en el plazo de 48 horas fueran puestos en libertad los cuatro policías españoles que permanecían presos en Francia desde el día 18 de octubre del mismo año por el proceso penal que se seguía contra ellos por los hechos ocurridos en esta última fecha, cuando intentaron detener a Juan Carlos para trasladarlo a España e interrogarlo sobre el paradero del secuestrado por ETA, Capitán de Farmacia Lucio, cuyo cadáver apareció al día siguiente.

Ramón, Jesús Manuel, Blas, Iván y Jose Francisco siempre reconocieron que tal comunicado existió, como no podía ser de otro modo porque fue públicamente conocido al ser objeto de una amplia difusión en diversos medios de comunicación, particularmente en la prensa francesa y española.

Pero en el juicio oral, salvo Jose Francisco, que dijo que el comunicado lo dio Blas por instrucciones de Ramón y Evaristo, los demás antes referidos afirmaron, de modo tajante, que ninguno de los que habían participado en la detención de Luis Antonio había tenido nada que ver con el referido mensaje, poniendo especial énfasis en que ni ellos ni sus superiores ni subordinados habían tenido participación alguna en el mismo, queriendo hacer ver que quien lo hubiera puesto habría sido un loco o un irresponsable porque perjudicaba esa misma libertad que se exigía (la de los cuatro policías españoles), ya que las gestiones practicadas al efecto iban por buen camino.

Llama la atención tal énfasis en dichas manifestaciones por su contradicción con el hecho de que nada hubieran dicho sobre este extremo en sus anteriores declaraciones, tan repetidas a lo largo de la tramitación sumarial.

Conviene resaltar aquí que Ramón en su declaración sumarial del folio 4779 (al final), leída en el acto del juicio por lo dispuesto en el art. 714 LECr, habida cuenta de la contradicción existente, prestada ante el Juzgado Central de Instrucción nº 5 con fecha 18 de julio de 1.995, dijo literalmente así: <<También quiere reseñar que se dieron algunos otros comunicados como por ejemplo el que expresaba "si en el plazo de 48 horas no liberan a los cuatro policías españoles, ejecutarán a Luis Antonio, de 51 años, de Irún". Evidentemente no se tenía intención de cumplir esta amenaza, sino de influir en las autoridades francesas>>.

Ante tal lectura, D. Ramón dio unas largas explicaciones que ahora no hay que reproducir. De modo patente carecen de capacidad de convicción ante la claridad del texto de lo declarado a tal folio 4779.

Aunque pudiera ser fruto de la casualidad, es lo cierto que unas horas antes de cumplirse el referido plazo de las 48 horas, en la mañana del día 8 de diciembre, esos cuatro policías españoles fueron puestos en libertad.

Es fácil pensar, y esta Sala entiende que así ocurrió, que habían tenido respuesta positiva las gestiones de todo tipo, en el plano político y diplomático e incluso personales entre el Presidente del Gobierno Español y el de la República Francesa, que se hicieron para lograr la libertad de quienes estaban presos por haber tratado de hacer algo que quizá hubiera podido salvar la vida del secuestrado Lucio. Probablemente ya estuviera próximo



ese día de tal libertad. Pero también es conocida la resistencia de Francia en aquellas fechas a colaborar con España mediante cualquier acto que pudiera perjudicar a las organizaciones etarras que por entonces tenían especial cuidado de no hacer nada en territorio francés que pudiera crear problemas a la Policía de este país. Casi dos meses llevaban presos los funcionarios españoles por un hecho en el que muchas fechas atrás el Ministerio Fiscal francés había pedido su liberación, pero, al parecer, había obstáculos derivados de no tener un domicilio en Francia que pudiera garantizar la asistencia al juicio que habría de celebrarse. Es decir, la libertad estaba prometida y podía ser inmediata, pero es lo cierto que no llegaba, por lo que se aprovechó el secuestro de Luis Antonio para poner el mencionado comunicado que, según las apariencias, fue singularmente eficaz: fue un modo dar un contenido beneficioso, desde el punto de vista de los organizadores del secuestro, a una operación que había fracasado.

Además, del texto del último comunicado que se dejó en un bolsillo de la vestimenta que llevaba Luis Antonio cuando fue liberado, en el que se habla del "gesto del Gobierno francés" como razón de ser de la liberación de Luis Antonio (apartado 3), comunicado cuya existencia, autenticidad y autoría nadie ha puesto en duda, se deduce que los secuestradores realmente aprovecharon la ocasión del secuestro para que de una vez fueran puestos en libertad dichos cuatro policías españoles: los propios secuestradores consideran que su exigencia de puesta en libertad de los cuatro policías ha sido cumplida por Francia ("gesto del Gobierno francés") y responden con la liberación de Luis Antonio "en señal de buena voluntad", todo tal y como se expresaba en el comunicado referido de la tarde del 6 de diciembre.

Estimamos que la contundente negativa, expresada por vez primera en el acto del juicio, relativa a la autoría del comunicado dado a la Cruz Roja de San Sebastián, a la que nos venimos refiriendo, ha sido fruto de un acuerdo de todos para que la falta de prueba de tal circunstancia pudiera llevar consigo una figura de delito más leve que pudiera haber prescrito.

En resumen, entendemos que ha quedado suficientemente justificada la afirmación, como hecho probado, de que fue alguno o algunos de los organizadores del hecho que nos ocupa, con el conocimiento de los demás, es decir, Luis Enrique, Evaristo, Ramón, Jesús Manuel, Blas y Iván, quienes acordaron la realización del comunicado mencionado dado a través de Cruz Roja, siendo irrelevante la prueba del dato preciso de la identidad de quien fuera el impulsor de la idea y de quien materialmente hiciera la llamada telefónica para su transmisión.

Lo que importa es que el comunicado existió imponiendo una condición para la liberación del secuestrado D. Luis Antonio y que tal comunicado partió del grupo de los organizadores del secuestro, secuestro que continuó en el tiempo las 48 horas dadas para el cumplimiento de lo exigido y aún cinco días más.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) Cuestiones procesales

PRIMERO.- Hemos de referirnos con carácter previo a determinados temas procesales, concretamente a los referidos a las peticiones de nulidad de actuaciones hechas por las defensas de Evaristo, Luis Enrique y Juan Pablo, relacionadas con la actuación en este proceso del Magistrado Titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5, así como explicar el acuerdo de expulsión del procedimiento de determinada prueba que se adoptó en el desarrollo del juicio oral y la denegación de otra propuesta por la defensa de Vera. Asimismo hay que contestar a un escrito presentado al finalizar el juicio oral por la representación de D. Luis Antonio, y hemos de hacer alguna consideración específica sobre la declaración de Iván en relación con la implicación en los hechos del Sr. Luis Enrique.

SEGUNDO.- En todo el trámite del sumario hubo una denuncia constante por parte de la representación de D. Evaristo relativa a la existencia de numerosas deficiencias procesales durante la parte de dicho trámite que tuvo lugar en el Juzgado Central de Instrucción nº 5 del que por entonces era titular el Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón Real, deficiencias que, se dice, habrían de producir nulidad de actuaciones, las cuales tras varias incidencias procesales que ahora no es necesario precisar, se plantearon como artículos de previo pronunciamiento, acordándose, por auto de 19 de febrero de 1.998, dejar su tratamiento para el acto del juicio oral, porque la complejidad de los hechos denunciados excedía de lo que podía ser objeto de tales artículos previos, como lo revelaba el hecho de que se pretendiera la práctica de unas pruebas testificales y la declaración del propio recusante que no cabían dentro de las normas reguladoras del procedimiento a seguir para la resolución de esas cuestiones preliminares (art. 666 y ss. LECr).

Del contenido de los escritos por los que las representaciones de Vera y Luis Enrique plantearon los artículos de previo pronunciamiento relativos a las mencionadas nulidades de actuaciones, que se dieron por reproducidos en las respectivas calificaciones provisionales, y de las alegaciones expuestas por tales partes



y por la defensa de Juan Pablo en el acto del juicio oral, entendemos que las peticiones sobre nulidad de actuaciones que ahora tenemos que resolver son las siguientes:

1ª. Las relativas a la recusación que contra el referido Magistrado formuló la defensa de D. Evaristo y que fue desestimada, así como la denuncia que se hace sobre violación del derecho a la prueba del art. 24.2 de la CE en el trámite de dicha recusación.

2ª. La fundada en la ilegalidad de la reserva de plaza que se hizo a favor de tal Magistrado cuando concurrió a las Elecciones Generales y adquirió la condición de Diputado del Congreso.

3ª. La que hace referencia a la nueva causa de recusación, 12ª del art. 219 de la LOPJ, introducida por LO 5/97.

4ª. La que se basa en la indebida retención de la causa penal en el citado Juzgado Central de Instrucción nº 5, a partir de unas declaraciones de 16-12-94, que ya implicaban al Excmo. Sr. D. Luis Enrique , a la sazón Diputado del Congreso y, por tanto, con fuero para ser enjuiciado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

5ª. La que se funda en las coacciones y amenazas que se imputan a dicho Magistrado para que Jose Francisco y Juan Pablo implicaran a Evaristo y otros más de los ahora acusados en el presente proceso.

6ª. La basada en que la situación de prisión coaccionó la libertad de varios de los coacusados para prestar declaración.

En los siguientes fundamentos de derecho razonamos separadamente la desestimación de las referidas peticiones de nulidad de actuaciones.

TERCERO.- La primera de ellas se refiere a la recusación que Vera planteó contra el Magistrado Garzón, que fue resuelta, tras varias incidencias que aquí no es necesario concretar, por un auto de 14 de febrero de 1.995.

Para resolver sobre tal petición, hemos de separar dos cuestiones diferentes, una de orden procesal, la violación del derecho a la prueba del art. 24.2 CE en relación con la solicitada para el incidente de recusación y denegada en el mencionado auto que puso fin al citado incidente, y otra sobre el fondo de esta última resolución.

1º) En el referido escrito de recusación se propusieron como pruebas varias documentales, la confesión del recusante y las declaraciones de diez testigos, proposición que en lo sustancial se repitió al plantear el tema de la nulidad de actuaciones como artículo de previo pronunciamiento y luego en el escrito de calificación provisional, siendo admitidas y practicadas en el trámite del juicio oral.

El mencionado auto de 14 de febrero de 1.995 en su Fundamento Jurídico 6º razona sobre el rechazo de tales pruebas en términos que esta Sala no comparte, porque había cuestiones para cuya aclaración era pertinente realizar las pruebas propuestas, particularmente las referidas a los hechos que podían servir de fundamento a la enemistad manifiesta alegada como una de las causas de recusación.

Pero entendemos que con la práctica en el juicio oral de las mencionadas pruebas inicialmente denegadas ha quedado subsanada la omisión de las mismas en el incidente de recusación. El no haberse admitido en aquel momento no ha producido perjuicio alguno a la parte, porque, en definitiva, su práctica no habría acreditado los hechos en que pretendía fundarse la enemistad manifiesta ni las otras causas de recusación, como ha quedado demostrado con el resultado de la que aquí se ha celebrado en el acto solemne del juicio oral que esta Sala ha presenciado.

Por otro lado, el solicitante de la nulidad pretende que se produjo indefensión porque al denegar la mencionada prueba en el mismo auto que puso fin a tal incidente, expresamente excluido de todo recurso por lo dispuesto en el art. 228 LOPJ, se le impidió recurrir respecto de la resolución independiente que sobre tal denegación de prueba tendría que haberse dictado antes del informe del Ministerio Fiscal previo al referido auto final.

Estimamos que no es así: si no había posibilidad de recurrir respecto del auto que resuelve en definitiva el incidente de recusación, hay que considerar que, menos aún, habría de haber recurso contra las resoluciones interlocutorias dictadas en su tramitación. Tal art. 228, después de prohibir el recurso en esta materia, añade, "sin perjuicio de que se pueda hacer valer, al recurrir contra la resolución que decida el pleito o causa, la posible nulidad de ésta", lo que ha de entenderse en el sentido de que esa petición de nulidad se puede fundar, no sólo en lo resuelto en el auto final, sino también en aquello que hubiera podido acordarse durante el trámite anterior. Es decir, lo dispuesto en el art. 228 vale para la resolución final de la recusación y también para el auto que, en su caso, hubiera denegado la prueba solicitada por el recusante. En el supuesto presente, al conocer del juicio oral la Sala de lo Penal del T.S., no será posible utilizar ese camino de impugnación previsto en tal art. 228; pero ello se ha sustituido por este peculiar trámite de nulidad de actuaciones promovido por la propia parte recusante.



En definitiva, la referida omisión de pruebas ha sido subsanada y no ha producido indefensión alguna.

2º) En cuanto al fondo de estas cuestiones relativas a la petición de nulidad por lo resuelto sobre la recusación tan repetida, estimamos que, salvo lo referente a la denegación de prueba antes examinado, son correctos los razonamientos jurídicos en que se funda el mencionado auto de 14 de febrero de 1.995 que rechazó las tres causas de la recusación formuladas por D. Evaristo , como también lo son los expresados en los informes que preceptivamente hubieron de emitir el Magistrado recusado y el Ministerio Fiscal. A su contenido nos remitimos con las siguientes precisiones:

1ª. Respecto de la causa 4ª del art. 219 LOPJ , estar o haber sido denunciado o acusado (el Juez o Magistrado) por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta, hemos de hacer especial hincapié en la sentencia de esta Sala, de 25 de enero de 1.958, referida al paralelo precepto de nuestra LECr (art. 54-3º), la cual, por un lado, limita la eficacia en la recusación de las denuncias o acusaciones a aquellas que se produjeran con anterioridad a la iniciación de la causa en la que esa recusación se formula, porque de no estimarse así la celebración de los juicios orales y la composición del Tribunal (en este caso la persona del Juez de Instrucción) quedaría a merced de la voluntad de los procesados quienes podrían en cualquier momento presentar una denuncia aun infundada, "lo que llevaría consigo el natural quebranto de la Administración de Justicia y la ofensa para los funcionarios que la dispensan". En el supuesto actual, cuando se presenta la denuncia en el Puesto de la Guardia Civil de Torrelodones, no sólo había empezado a tramitarse este procedimiento (comenzó en 1.988) sino que ya se había dirigido concretamente contra D. Alonso por unos hechos relativos al mal uso de los fondos reservados, cuya disponibilidad en el Ministerio del Interior (del que era funcionario dicho D. Alonso) tenía el Sr. Evaristo .

Las otras acusaciones en que la parte pretende fundar esta causa de recusación son posteriores a la mencionada denuncia.

Por otro lado, añade la referida sentencia de 25-1-58, "para que tenga viabilidad esta causa de recusación es indispensable que los hechos que se imputan al recusado revistan caracteres de delito o falta, que la denuncia ofrezca garantías de veracidad y hubiera sido admitida dando lugar al correspondiente procedimiento judicial". En el caso presente ni la denuncia hecha en Torrelodones, ni la querrela de antejuicio presentada ante este T.S. ni otra querrela presentada con posterioridad, ni tampoco el escrito remitido al Fiscal General del Estado, ocasionaron ninguna resolución judicial que ordenara poner a trámite el correspondiente proceso. Todo fue archivado sin tramitación alguna.

2ª. Con relación a la pretendida enemistad manifiesta, han declarado en el juicio oral el propio Evaristo y varios testigos todos ellos relacionados con el Ministerio del Interior.

Tendrían que haberse probado hechos concretos de los cuales nosotros pudiéramos deducir la referida enemistad. No basta con afirmar tal enemistad por una de las partes, cuando, como aquí ocurrió, la otra lo niega (en su informe en el incidente de recusación). Lo único concreto que aparece acreditado es que D. Baltasar Garzón fue Delegado del Gobierno en el Plan Nacional sobre Drogas con categoría de Secretario de Estado, primero en el Ministerio de Asuntos Sociales y luego en el Ministerio del Interior. Afirman Evaristo y algunos de sus testigos que Baltasar Garzón quería integrarse en el Ministerio del Interior para tener mando en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en materia relacionada con el tráfico de drogas y que el entonces Secretario de Estado-Director de la Seguridad del Estado (Vera) se oponía a ello por entender que el mando sobre tales fuerzas tenía que ser único. Sin embargo, nadie ha sido capaz de afirmar la existencia de algún incidente concreto (enfrentamiento, discusiones de algún tipo, actos positivos de distanciamiento o desprecio). Sólo nos hablan los testigos de rumores y creencias sobre las malas relaciones de ambos, que coincidieron en el mismo Ministerio algo menos de un mes, pretendiendo hacernos ver que tales malas relaciones eran un hecho público y notorio.

Se quiere poner de manifiesto que hubo una salida de la Política por parte de Garzón con sentimientos de venganza, odio u otro similar contra Evaristo , que luego aquél utilizó contra éste buscando pruebas que lo implicaran en algún hecho delictivo cuando regresó al Juzgado Central de Instrucción nº 5, olvidando, por un lado, que nos es imposible conocer cuál fuera la verdadera intención del instructor y, por otro lado, que precisamente es deber de éste buscar tales pruebas.

En todo caso, es claro que el que pudiera haber existido alguna divergencia entre los dos Secretarios de Estado del Ministerio del Interior acerca de cuestiones puramente profesionales, sin que conste que hubiera tenido trascendencia alguna respecto de relaciones en el orden personal, sería un hecho que nunca podría calificarse como "enemistad manifiesta", que es lo que el nº 8º del art. 219 LOPJ considera como causa de abstención y de recusación.



3º. Con referencia a la tercera causa de recusación, interés directo o indirecto en la causa, nos remitimos a lo que luego diremos en el Fundamento de Derecho 5º, pues se pretende fundar en la relación que Garzón tuvo con el objeto del proceso al haber estado destinado como alto cargo en el Ministerio del Interior, lo que, se dice, le permitió conocer el uso que en tal Departamento se hacía de los fondos reservados, todo ello en relación con la nueva causa de recusación 219-12ª introducida por L.O. 5/97 .

CUARTO.- La defensa de D. Evaristo denuncia violación del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley del art. 24.2 de la CE , por entender que el Magistrado Garzón, que estuvo un periodo de tiempo en excedencia voluntaria, perdió la reserva de plaza propia de la situación de servicios especiales, añadiendo que la posibilidad de volver cuando quisiera al destino que tenía reservado es contraria al mencionado derecho fundamental de orden procesal antes referido.

No tiene razón el solicitante. Basta leer el art. 7.4 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para percatarnos de que ninguna irregularidad existió en la reserva de plaza que le permitió al citado Magistrado volver al destino que ocupaba antes de su paso por la actividad política. En la parte que nos interesa dice literalmente así: "Los Magistrados, Jueces, Fiscales, miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en activo, tendrán derecho, en todo caso, a reserva de puesto, plaza o destino, en las condiciones que determinen las normas específicas de aplicación". Estas normas específicas de aplicación son, en este caso, las de la LOPJ, concretamente sus arts. 348 y ss. según la redacción vigente en aquella época, de los cuales el 352, apartado d), preveía como uno de los supuestos de la situación que la propia Ley llama de "servicios especiales", el caso del Juez o Magistrado que accediera a la condición de Diputado, que fue lo ocurrido con D. Baltasar Garzón, que salió elegido miembro del Congreso en las listas del PSOE por la circunscripción de Madrid. Luego el art. 353 concreta el contenido de tal situación de "servicios especiales", que abarca, entre otros, el "derecho a la reserva de plaza y localidad de destino que ocupasen".

Garzón pasó a la Política y a su regreso a la Carrera Judicial ocupó la plaza que, conforme a tales normas, tenía reservada: el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, por lo que estimamos que la correspondiente disposición administrativa acordándolo así, dictada por el Consejo General del Poder Judicial, fue conforme a la legalidad vigente en esas fechas.

Además, hemos de tener en cuenta que esa disposición administrativa del CGPJ adquirió firmeza al no haber sido recurrida en su momento. Pudo plantearse recurso y no se planteó, primero en vía administrativa y luego en trámite contencioso ante el Tribunal Supremo (arts. 142 y 143 LOPJ).

Por tanto, este Magistrado, al haberse hecho cargo de su destino conforme a las normas legales establecidas, era el Juez ordinario predeterminado por la Ley para todos los asuntos de la competencia del Juzgado de que era titular, también para instruir la causa presente.

QUINTO.- Asimismo la representación de Vera nos dice que la LO 5/1.997, de 4 de diciembre (que modificó varios extremos de la LOPJ , entre otros el relativo a la situación de los Jueces y Magistrados que pasaran a desempeñar algún cargo político o de confianza, reduciendo sustancialmente los cargos públicos cuyo desempeño comporta la situación de servicios especiales y estableciendo un plazo de tres años de excedencia forzosa antes de reincorporarse a la carrera judicial) añadió una nueva causa de recusación, la 12ª del art. 219, que dice así: "Haber ocupado el Juez o Magistrado cargo público con ocasión del cual haya podido formar criterio, en detrimento de la debida imparcialidad, sobre el objeto del pleito o causa, sobre las partes, sus representantes y asesores". Esta modificación, se dice, obedece al criterio del Juez imparcial (art. 24.2 de directa aplicación), y lo acontecido en el caso del regreso del mencionado Magistrado a la titularidad del Juzgado Central de Instrucción nº 5 es precisamente lo que tal causa 12ª del art. 219 prevé. Con tal razonamiento se pretende haber acreditado lo que esta parte viene diciendo reiteradamente: que dicho Magistrado, al instruir la presente causa, carecía de imparcialidad.

Entendemos que esta argumentación no obedece a la realidad de lo ocurrido, aunque pudiera ser que la actividad del referido Magistrado en esta causa y en otras también relativas al llamado grupo GAL fuera políticamente la razón de ser de esa parte de las modificaciones que tal LO 5/1.997 introdujo en la LOPJ en las materias antes expuestas. Y ello es así sencillamente porque las funciones que desempeñó en el cargo político para el que Baltasar Garzón fue nombrado, Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre la Droga, con rango de Secretario de Estado, ejercido primero en el Ministerio de Asuntos Sociales y luego en el de Interior, nada tiene que ver ni con los fondos reservados ni con la lucha antiterrorista ni con las personas que se dedicaban a esta última actividad, que es el objeto de la presente causa penal.

El que dicho Magistrado, si ahora acudiera a las Elecciones Generales y obtuviera el cargo de Diputado, ya no pudiera obtener la reserva de su destino como Magistrado, porque no podría pasar a la situación de servicios especiales como consecuencia de la referida modificación legal hecha por tal LO 5/1.997, no quiere decir que



también se le hubiera de aplicar esa nueva causa de abstención y recusación, la 12ª del art. 219, creada por la misma Ley .

En todo caso, estas modificaciones orgánicas y procesales carecen de efecto retroactivo y sólo pueden aplicarse a los supuestos de hecho ocurridos después de su entrada en vigor.

SEXTO.- Otro de los motivos por los que Vera pide nulidad de actuaciones (y en este punto coincide con Luis Enrique) radica en la, a su juicio, retención indebida de la causa por el Juez Garzón una vez que ya existían datos que implicaban a Luis Enrique , Diputado del Congreso y por ende aforado ante esta Sala de lo Penal del T.S., concretamente desde la declaración de Jose Francisco , hecha el 16 de diciembre de 1.994. A juicio de estos acusados la Exposición Razonada en que dicho Juez argumentaba sobre la competencia de tal Sala del T.S., que remitió en julio de 1.995, tenía que haber sido enviada a raíz de esa declaración, es decir, siete meses antes.

La cuestión aparece bien razonada en un auto del referido Magistrado instructor, fechado en 16 de enero de 1.995 (folios 1.688 y ss.), en el que nos dice que consideró sin consistencia las referencias que a Luis Enrique y Jorge hacía Jose Francisco en la mencionada declaración y que tuvo que esperar a que en realidad hubiera algo de mayor entidad para que, de modo verosímil, pudiera fundarse la posible competencia del T.S., lo que ocurrió meses después cuando otras declaraciones de varios coimputados permitieron afirmar la realidad de unos datos de los que razonablemente pudiera deducirse una participación del referido Luis Enrique y otros aforados, que son las que se prestaron a partir del día 15 de julio de 1.995.

Cierto es, como dicen las defensas de Evaristo y Luis Enrique , que en tal declaración de Jose Francisco hubo una referencia a la participación de este último en el secuestro de Luis Antonio cuando, como expresa el propio escrito de la defensa de Evaristo con todo detalle (página 62 y 63), dicho funcionario policial afirma que " Ramón le dice que lo ha decidido Jesús Manuel y que está de acuerdo el Ministro del Interior con el objeto de explotar el secuestro políticamente y hacer presión al Estado francés", extremos que luego Jose Francisco repite y Ramón niega en la diligencia de careo entre ambos celebrada tres días después.

Consideramos razonable la postura adoptada por el Magistrado Juez Instructor a este respecto: ciertamente esa declaración referencial que Jose Francisco hace, desmentida por la persona a la que esa referencia se refiere, no podía servir para que esta Sala de lo Penal admitiese su competencia. Sólo cuando otras declaraciones corroboraron la primera de Jose Francisco , las hechas en julio de 1.995, podemos afirmar que hubo sospechas fundadas que permitieron a este Tribunal reclamar el conocimiento de la presente causa penal.

Como un argumento más en favor de su tesis, la representación de Luis Enrique alega que, pese a considerar Garzón insuficientes las manifestaciones de Amedo en las que se implicaba al ex-Ministro Luis Enrique , dicho Magistrado envió una Comisión Rogatoria a Suiza por la que solicitaba determinadas informaciones y medidas de carácter patrimonial relativas a varias personas, entre ellas la del Sr. Luis Enrique , si bien luego rectificó excluyendo a éste último. Ciertamente es lo afirmado por tal representación procesal, pero también lo es que esta circunstancia, reconocida y rectificada por la propia autoridad judicial española, no tuvo eficacia alguna en el presente proceso.

En todo caso, nunca nos encontraríamos ante un caso de "manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional" que es la que, conforme al nº 1º del art. 238 de la LOPJ , podría llevar consigo la nulidad de los actos judiciales.

SEPTIMO.- Otra de las razones en que se funda la representación de D. Evaristo para solicitar la nulidad de actuaciones se encuentra en la pretendida vulneración del derecho a la libertad personal, a obtener la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales, a un proceso con todas las garantías, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia, de los arts. 17.1 y 24 de la CE en relación con el 11.1 y 238.3 de la LOPJ .

Se alega tal vulneración de derechos fundamentales con base en las manifestaciones realizadas por el Sr. Jose Francisco en un manuscrito que publicó, por partes, el periódico "Diario 16" entre los días 8 al 12 de enero de 1.997, así como en las declaraciones que hizo en el acto del juicio oral el Sr. Juan Pablo .

En prueba pericial caligráfica practicada en la sesión del juicio oral del día 6 de julio, quedó acreditado que tal manuscrito fue hecho por la mano de D. Jose Francisco .

Tal y como razonamos a continuación, esta Sala entiende que no hay prueba de lo que en definitiva aquí pretende dicha representación procesal, que es la existencia de amenazas y coacciones del Sr. Garzón contra Jose Francisco y Juan Pablo para que se decidieran a declarar, concretadas en que, si lo hacían en los términos



requeridos por el Magistrado, no procesaría ni ingresaría en prisión ni a ellos mismos ni a sus esposas, afirma el Letrado de D. Evaristo .

En primer lugar, hemos de decir que tanto ese manuscrito largo, que tiene una extensión de 18 páginas (la fotocopia se encontraba desde los folios 6636 al 6653, mientras que el original se encuentra unido al rollo de esta Sala), como el otro más corto (3 páginas), también adverbado por los peritos en la misma sesión del juicio oral, forman parte de unas memorias (el primero -folio 6649-) o de un diario (el segundo, su forma de redacción claramente lo indica). Es decir, son unas anotaciones para poder recordar lo que algún día Jose Francisco quiere publicar como tales memorias. No ofrecen ninguna garantía de la veracidad de su contenido. Son unas reflexiones personales hechas por escrito que Jose Francisco no sabe cómo llegaron a manos del periodista que se encargó de su publicación: así lo dijo este acusado al final del juicio oral cuando se le concedió la palabra para alegar lo que estimara oportuno.

Además, esas manifestaciones manuscritas, en la parte que hablan de las amenazas o coacciones del Sr. Garzón, no se refieren a hechos percibidos por él y que él narra, sino a lo que sobre este extremo dice que le ha contado su compañero Juan Pablo .

También hemos de poner aquí de relieve que en la declaración de Juan Pablo a las preguntas de la defensa de Evaristo , en el acto del juicio oral, tales preguntas están tomadas de lo que en los referidos manuscritos se dice. Juan Pablo , al declarar viene a afirmar lo que en dicho manuscrito largo Jose Francisco pone en su boca, pero ello lo hace en abierta contradicción con sus anteriores manifestaciones sumariales, todas prestadas ante un Abogado y el Ministerio Fiscal y la hecha ante el Magistrado designado por esta Sala también ante los Abogados defensores de las demás partes. En la de 16-12-94, la primera de aquéllas en que rectifica su anterior postura negativa, comienza precisamente con una especie de declaración solemne de su libertad, explicando por qué ha decidido contar la verdad de lo ocurrido y que "si no lo ha hecho anteriormente, al margen de que se ha visto sometido directa e indirectamente a múltiples presiones que en su momento detallará, ha sido porque consideraba, acertada o equivocadamente, favorecía la estructura del Estado".

Además, a propósito de las declaraciones de Juan Pablo , hay que decir que, respecto de los hechos de autos, el secuestro de Luis Antonio , tuvieron una importancia de escasa consideración en correspondencia con su corta intervención en estos hechos, limitada a la tarde del día 13-12-83 y a las primeras horas del día siguiente 14 en que quedó liberado el secuestrado. Sólo implica en sus declaraciones a quienes en definitiva han acabado confesando su propia participación que son las personas con quienes conectó en ese día último de la liberación del Sr. Luis Antonio . Nada dijo, ni podía decirlo, que pudiera implicar en los hechos a los únicos acusados que niegan su intervención, los Sres. Luis Enrique y Evaristo , porque con éstos ningún contacto tuvo ni tampoco referencias de quienes pudieran haberlo tenido.

Es decir, que en la hipótesis de que esas coacciones o amenazas contra la persona de Juan Pablo , hechas por el Magistrado Garzón, hubieran en realidad existido, en nada podrían afectar a la prueba existente contra Evaristo o Luis Enrique , simplemente porque contra ninguno de estos dos en ningún momento dicho Sr. Juan Pablo nada manifestó.

En cuanto a Jose Francisco , en tales manuscritos, que repudió en el acto del juicio, aparte de lo que dice por referencias de las amenazas o coacciones hechas contra Juan Pablo , no añade nada respecto de que contra él mismo pudiera haber observado Garzón una conducta semejante, mientras que en sus declaraciones judiciales nada afirma sobre tales coacciones.

En resumen, no consideramos probadas las pretendidas amenazas o coacciones que se dicen hechas por el Ilmo. Sr. Baltasar Garzón Real contra los Sres. Juan Pablo o Jose Francisco .

Por último, hemos de referirnos a la tan debatida entrevista del Magistrado Garzón y del Sr. Juan Pablo el día 21 de abril de 1.993, fechas antes de que dicho Magistrado pasara a servicios especiales con reserva de plaza por su incorporación a un cargo público.

Ciertamente no se documentó en su fecha (folios 218 a 222 del sumario 17/89) porque en definitiva el Sr. Carmen , que había dicho por medio de su Letrado que quería prestar declaración en la presente causa, cuando llegó el día y hora señalado manifestó su voluntad de no hacerlo, pese a lo cual consiguió hablar con el Magistrado de cuestiones personales relativas a su situación de condenado, junto con Jose Francisco , a penas de prisión de larga duración y a la enfermedad que sufría su mujer y también la de Jose Francisco , preguntando al Magistrado si tendrían posibilidades de obtener un indulto o el tercer grado penitenciario, cuestiones evidentemente fuera de la competencia de este último.

Aparece al folio 225 una comparecencia del Letrado del Sr. Juan Pablo , de fecha 3 de mayo de 1.993, cuando ya Garzón no era titular del Juzgado, en la que dicho Letrado manifiesta lo ocurrido en esa entrevista de 21-4-93. Ningún indicio tenemos de que esta comparecencia refleje datos que no obedezcan a la verdad de lo ocurrido



ni tampoco de que en el transcurso de la entrevista referida (la de 21-4-93) se hubiera producido ningún acto de coacción o similar.

Lo antes expuesto es válido para rechazar la petición de nulidad de actuaciones solicitada en sus conclusiones definitivas por la defensa de Juan Pablo en base también a estas pretendidas amenazas y coacciones.

OCTAVO.- La representación del Sr. Luis Enrique afirmó que las declaraciones que hicieron varios de los ahora acusados en el mes de julio de 1.995, autoinculpándose y al mismo tiempo implicando en los hechos a los Sres. Evaristo y Luis Enrique, fueron nulas por encontrarse viciadas por coacción, coacción derivada, se dice, de la situación de prisión en que se encontraban.

Aparte de consignar el hecho de que algunos, como Jesús Manuel, Blas, José, Donato, Tomás y Jesús Carlos ya se encontraban en libertad cuando confesaron lo ocurrido en dicho mes de julio, y los otros dos, Iván y Ramón, sabían que la Sección correspondiente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, al conocer de las respectivas apelaciones, pronto habrían de acordar el cese de su prisión provisional como venía haciendo en resoluciones anteriores respecto de otros (y así efectivamente ocurrió), lo que esta Sala tiene en cuenta, para rechazar las referidas alegaciones hechas en nombre de Luis Enrique, es la consideración de que en momento alguno a lo largo de las múltiples declaraciones que prestaron en ese mes de julio y después, incluso en el acto del juicio oral, ninguno de los que se dicen aquí coaccionados haya dicho nada al respecto. Al contrario, siempre han declarado asistidos de Letrado, y en el plenario se pudo constatar la total libertad con que todos hicieron sus manifestaciones.

NOVENO.- En todo caso, hemos de poner aquí de manifiesto que todas las cuestiones procesales antes referidas, afectan a la instrucción del sumario formulando las partes que las plantean una tesis, la de la nulidad de actuaciones, que no puede aceptarse.

Como podemos leer en el texto del Fundamento de Derecho 2º del primero de los dos votos particulares redactados en relación con la STC 41/1.998 "en el proceso penal no rige la teoría de la nulidad de actuaciones, sino la de la prohibición de valoración de la prueba obtenida mediante violación de los derechos fundamentales". En ningún caso, en el supuesto presente ha habido en el sumario violación de un derecho fundamental de orden sustantivo (véase la STC 81/98, de 2 de abril, dictada por el Pleno, en su Fundamento de Derecho 2º) que pudiera haber tenido alguna incidencia en alguna de las pruebas practicadas en dicho plenario y que hemos utilizado como de cargo para tener como acreditados los hechos en que se fundan las condenas de la presente resolución.

Por otro lado, las repetidas alegaciones de la representación de D. Evaristo, referidas a la inexistencia de imparcialidad en el citado Magistrado en relación con la instrucción de la presente causa, confunden su pretendida parcialidad con la tenacidad en la investigación en cumplimiento de su deber de investigar de oficio aquellos hechos delictivos cuya instrucción le correspondía como titular de un Juzgado de tal clase. Nuestra LECr, pese a las modificaciones introducidas recientemente, en particular la de la Ley 53/1.978, de 4 de diciembre, que introdujo la instrucción contradictoria, y pese a los principios de presunción de inocencia y proceso justo sin indefensión para ninguna de tales partes, condensados en el art. 24 de la CE, todavía obedece al modelo original de tal LECr. en este aspecto: la instrucción la dirige un Juez con posibilidades de actuación de oficio, incluso con facultad de declaración de secreto para las partes cuando pudiera ser necesario para el éxito de la investigación, todo ello con las limitaciones de todos conocidas en garantía de tales partes, en particular de los imputados, y que ahora no hay que precisar. Como nos dice la citada STC 41/1.998, de 24 de febrero en su Fundamento de Derecho 14º "el art. 24 de la CE no impone un único sistema para la persecución de los delitos y para evitar la apertura de juicios orales por acusaciones sin fundamento. El modelo de Juez de instrucción pasivo, que se limita a acordar las diligencias que proponen los acusadores o, en su caso, las defensas, que propugna la demanda del actor, podría perfectamente ser uno de ellos. Como también podría serlo el del Juez de garantías, que no lleva a cabo ninguna investigación, limitándose a decidir sobre medidas cautelares y a controlar las diligencias que interfieren derechos y libertades fundamentales. Mas también se ajusta a la Constitución el modelo vigente, en el cual es el Juez quien dirige la investigación criminal, que no ha sido modificado ni por la Constitución ni por la LO 7/1.988" (Ley reguladora del llamado Procedimiento Abreviado).

Valgan las anteriores razones como otros argumentos más para el rechazo de las nulidades de actuaciones pretendidas por las representaciones de D. Evaristo, D. Luis Enrique y D. Juan Pablo.

DECIMO.- Ahora vamos a referirnos a la anulación de determinada prueba documental que se trajo a la presente causa.

En la sesión del juicio oral correspondiente al día 8 de junio (pág. 73 y ss.), tras petición inicial del Letrado de D. Luis Enrique y oídas las demás partes sobre el tema, esta Sala acordó expulsar del procedimiento la



prueba documental propuesta por la 1ª de las acusaciones populares y admitida para el juicio oral, consistente en la audición de unas cintas magnetofónicas en las que se encontraban grabadas dos conversaciones telefónicas que, según se decía, habían mantenido los Sres. Luis Enrique y Ramón , decisión fundada en que para tal grabación, hecha al parecer por persona ajena a los dos aparentes interlocutores, no había existido autorización de ninguno de éstos, ni tampoco del Juzgado correspondiente, por lo que no había quedado probada su obtención con respeto del derecho de los interlocutores al secreto de sus comunicaciones telefónicas reconocido en el art. 18.3 de la CE .

Conviene ahora razonar sobre tal decisión conforme se acordó en dicha sesión del juicio oral (página 81). Para ello partimos de dos principios jurídicos puestos de manifiesto en sendas sentencias del Tribunal Constitucional. 1º. Por un lado, la nº 114/1.984, de 29 de noviembre , que considera que ese derecho fundamental, el secreto de las comunicaciones, telefónicas o de otra clase, sólo puede ser violado por terceras personas que intercepten o aprehendan la comunicación mantenida por otros, nunca cuando, por ejemplo, la grabación de una conversación telefónica es realizada por uno de sus interlocutores (Fundamento de Derecho 7).

2º. Por otro lado, la ya citada STC 81/98, de 2 de abril , refiriéndose en concreto al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, nos dice que hay una necesidad especialmente intensa para la tutela de este derecho, porque a consecuencia de los avances tecnológicos resulta fácilmente vulnerable y porque constituye una barrera de protección de la intimidad, "sin cuya vigencia efectiva podría vaciarse de contenido el sistema entero de los derechos fundamentales".

Ya el Tribunal Constitucional y esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo habían proclamado reiteradamente esa necesidad especial de proteger este derecho fundamental al secreto de las comunicaciones cuando se trata de intervenciones telefónicas, siendo singularmente rigurosos a la hora de precisar los requisitos exigibles en los casos en que hay autorización judicial, lo que se ha de convertir necesariamente en rigurosidad extrema en el caso presente en el que no hay el más leve indicio de que esa autorización judicial pudiera haber existido.

No podemos afirmar tajantemente que se haya producido violación de este derecho fundamental, pues ciertamente pudo existir una autorización judicial correctamente realizada y cuya existencia ignoramos, y también pudo ocurrir que fuera uno de los dos interlocutores de las dos conversaciones telefónicas aquí examinadas quien realizara la grabación de las cintas, aunque los dos hayan afirmado otra cosa en el acto del plenario, ya que ambos declararon como acusados y por ello no se les exigió juramento o promesa de decir verdad. Pero entiende esta Sala, en este caso concreto, que el hecho de no haberse probado la obtención lícita de esas grabaciones impide que tal medio de prueba pueda progresar más en su andadura a lo largo de este proceso. El Tribunal estaba esperando las declaraciones en el juicio oral de las dos personas que se dice son las que mantuvieron esas conversaciones telefónicas que fueron grabadas. Negado por ambas que fueran ellas quienes realizaron la grabación y afirmando asimismo que tampoco consintieron en que un tercero las grabara, ausente la prueba de algo tan fácil de acreditar como la existencia de autorización judicial, en aras de una mejor protección del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, tan necesitado de especial tutela como antes se ha dicho, nos ha parecido de todo punto necesario la expulsión del procedimiento de las mencionadas grabaciones inicialmente admitidas como prueba documental.

Dicha decisión de expulsar del procedimiento tal prueba documental no pudo hacerse antes, porque hasta el mismo juicio oral no se había recibido declaración a Ramón sobre si había sido él quien hubiera realizado la grabación, en cuyo caso la violación del derecho fundamental del art. 18.3 de la CE no habría existido. Luis Enrique ya había manifestado su no intervención en dicha interceptación telefónica por medio de escritos diversos de su representación procesal, pero ni siquiera esto había ocurrido con Ramón .

Tampoco podíamos dejar tal decisión para más adelante, pues la protección del derecho fundamental referido exigía impedir que esas grabaciones, cuya lícita obtención no se había acreditado, pudieran ser escuchadas en el trámite de la prueba documental del plenario y, además, era necesario paralizar la realización de las periciales que, para una limpieza de las cintas que permitiera una mejor audición de su contenido y para la identificación de las voces de sus interlocutores, se encontraban en fase de preparación, habiéndose entregado ya copias de las cintas a algunos de los peritos.

En conclusión, entendemos que era obligado expulsar del procedimiento tal prueba documental por no constar su obtención sin lesión de un derecho fundamental tan especialmente necesitado de protección como lo es el relativo al secreto de las comunicaciones telefónicas y que tal decisión fue adoptada en el momento procesal adecuado para ello, pese a no existir un trámite concreto previsto al respecto en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal , en la que sobre el particular hay una clara laguna legal que los órganos judiciales tenemos que salvar, en este caso con unos criterios que son consecuencia directa de la naturaleza fundamental del derecho afectado, y de la tan repetida especial necesidad de protección.



UNDECIMO.- Al finalizar la sesión del juicio oral del día 24 de junio, cuando terminó de declarar el testigo D. Gabino , la parte que lo había propuesto, la defensa de D. Evaristo , pidió que el Tribunal acordara reclamar a la Fiscalía General del Estado el documento que este último órgano había confeccionado como un informe de carácter jurídico sobre los fondos reservados.

Concretamente el Letrado solicitante se refería a un informe, de fecha 14 de marzo de 1.994, titulado "Breves notas para una aproximación al estudio metodológico de los fondos reservados del Estado y su posible control jurisdiccional", que en definitiva denegó el Excmo. Sr. Magistrado Instructor nombrado por esta Sala, lo que fue recurrido y confirmado en apelación (auto de 5 de noviembre de 1.996).

Como el referido testigo, que precisamente era Fiscal General del Estado en la fecha del citado documento, dijo que lo había remitido al Ministerio del Interior, la defensa del Sr. Vera, a la que se adhirieron los demás letrados defensores de las demás partes que también están acusadas de malversación de caudales públicos, pidió a la Sala que, al amparo del nº 3º del art. 729 LECr , se reclamara el referido documento de la Fiscalía General del Estado.

El Tribunal se retiró a deliberar y acordó no acceder a tal petición por unas razones que el Presidente expresó oralmente de modo sucinto y que ahora hay que precisar.

Las razones de tal desestimación fueron las siguientes:

1ª. La parte, que vio rechazada su petición en el trámite sumarial, pudo reproducirla para el acto del juicio oral en su escrito de conclusiones provisionales y no lo hizo.

2ª. Evidentemente ninguna luz podía ofrecer respecto de los hechos aquí enjuiciados, ocurridos en diciembre de 1.983, un documento hecho más de 10 años después.

3ª. Nada tiene que ver esta petición con el texto del nº 3º del art. 729 en que la misma se fundó.

4ª. Y esta es la fundamental: no nos encontramos ante un documento que pueda considerarse como un medio de prueba, sino ante un estudio de contenido jurídico, cuya utilidad puede versar acerca de la calificación jurídica de los hechos, nunca sobre la forma en que éstos acaecieron, que constituye el tema probatorio. La ciencia del Derecho Procesal nos enseña que la prueba ha de tener por objeto hechos y máximas de experiencia, y no la norma jurídica, su alcance o interpretación, salvo que se trate de una norma extranjera o de derecho consuetudinario, a las que no alcanza el deber del Juez de conocerlas ("iura novit curia"). Evidentemente el contenido jurídico del documento solicitado nada tiene que ver ni con el Derecho extranjero ni con el consuetudinario.

DUODECIMO.- Otra cuestión procesal se ha planteado en el desarrollo del juicio oral.

Iván , al declarar como acusado en el acto del plenario, se negó a contestar a las preguntas que iban a hacerle algunos de los Abogados defensores de las partes. Entre otros, se negó a contestar al Abogado del Sr. Luis Enrique , haciendo uso del derecho fundamental de orden procesal reconocido en el art. 24.2 de la CE que autoriza a los acusados a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables. Entendemos que tal derecho ha de entenderse referido a cualquier imputado, en cualquier fase del procedimiento (también el juicio oral), no sólo a no prestar declaración, sino también a no responder a preguntas concretas o genéricamente a todas las que pudieran formularle alguna o algunas de las acusaciones o defensas.

Así pues, no se podía obligar a Iván a que respondiera a las preguntas que pudiera formularle la defensa del Sr. Luis Enrique .

Pero como este último sólo fue parte en el proceso en su última fase, concretamente después de que el Congreso de los Diputados autorizara que pudiera ser procesado, y como en esta última fase Iván no prestó ninguna declaración sumarial, en momento alguno este coimputado, cuyas manifestaciones tenían la cualidad de prueba testifical en cuanto que implicaban a otras personas en los hechos objeto de esta causa, nunca pudo ser interrogado por la defensa de Luis Enrique , con lo cual éste no gozó de uno de los derechos que, con el carácter de mínimos, confiere el Tratado de Roma de 1.950 (art. 6.3. d) y el Pacto de Nueva York de 1.966 (art. 14.3.e), concretamente el relativo a que cada acusado pueda interrogar a los testigos que declaran contra él.

Sin embargo, tal violación de ese derecho a interrogar a los testigos de cargo carece de relevancia en el caso presente como se deduce de lo antes expuesto sobre el análisis de la prueba al razonar sobre las existentes contra los Sres. Evaristo y David .

Dijimos en el apartado B de los Hechos Probados (cuestión 1ª) que la participación de los entonces Ministro del Interior y Director de la Seguridad del Estado había quedado probada por una prueba directa, las declaraciones de Ramón , Jesús Manuel , Blas y Iván , a las que nos veíamos obligados a dar crédito por una serie de datos corroboradores que allí se enumeraron y ahora no es necesario repetir. Pues bien, hemos de añadir aquí



que, incluso prescindiendo con relación a Luis Enrique de la declaración de Iván, la conclusión habría de ser la misma: entender acreditada la participación de aquél (Luis Enrique) en los hechos aquí enjuiciados por las declaraciones de los otros tres (Ramón, Jesús Manuel y Blas) a virtud de la concurrencia de tales datos corroboradores.

Precisamente, de los cuatro coimputados cuyas declaraciones constituyen la mencionada prueba directa, es la prestada por Iván la que menos eficacia probatoria podía tener respecto de Luis Enrique, porque se trataba de una persona (Iván) que entraba y salía del despacho del Jefe Superior al que él tenía como Jefe de la Brigada Antiterrorista en la noche crítica del 4 al 5 de diciembre de 1.983, e incluso incurrió en un error por creer que la conversación telefónica que esa noche tuvo Ramón con el Sr. Ministro había sido con Evaristo que había llamado unas horas antes y él (Iván) había cogido el teléfono.

DECIMOTERCERO.- Por último, en este apartado relativo a las cuestiones procesales, hemos de dar contestación al escrito de la representación procesal del perjudicado D. Luis Antonio presentado en la fase última del juicio oral como consecuencia del contenido del informe oral de uno de los Abogados, D. José Anibal Alvarez, defensor de tres de los acusados, los Sres. Iván, Donato y José.

Tal escrito se queja de determinadas expresiones de dicho Letrado ofensivas contra el Sr. Luis Antonio hasta tal punto que la Abogada firmante, Sra. Tubau Martínez, considera que lo que ese Letrado le imputó a su cliente podría constituir el delito de pertenencia a banda armada y el de omisión del deber de socorro y termina solicitando que se consigne expresamente como hechos probados de la presente sentencia la radical ausencia de prueba y consiguiente falsedad de esas imputaciones, y que se ordena deducir testimonio por acusación falsa del art. 456 del CP vigente.

Esta Sala entiende que procede denegar las peticiones hechas en el citado escrito, reservando a la parte solicitante y a su cliente su derecho a instar lo que crea conveniente a sus intereses ante el Juzgado que sea competente para ello o a presentar la correspondiente denuncia ante cualquier órgano habilitado para recibirla, de modo que el órgano judicial que pudiera entender del correspondiente proceso penal actúe con plena libertad para resolver lo que estime adecuado.

Por otro lado, en esta sentencia podríamos decir que no ha sido probado que D. Luis Antonio haya sido miembro de ETA, pero entendemos que no hay en lo actuado indicios bastantes para que tengamos que ordenar de oficio proceder penalmente contra el citado Letrado Sr. Anibal Alvarez conforme a lo dispuesto en el art. 456 CP citado en el mencionado escrito.

Hay que añadir aquí que tal escrito de la Letrada Sra. Tubau Martínez fue contestado por otro del mencionado Abogado Sr. Anibal Alvarez, al que respondemos diciendo que el derecho a la libertad de expresión en el ejercicio de su deber profesional de defender a sus clientes en todo momento fue respetado por la Presidencia de esta Sala que le permitió informar en favor de sus clientes con los argumentos que tuvo a bien utilizar.

B) Cuestiones de fondo.

DECIMOCUARTO.- Examinadas ya las cuestiones procesales tenemos el camino abierto para tratar las referidas al fondo de los temas objeto de la presente causa y lo vamos a hacer estudiando primero por separado lo relativo a cada uno de los delitos por los que las acusaciones han formulado sus peticiones de condena, por el orden siguiente:

1º. Sobre el delito de pertenencia o colaboración con banda armada.

2º. Sobre la malversación de caudales públicos

3º. Sobre el de detención ilegal o secuestro.

Tal y como explicamos a continuación absolvemos del delito de banda armada y condenamos por los otros dos.

DECIMOQUINTO.- La banda armada aparece en nuestras Leyes Penales como un supuesto agravado del delito de asociación ilícita, concretamente del que se recoge ahora en el nº 1º del art. 515 del CP 1.995 que repite lo que ya venía estableciendo el mismo nº 1º del art. 173 CP anterior que considera punibles las asociaciones "que tengan por objeto cometer algún delito, o después de constituidas, promuevan su comisión".

Conforme a la legislación ahora en vigor, CP 1.995, a lo dispuesto en el CP anterior y a la legislación especial que antes de la LO 3/88 reguló esta materia, y teniendo en cuenta asimismo la jurisprudencia de esta Sala (Ss. 12-6-87, 25-1-88, 27-5-88 y 12-3-92, entre otras) y la del Tribunal Constitucional, en particular la Sentencia de este último nº 199/1.987, de 16 de diciembre, el delito de banda armada, como agravación específica del de asociación ilícita, requiere los siguientes elementos:



1º) Que exista realmente una banda es decir, una asociación que tenga por objeto cometer delitos. Evidentemente no es necesario que se trate de una asociación que haya adoptado alguna de las formas jurídicamente previstas al respecto: basta con la unión de varios para un fin, unión que ha de tener una cierta duración en el tiempo o estabilidad.

2). Que tal banda sea armada, es decir, que utilice en esa actuación delictiva armamento, entendiéndose por tal las armas de fuego de cualquier clase, bombas de mano, granadas, explosivos u otros instrumentos semejantes, que son aquellos cuyo uso repetido, o especialmente intenso en una sola ocasión, puede causar alarma en la población y la alteración en la convivencia ciudadana a que nos referimos a continuación.

3º) La referida STC 199/1.987 (FD 4º) nos obliga a una interpretación restrictiva del concepto de banda armada, en coincidencia con la jurisprudencia de esta Sala, porque este último concepto no puede separarse del de "elementos, organizaciones o grupos terroristas" con el que aparece unido, tanto en nuestra Constitución (art. 55.2) como en las distintas Leyes que han regulado esta materia en los últimos tiempos y en el CP vigente (art. 515.2º y 571 a 577), de tal modo que hemos de añadir un elemento más a este concepto: que se trate de grupos que por el uso del armamento que poseen o por la clase de delitos que cometen causen inseguridad en la población con tal intensidad que pueda considerarse que se impide el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios de la ordinaria y habitual convivencia ciudadana, lo que constituye uno de los presupuestos imprescindibles del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), es decir, que produzcan miedo a un grupo o a la generalidad de la población, que es el signo distintivo del terrorismo.

4º) Por último, se requiere un especial elemento subjetivo del injusto. No basta que objetivamente las acciones de la banda armada causen la inseguridad en la población a que antes nos hemos referido. Es necesario que la organización como tal tenga por finalidad crear esa mencionada inseguridad o miedo colectivo, ya sea para subvertir el orden constitucional o, sin tal subversión, alterar gravemente la paz pública, finalidad alternativa a que se refiere el art. 571 CP vigente: de este modo, se sintetiza lo que venía siendo doctrina de esta Sala. Por ello, son bandas armadas tanto las que pretenden alterar el orden establecido, es decir, en el actual sistema jurídico, el Estado social y democrático de Derecho al que se refiere el art. 1º de la Constitución, como aquellas otras que, con la finalidad última de afirmar nuestra democracia luchando contra las organizaciones que pretenden acabar con ella, tienen como fin inmediato la mencionada grave perturbación de la paz pública por la utilización del armamento que poseen o por la concreta clase de delito de especial alarma colectiva que cometen, capaces por sí mismos de alterar esa normalidad de la convivencia ciudadana sin la cual no se pueden ejercitar adecuadamente los derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento constitucional: en definitiva, también un atentado contra nuestra Ley Fundamental.

Para ver si concurre o no en el caso presente este delito de pertenencia a banda armada, hemos de repetir una vez más la limitación del objeto de esta causa penal: el secuestro de Luis Antonio y los delitos de malversación de caudales públicos y pertenencia a banda armada, si bien limitando estos dos últimos a los hechos concretos relacionados con dicho secuestro. Es decir, para determinar si existió el delito que ahora examinamos sólo podemos tener en cuenta la actuación de los acusados en el hecho de dicho secuestro.

Así las cosas, negamos la existencia de este delito, porque faltan los tres primeros elementos antes examinados:

Respecto del 1º, no consta que nos encontremos ante una agrupación de personas de carácter estable. Recordemos que fue la primera vez que se hizo uso de las siglas GAL.

En referencia al 2º, es claro que no aparece en todo el secuestro de D. Luis Antonio el armamento necesario para la definición del concepto de banda armada.

Con relación al 3º, no puede decirse que el hecho aislado del secuestro llegara a perturbar la convivencia ciudadana por producir la alarma o miedo propios del terrorismo.

Por todo ello, la presente resolución ha de ser absolutoria respecto de las acusaciones formuladas contra varios de los procesados por el delito de pertenencia a banda armada, así como con relación a aquella otra que, de modo alternativo, hizo la 2ª acusación popular contra los Sres. Tomás y Jesús Carlos por colaboración con esa clase de banda.

DECIMOSEXTO.- Pasamos ahora a referirnos al delito de malversación de caudales públicos por el que han sido acusados los Sres. Luis Enrique, Evaristo, Ramón, Blas, Iván y Jose Francisco, siendo necesario con carácter previo precisar una cuestión de hecho, que ha sido objeto de particular debate en el acto del juicio oral, como trámite previo a la determinación de la cuantía de lo sustraído, pues algunos defensores de tales acusados han afirmado que los 500.000 francos que el Sr. Jose Francisco entregó al Comisario francés con el que mantenía frecuentes contactos y que quedó encargado de buscar a los mercenarios que iban a realizar la detención de Juan Luis y su traída a España, lo fue, al menos en gran parte, como pago de



servicios de información prestados anteriormente, con lo cual nos encontraríamos ante un uso lícito de los fondos reservados.

Consideramos probado que no fue así, sino que tales 500.000 francos, fueron un anticipo del total de 1 millón que se había pactado para pago de tales mercenarios. Y nos fundamos para hacer esta afirmación en las declaraciones prestadas en el juicio oral por Ramón , Blas y Iván (páginas 11, 8 y 14 respectivamente) donde aparece con claridad tal carácter de entrega anticipada a cuenta de la operación Lujua.

Así las cosas, entendemos que las cantidades que, procedentes del millón de francos franceses que Evaristo , con el consentimiento de Luis Enrique , entregó a Ramón , fueron gastadas en lo que en definitiva fue el secuestro del Sr. Luis Antonio , son los 575.000 francos que aparecen especificados en el apartado 15º del relato de Hechos Probados de la presente resolución, cantidad que al cambio medio en la época en que ocurrieron los hechos, 18 pts. por franco, alcanza la cifra total de 10.350.000 pts.

Este es el valor del objeto del delito de malversación de caudales públicos al que, por tanto, no se puede aplicar el art. 432.3 del CP de 95, sino el 432.1 , tal y como razonamos a continuación.

En todo caso, hemos de anticipar aquí que si estimáramos la cuantía de un millón de francos franceses, como pide el Ministerio Fiscal, aunque fuera sólo a los efectos penales, ello sería irrelevante, como se verá después cuando razonemos sobre las sanciones a imponer.

DECIMOSEPTIMO.- A la hora de realizar la calificación jurídica de tales hechos, hemos de decir, en primer lugar, que ha de aplicarse con carácter retroactivo el CP 95, porque en el presente caso es más favorable que el CP anterior, vigente cuando ocurrieron los hechos. Con el art. 390.4º del código derogado habría de imponerse pena de reclusión menor que alcanza desde 12 años y 1 día a 20 años, con la correspondiente accesoria de inhabilitación absoluta durante el mismo tiempo.

El art. 432.1 del nuevo código castiga con las penas de 3 a 6 años de prisión más la de inhabilitación absoluta de 6 a 10 años.

Lo dispuesto en el art. 2 del CP actual, que recoge la tradicional retroactividad de la ley penal más favorable, nos obliga, por tanto, a aplicar el citado art. 432.1 .

DECIMOCTAVO.- En los hechos que hemos declarados probados concurren, en efecto, todos los elementos del tipo básico de malversación de caudales públicos que aparece definido en tal párrafo del art. 432.:

1º. Nos hallamos ante un delito especial porque exige para el sujeto activo en calidad de autor propiamente dicho dos cualidades concretas: 1ª. Ha de ser una autoridad o funcionario público, lo que nos obliga a acudir a las definiciones que al respecto nos ofrece el 24.2º. Tal funcionario o autoridad ha de tener a su cargo por razón de sus funciones los caudales o efectos que se sustraen. Como luego veremos los autores, en sentido estricto, de esta infracción lo son quienes en el Ministerio del Interior tenían a su cargo los fondos reservados que fueron indebidamente sustraídos. Los demás acusados han de reputarse cooperadores necesarios.

2º. Objeto de este delito han de ser necesariamente caudales o efectos públicos, condición que ostenta el dinero del Estado, y por supuesto los llamados fondos reservados, carentes prácticamente de regulación en nuestras leyes y disposiciones de rango inferior hasta la reciente Ley 11/1995, de 11 de mayo , de modo tal que podemos afirmar que, salvo lo que para cada año dispusieran las respectivas Leyes de Presupuestos, la única norma vigente al respecto era una Circular de la Intervención General de la Administración del Estado del Ministerio de Hacienda , la nº 3/1.966, que nada nos dice en cuanto pueda interesar al caso presente, salvo que el Ministro del Departamento correspondiente es quien tiene la capacidad de disposición discrecional de esos fondos y quien tiene que acreditar que las correspondientes cantidades han sido destinadas a los fines para los que figuran consignados en el presupuesto de Gastos.

El que tales gastos o fondos reservados no hayan de ser justificados en cuanto a su aplicación concreta, precisamente por el secreto del fin o actividades a que se hallan destinados, no impide el que cuando se acredite un uso desviado de ese fin el hecho pueda ser constitutivo del delito de malversación de caudales públicos. No cabe duda de que tal ocurrió en el caso presente, al haberse probado que un dinero procedente de esos fondos reservados, concretamente un millón de francos franceses fue sacado de las arcas públicas para destinarlo a la financiación de un delito tan grave como la detención ilegal o secuestro de una persona.

Al respecto conviene concretar aquí que no es necesario probar que los francos utilizados fueran sacados del Banco de España en esa moneda precisamente, dadas las facilidades que de hecho existen para conseguir en España, incluso en esas fechas de 1.983, el oportuno cambio de moneda, según pusieron de manifiesto los peritos Inspectores del Ministerio de Hacienda que informaron en el acto del juicio. Lo que si quedó acreditado por tales peritos es que en fechas anteriores y próximas a la entrega del millón de francos franceses (octubre



de 1.983) se habían sacado del Banco de España, de la cuenta correspondiente a esos fondos reservados, cantidades en pesetas más que suficientes para cubrir esa importante suma de francos.

3º. La acción u omisión delictiva ha de consistir en la sustracción, o en el consentimiento de que otro sustraiga, esos caudales o efectos públicos, acción que aquí se produjo cuando se efectuó la entrega a Ramón , por parte de Evaristo con el consentimiento de Luis Enrique , del referido millón de francos franceses. Se sacaron de las arcas del Estado tales cantidades para una finalidad delictiva: esto es una acción de sustraer que constituye el núcleo de esta clase de delito.

4º. Por último, esa sustracción ha de ser realizada "con ánimo de lucro", elemento subjetivo del injusto añadido a esta figura de delito por el nuevo CP del 95, pues no aparecía en el paralelo 394 CP anterior, requisito que, como bien dice el Ministerio Fiscal, ha de ser interpretado, conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Sala para otros delitos también patrimoniales (hurtos, robos, estafas), en un sentido amplio, que comprende cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que pueda recibir el propio autor del delito o un tercero, en el supuesto presente el Comisario francés y los mercenarios con los que éste concertó, quienes iban a beneficiarse con la nada despreciable cantidad de unos dieciocho millones de pesetas (en francos). Aunque la finalidad remota a la que se destinaban los fondos del Estado era otra, el secuestro de Lujua, lo que se consiguió de inmediato fue el enriquecimiento de esos mercenarios, enriquecimiento que, aun indeseado, estuvo en el propósito de quienes dispusieron indebidamente de los fondos reservados y de sus colaboradores: no se podía conseguir tal secuestro sin que se lucraran las personas que organizaron y realizaron en Francia la inicial acción de privar de libertad a una persona para su posterior traslado forzado a España.

En definitiva, la utilización de los fondos reservados para la realización de un delito tan grave como lo es la detención ilegal de una persona hace que el sacarlos de las arcas públicas, constituya la acción de sustracción definida como delito en el art. 432.1 del CP , por concurrir todos sus requisitos.

DECIMONOVENO.- Sin embargo, estimamos no aplicable al caso ninguna de las agravaciones específicas recogidas en el art. 432.2 CP, concretamente la de su párrafo 1º , única que ha sido discutida en el juicio al haber sido solicitada por las dos acusaciones populares.

Tal agravación consiste en que la malversación revista "especial gravedad", señalando a continuación dos criterios que han de tenerse en consideración para determinar si tal especial gravedad existió o no: "atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público".

Discute la doctrina si esos dos criterios han de concurrir conjuntamente para que pueda hablarse de la "especial gravedad", requerida en tal norma penal, fundándose en la conjunción copulativa "y" que los une, como si se tratara de dos requisitos que han de hallarse presentes a la vez en el caso para aplicar este art. 432.2.

Al respecto hay una doctrina jurisprudencial aparentemente contradictoria en esta Sala, pues las sentencias de 22-5-97 y 1-12-97, que recogen la doctrina de la no exigencia conjunta de tales dos aparentes requisitos, sin embargo razonan cómo en cada uno de los dos casos concurre, además de un importante valor en las cantidades malversadas, un daño concreto al servicio público, resoluciones a las que cabe unir un auto de inadmisión a trámite de un recurso de casación, fechado el 14-5-97., mientras que la última de todas esas sentencias, la de 10-2-98, aboga por considerar que han de exigirse conjuntamente esos dos requisitos, conforme a los cuales ha de decirse si existe o no esa especial gravedad cualificadora de la malversación de caudales públicos.

Entiende esta Sala que nos hallamos ante dos criterios que la Ley impone como únicos para valorar si hay o no esa especial gravedad. Es decir, nos impide acudir a otros criterios diferentes limitando así el arbitrio del Juzgador. Pero no podemos olvidar que la agravación es única: "la especial gravedad". Y ello nos obliga a distinguir tres supuestos diferentes:

1º. Caso de cantidad de menor importancia. Parece lógico entender que, por ejemplo, una malversación de 100.000 ó 200.000 pts. nunca podría calificarse como de especial gravedad.

2º. Caso en que la suma sea importante de una manera especialmente cualificada. Por ejemplo, a partir de cien millones de pts. Parece lógico pensar que una malversación con tan elevadas cifras siempre habría de ser valorada como de "especial gravedad". Por otro lado, en estos casos no le será difícil a las acusaciones y al Tribunal que conoce del juicio oral buscar en los hechos elementos determinantes de ese daño o entorpecimiento público, como hizo esta Sala en esas dos sentencias citadas de 22-5-97 y 1-12-97.

3º. Caso en que la suma malversada sea una cantidad importante pero no en esos extremos muy cualificados a que nos referimos en el caso anterior. Varios millones de pesetas, 10 millones, o 18 millones, como en el supuesto presente. Parece que en estos casos habrá que acudir al otro criterio especificado en la norma penal: combinando esta cuantía, que por sí sola ya tiene alguna relevancia, con el dato de si hubo o no daño o



entorpecimiento público, se podría resolver la cuestión. Si a esta cantidad moderadamente importante se une un daño o entorpecimiento acreditado, habría de aplicarse la cualificación del delito por su "especial gravedad", y no cuando este último elemento falta, que es lo sucedido en la sentencia última dictada por esta Sala al respecto, la antes citada de 10-2-98, que consideró no aplicable este art. 432.2 porque los Hechos Probados de la sentencia recurrida no precisaron dato alguno en que pudiera apoyarse ese daño o entorpecimiento cuando la cuantía era de unos 50 millones de pesetas a distribuir entre los varios Ayuntamientos perjudicados.

En el CP recién derogado, también a propósito de una de las figuras de malversación de caudales públicos, concretamente en la definida en su art. 396 se utilizaba, pero en solitario, este elemento cualificador del delito: "daño o entorpecimiento del servicio público", muy semejante al ahora examinado, lo que ha hecho posible que haya al respecto jurisprudencia de esta Sala. Nos referimos a continuación a dos sentencias concretas sobre esta materia, las de 24-12-93 y la de 3-4-96.

La primera nos dice que "habrá daño cuando el servicio público sufra en su prestigio o en su organización, y habrá entorpecimiento en aquellos casos en los que se retrasa o dificulta el servicio", mientras que la segunda aplicó esa agravación del antiguo art. 396 en un caso de malversación referido al servicio de giro postal de Correos que produjo retraso de uno o dos meses en los pagos correspondientes "dada la merma de prestigio que suponen tales retrasos en el funcionamiento de un servicio emblemático de la Administración Pública por su celeridad y garantía". En estas resoluciones, aparece el desprestigio de un servicio público como daño que puede llevar consigo la aplicación de esa figura agravada de tal art. 396, tesis aplicable al art. 432.2 CP ahora vigente .

Estimamos que en el caso presente nos hallamos ante un supuesto que habría de encajar en el 3º de los tres antes examinados, por lo que utilizando conjuntamente los dos criterios que el art. 432.2 tiene en cuenta para poder determinar la "especial gravedad" que constituye la razón de ser de esta cualificación penal, habríamos de afirmar que tal especial gravedad existe.

Pero no cabe la aplicación de tal norma, porque al respecto falta el dolo, tal y como explicamos a continuación.

En efecto, objetivamente, utilizando esos dos criterios que el art. 432.2 nos señala para determinar si existe o no "especial gravedad" en la malversación, consideramos que nos hallamos ante una cantidad importante, algo más de 10 millones de pesetas, y ante unos hechos que de modo evidente han dañado el servicio público que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ejercen para la prevención y persecución de los hechos delictivos: el uso de los fondos públicos para la realización del secuestro de D. Luis Antonio en las concretas circunstancias en que en este hecho se produjo, particularmente las relativas a la condición de quienes fueron los autores de tan lamentable suceso, precisamente las fuerzas encargadas de mantener el orden con su máximo responsable a nivel provincial a la cabeza y con el conocimiento, autorización e intervención en los momentos cruciales del hecho por parte de las más altas jerarquías de Ministerio del Interior.

Evidentemente hay una clara relación de causalidad entre este delito y el posterior desprestigio en el servicio público que prestan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; pero esto no basta.

Ese daño o entorpecimiento producido al servicio público no es una condición objetiva de punibilidad determinante de la agravación de la figura delictiva básica, sino un elemento de este tipo cualificado en el caso presente y por las circunstancias antes expuestas, y como tal elemento del tipo de carácter objetivo ha de ser abarcado por el dolo.

Así las cosas, consideramos que al respecto faltó el dolo: 1º. No hubo dolo directo porque no existió intención de causar ese desprestigio al servicio público por parte de ninguno de sus autores o cooperadores necesarios (dolo directo de primer grado), ni tampoco ese conocimiento por parte de la ciudadanía que originó tal desprestigio puede considerarse una consecuencia necesaria de la acción malversadora: bien pudo permanecer oculta la cualidad de los autores del secuestro (dolo directo de segundo grado). 2º. Tampoco hubo dolo eventual: entendemos que si las autoridades y funcionarios en el momento de la planificación del secuestro financiado con fondos reservados hubieran conocido como hecho cierto o probable que todo iba a descubrirse, la plural acción delictiva que ahora examinamos no se habría producido.

Por tanto, faltó el dolo respecto de ese elemento que en este caso era necesario para poder aplicar la figura agravada del art. 432.2. Véase la sentencia de esta Sala de 10-3-95.

En todo caso, hay que decir, como luego veremos al razonar sobre la pena aplicable, que para la determinación de ésta es irrelevante el que haya de aplicarse o no esta agravación específica del art. 432.2.

VIGESIMO.- Concretada ya la aplicación al caso del art. 432.1 CP 95 , hemos de examinar ahora qué personas han de responder de tal delito y el concepto concreto de esa responsabilidad:



1º. Los únicos autores propiamente dichos son los Sres. Luis Enrique y Evaristo . Este porque, según reiteradamente él mismo ha reconocido, era la persona que, por delegación del Ministro, en realidad tenía a su cargo la disposición de los fondos reservados, de los cuales entregó a Ramón un millón de francos franceses. Aquél (Luis Enrique) porque estuvo al tanto de todo lo ocurrido, al menos desde el momento en que Ramón visitó el Ministerio y habló de la operación Lujua con el Ministro y el Director de la Seguridad del Estado, operación que, tal y como se utilizaban entonces los fondos reservados, era necesario costear con cargo a esta clase de caudales públicos, imprescindibles para su desarrollo en la forma concreta en que se había planeado. Tales datos y los expresados en el apartado 1º del análisis de la prueba hecho en el capítulo de los hechos probados, nos obligan a creer lo que Ramón dijo y repitió en sus declaraciones en el juicio oral, corroboradas por otros testimonios de referencias también prestados ante este Tribunal en el plenario, concretamente los de quienes tuvieron una mayor relación con ese millón de francos que llegó a Bilbao de manos de Ramón , los Sres. Blas y Jose Francisco .

No cabe exigir responsabilidad criminal al Sr. Luis Enrique porque fuera el Ministro del Departamento y como tal el responsable del uso y justificación de los fondos reservados, asignados a ese Ministerio, como antes se ha dicho, sino porque conoció la operación Lujua y el desembolso que era necesario efectuar, y que de hecho se efectuó, para su realización por unos mercenarios franceses.

En ambos, Evaristo y Luis Enrique , concurría la doble condición de autoridad y disponibilidad de los caudales públicos malversados: los dos son los únicos autores en sentido estricto de este delito especial del art. 432.1.

2º. Los demás acusados son responsables en concepto de cooperadores necesarios, respecto de los cuales el art. 28 b) del vigente CP dice que "también serán considerados autores", esto es, que habrán de ser castigados con las mismas sanciones que cada precepto penal tiene asignadas para los autores.

Nos estamos refiriendo a Sancristóbal, en primer lugar, el mayor responsable de todo este segundo grupo (cooperadores necesarios), porque fue quien, como máxima autoridad civil de la Provincia de Vizcaya, asumió como propio el plan de operaciones que habían realizado sus subordinados y quien en definitiva lo propuso y obtuvo la aprobación de Luis Enrique y Evaristo , recibiendo de este último el dinero que luego distribuyó en Bilbao.

También actuó como cooperador necesario Blas , Jefe Superior de Policía de esta última ciudad que, además de colaborar con Ramón en la distribución de ese dinero (entregó 10.000 francos a cada uno de los dos franceses que habían traído a Luis Antonio), antes había participado con Iván y Jose Francisco en la planificación de la operación Lujua que llevaba consigo el acuerdo con los mercenarios, siendo él quien como subordinado inmediato conectó con Ramón para transmitirle el contenido de dicho acuerdo en el que estaba previsto el millón de francos franceses como precio de la acción de tales mercenarios.

Por último, también hemos de considerar cooperadores necesarios a Iván y Jose Francisco que fueron quienes negociaron y directamente llegaron al mencionado acuerdo con los tan repetidos mercenarios, primero mediante las relaciones de Jose Francisco con el Comisario francés y luego por las que ambos (Iván y Jose Francisco) tuvieron directamente con los mercenarios que materialmente iban a realizar el secuestro, a las que se refieren las propias declaraciones de estos dos últimos hechas en el propio acto del juicio oral (Iván en las páginas 3, 5 y 6 y Jose Francisco en las 6 y 7) y también las hechas en el mismo plenario por Ramón (página 11) y Germán (página 6).

Evidentemente, sin esas operaciones iniciales de planificación y concertación con el Comisario francés y con los mercenarios, en las que tuvieron una destacada actuación el Sr. Jose Francisco y su superior jerárquico el Sr. Iván , este último incluso con reuniones personales como las que él mismo nos narra en las páginas 5 y 6 de su declaración en el juicio oral, no habría existido la entrega del dinero por parte de Evaristo a Ramón : también Iván es cooperador necesario aunque no hubiera tenido intervención alguna en el reparto del dinero una vez que éste llegó a Bilbao.

Además, Jose Francisco asimismo colaboró en la distribución de ese dinero recibido en Bilbao, mediante las entregas que hizo al Comisario francés y a Carlos María , 500.000 y 50.000 francos respectivamente.

VIGÉSIMOPRIMERO.- Respecto del delito de detención ilegal, planeado inicialmente en la persona de un conocido etarra y que luego recayó en D. Luis Antonio (error in persona penalmente irrelevante), lo primero que hemos de poner de relieve es la existencia de una actuación manifiestamente ilegal y delictiva desde su inicio, circunstancia que por su notoriedad necesariamente tuvieron que conocer todos los acusados, cada uno de ellos desde que tuvo contacto con la realidad de los hechos:

a) Era notoriamente ilegal el que las fuerzas de seguridad españolas detuvieran a alguien en Francia: en el caso Juan Carlos los policías españoles actuantes en tal país extranjero recibieron y cumplieron órdenes de no enfrentarse con nadie perteneciente a las Fuerzas de Seguridad francesas, precisamente porque todos sabían



que actuaban en la ilegalidad. Por eso se frustró la operación y fueron detenidos. Otra cosa es que la necesidad de salvar la vida del capitán Lucio pudiera constituir una causa de justificación. Pero ni esa necesidad, ni otra semejante, existía en el caso que nos ocupa: el de Juan Luis , luego convertido en el secuestro de Luis Antonio .

b) Del mismo modo era manifiestamente ilegal, y también lo sabían la Policía española y sus mandos, la detención de un etarra en Francia por mercenarios pagados por las Autoridades Españolas. Era delictiva esa detención por los mercenarios y también la actuación de quien movió la voluntad de éstos con entrega y promesa de dinero.

c) Asimismo era ilegal el traslado forzado de un lugar a otro de cualquier persona (es una de las modalidades del delito de detención ilegal) y esto también lo sabían quienes así llevaron a Luis Antonio desde su casa o desde la frontera francesa, o desde el túnel de Basauri, hasta el inmueble de la montaña cántabra.

d) Como también era manifiestamente ilegal que no se podía tener encerrada a una persona contra su voluntad en dicho inmueble (es otra de las modalidades de este delito de detención ilegal) y esto lo sabían quienes fueron los custodios en la cabaña (José , Tomás y Jesús Carlos) y quien con el suministro correspondiente hacía posible la subsistencia del secuestrado y de sus vigilantes (Donato). Luego nos referiremos en un apartado diferente a la participación de Juan Pablo .

Es decir, todas las personas que actuaron en el suceso que nos ocupa, todos los procesados lo hicieron con la clara conciencia de que el secuestro de quien luego resultó ser Luis Antonio (incluso aunque realmente hubiera sido Luis), era manifiestamente ilegal.

Todos los funcionarios policiales (desde Blas a Juan Pablo) han alegado estar exentos de responsabilidad por obediencia debida o cumplimiento de un deber (conceptos equiparables en el caso presente, al fundarse ambas alegaciones en lo mismo: su creencia de que actuaban lícitamente), incluso algunos han ido más allá atreviéndose a defender que fue lícita su actuación.

Conforme se deduce de lo antes expuesto, no solo era ilícito el respectivo comportamiento de cada uno de los que intervinieron en las diversas fases del secuestro, sino que éstos fueron conocedores de su ilicitud, sin que pueda servirles la excusa de que creían que actuaban dentro de los límites permitidos por la LO. 11/80 , reguladora de determinadas particularidades procesales en caso de banda armada o elementos terroristas, que daba cumplimiento a lo dispuesto en el art. 55.2 CE ., porque de modo manifiesto no era así, como lo acreditan las condiciones infames del lugar y modo en que permaneció 9 días el secuestrado. Puede admitirse una detención fuera de las dependencias policiales judicialmente autorizada para finalidades de investigación, excepcionalmente, como parece que alguna vez ocurrió, pero no cabe imaginar licitud alguna en la permanencia de una persona días y días, sin interrogatorio alguno porque sobre nada podían interrogar, aislado en el monte, en condiciones tales que hacían imposible pensar en cualquier posible justificación. Ningún funcionario policial puede ni siquiera imaginar que pudiera ser lícito tal secuestro en tal lugar y en tales circunstancias.

En materia de obediencia debida y de cumplimiento de un deber (equiparados en el caso presente, como se ha dicho) es requisito esencial que el mandato al que se obedece no tenga como contenido una acción u omisión manifiestamente ilícita. Y tan esencial es este requisito que su falta afecta al mismo concepto en que se pretende fundar la exención de responsabilidad criminal, de modo que no cabe hablar de obediencia debida (tampoco de cumplimiento de un deber) ni como eximente completa ni como incompleta. Quien sabe que actúa ilícitamente no puede quedar amparado en su conducta por ninguna de tales eximentes, ni tampoco puede verse favorecido por una atenuación en la sanción correspondiente. Véanse las sentencias de esta Sala de 16.5.83, 25.2.86, 1.7.87, 20.11.89, 5.11.90, 20.12.90, 19.5.95 y 22.6.97. Esta última dice literalmente así: "en modo alguno cabe hablar de obediencia debida cuando se tenía conciencia de la ilicitud del propio comportamiento y del que observaban los que, en su caso, hubieran dado la pretendida orden".

Por las razones antes expuestas, hemos de rechazar también otras alegaciones de algunos de los acusados que se fundan en error de prohibición o error de tipo relativo a la concurrencia de un elemento normativo, ambos basados en una pretendida creencia en la licitud de sus respectivas actuaciones. No puede existir error alguno de tales características, simplemente porque las circunstancias en que la detención se produjo, el traslado a la cabaña y su encierro en tal lugar durante 9 días en las condiciones infrahumanas ya referidas, sin ni siquiera proceder a su interrogatorio, ponen de manifiesto que todos conocieron la ilicitud de sus respectivas actuaciones.

VIGÉSIMOSEGUNDO.- La argumentación desarrollada en el anterior Fundamento de Derecho nos sirve no sólo para poner de relieve la manifiesta ilicitud del secuestro en sus diversas fases, lo que impide aplicar la obediencia debida o el cumplimiento del deber y excluye el error de prohibición o el de tipo relativo a un



elemento normativo, sino también para poder calificar correctamente esos hechos, excluyendo la aplicación del art. 184 CP anterior .

Tal norma, cuya lectura sorprende y nos hace pensar cómo es posible que haya estado vigente hasta 1.995, 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 arts. 480 y ss. CP ya derogado con la agravante 10ª del mismo código (prevalerse del carácter público), que se corresponden ahora con los arts. 163 y ss. CP de 1995 .

Véanse las sentencias de esta Sala de 6.10.86, 7.2.92, 30.3.93, 2.2.95, 18.2.97 y 21.10.97.

La resolución citada por la defensa del Sr. Evaristo , por la que este Tribunal condenó al Excmo. Sr. Pascual Estevill, en un procedimiento especial seguido, como el presente, ante el Tribunal Supremo por la condición de aforado de dicho señor, a la sazón Vocal del Consejo General del Poder Judicial, aplicó el art. 184 CP . ciertamente. No podía ser de otro modo, porque hubo una sola parte acusadora que calificó los hechos conforme a tal norma, limitándose el Tribunal a condenar con arreglo a dicha acusación, sin que llegara a plantearse si pudieran haberse aplicado al caso los arts. 480 y ss. CP entonces vigente , que es el tema aquí debatido.

El art. 184 CP. 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 presente, no cabe su aplicación. Como se ha explicado en el anterior Fundamento de Derecho, la actuación delictiva lo fue desde el principio hasta el final del secuestro y las autoridades y funcionarios que intervinieron en los hechos conocieron la manifiesta ilegalidad de sus respectivas actuaciones, también Jesús Manuel .

VIGÉSIMOTERCERO.- Lo mismo que antes hemos hecho respecto del delito de malversación de caudales públicos, ahora hay que decir que el delito de detención ilegal o secuestro ha de ser sancionado conforme a las normas del nuevo CP de 1995 , porque su aplicación es más favorable al reo, salvo respecto del acusado D. Juan Pablo , como luego explicaremos.

Tanto el art. 480 como el 481.1º (en ambos casos con la agravación 10ª del art. 10) sancionan con penas que son más graves que las que prevén los paralelos 163 y 167 para la detención ilegal ordinaria, y el 164 y 167 para la sometida a condición.

En efecto, las penas del art. 480 del CP de 1973, con una agravante, van de 8 años y 1 día a 12 años de prisión mayor, con la accesoria de suspensión de cargo público y derecho de sufragio por el mismo tiempo (art. 47), mientras que las correspondientes al CP de 1995, arts. 163 y 167 , son las de prisión de 5 a 6 años, e inhabilitación absoluta de 8 a 12.

Las del 481.1º del CP. de 1995, con la mencionada agravante, son de 12 años y 1 día a 17 años y 4 meses de reclusión menor con la correspondiente accesoria de inhabilitación absoluta por el mismo tiempo (art. 46), mientras que las de los arts. 164 y 167 son prisión de 8 a 10 años más inhabilitación absoluta de 8 a 12 años, sin accesoria de ninguna clase (art. 55).

Estimamos pues, que incluso teniendo en cuenta el diverso contenido que tienen las penas de uno y otro código, particularmente las privativas de libertad, sobre todo por lo relativo al beneficio de redención de penas por el trabajo, son más favorables para los diferentes acusados las penas del CP de 1995, respecto de los delitos de detención ilegal y secuestro, salvo a Juan Pablo , como ya se ha dicho.

Sin embargo, como la cuestión no ha sido debatida en el juicio oral, ni han sido oídos los interesados al respecto en ningún momento, les reservamos a cada uno de ellos la posibilidad de solicitar la aplicación del CP. anterior si lo estimaran más favorable a sus intereses. Y la misma reserva hacemos, aunque en sentido inverso, a favor de Juan Pablo .

VIGÉSIMOCUARTO.- Para razonar la condena por esta delito hemos de hacer dos grupos de responsables:



1º El que comprende a Luis Enrique , Evaristo , Ramón , Jesús Manuel , Blas , Iván y Jose Francisco , que estuvieron entre sí en contacto durante todo el tiempo que duró el secuestro y, por tanto no sólo tuvieron conocimiento de la existencia del comunicado transmitido, por medio de la Cruz Roja, en la tarde del día 6 de diciembre de 1983, sino también de que tal comunicado, fue acordado por todos (salvo Jose Francisco que lo conoció después), y dado por alguno de ellos, como ya se ha dicho. Jose Francisco declaró que ese comunicado fue idea de Ramón y Evaristo y que Blas lo transmitió por teléfono, pero estos extremos concretos no han quedado, a nuestro juicio, suficientemente acreditados, lo que es irrelevante para la exigencia de responsabilidad penal por el delito de secuestro del 164.

Lo cierto es que la publicación en la prensa y otros medios de difusión de la existencia y contenido de ese comunicado y los frecuentes contactos que Ramón mantenía con su superiores en el Ministerio y con Jesús Manuel con el que le unía particular amistad, así como los que, por otro lado, tenían entre sí Blas , Iván y Jose Francisco , nos despejan cualquier duda que pudiera existir respecto de que todos ellos, vivamente interesados en el tema, tuvieron conocimiento de ese comunicado y de su autoría, y con dicho conocimiento continuaron participando, cada uno en su papel, en el secuestro durante 7 días más, hasta que el 13 de diciembre los jefes políticos acordaron la liberación y dieron otro comunicado en el que realmente se viene a reconocer que el gobierno francés había cumplido la condición que se había puesto a la liberación de Luis Antonio en esa comunicación telefónica anónima con Cruz Roja en la tarde del anterior día 6, y que era por esto precisamente por lo que procedieron a efectuar tal liberación.

Así pues, nos hallamos ante un delito de secuestro del art. 164 CP. de 1995 , por lo que se refiere a las seis personas de este primer grupo, porque el contenido de ese comunicado (Hecho Probado 12º) revelaba que los secuestradores de Luis Antonio sometían la supervivencia, y consiguientemente la libertad de éste, al hecho de que salieran de la prisión francesa donde se encontraban recluidos los 4 policías españoles que habían sido detenidos el anterior 18 de octubre, dando un plazo al respecto de 48 horas.

Basta con esto para que concurran los elementos del tipo de secuestro del apartado 1º del art. 164, que sólo requiere "el secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad".

Es penalmente irrelevante, por tanto, el hecho de que la liberación de esos cuatro agentes españoles se produjera dentro de ese plazo de las 48 horas, como también lo es el dato de que los propios secuestradores creyeran que precisamente por la condición que ellos habían impuesto esa liberación se había efectuado, como reveló el contenido del último de los comunicados de los tres que existieron en el caso presente, tal y como antes se ha dicho.

2º Por otro lado, se encuentra el grupo de los otros cinco acusados por el mismo delito, que han de ser condenados por el tipo básico de detención ilegal del art. 163.1 y no por el secuestro del art. 164.

Nos referimos a Donato , José , Tomás , Jesús Carlos y Juan Pablo .

Entendemos que hay datos para sospechar que, al menos algunos de tales cinco procesados, también conocieron la existencia del comunicado dado a través de la Cruz Roja, e incluso su autoría; pero, sopesados esos datos, sin necesidad de entrar en mayores detalles sobre este extremo, consideramos que no son suficientes para construir una prueba de indicios que no nos dejara duda al respecto. El principio "in dubio pro reo" se impone aquí para que tengamos que considerar que a los miembros de este segundo grupo no les ha de afectar, a la hora de ser castigados, la existencia de ese comunicado que imponía una condición para liberar a Luis Antonio .

VIGÉSIMOQUINTO.- Queda claro, por lo antes expuesto, que tanto los seis procesados que han de responder por el delito de secuestro del art. 164, como los otros cinco que han de hacerlo conforme al art. 163.1 deben ser conceptuados autores del delito detención ilegal y secuestro respectivamente.

Nos queda por examinar cómo han de responder Jesús Manuel , incluido en el grupo de los seis primeros, pero que no era autoridad ni funcionario público, y Juan Pablo .

A) El art. 167 constituye lo que la doctrina denomina un delito especial impropio, porque requiere una determinada condición para ser autor del mismo, la de autoridad o funcionario público, y al propio tiempo hay otras normas penales que castigan los mismos hechos respecto de quienes carecen de tal condición, las de los arts. 163, 164, 165 y 166.

Aquí sólo nos interesa contemplar ese delito especial impropio, el del art. 167, en relación con uno de esos otros que son básicos respecto de este último, concretamente en relación con el ya referido art. 164, apartado primero, que sanciona, como ya se ha dicho, "el secuestro de una persona exigiendo condición para ponerla en libertad".



Jesús Manuel fue coautor con otros coprocesados de este delito de secuestro del apartado primero del art. 164, pero a diferencia de estos otros coprocesados no era ni autoridad ni funcionario público.

La consecuencia, según doctrina no unánime pero que podemos considerar mayoritaria, parece ineludible según nuestro Derecho positivo: aunque todos sean coautores, unos han de responder por el art. 167 por reunir la especial cualidad que este artículo exige para el sujeto activo, mientras que D. Jesús Manuel ha de hacerlo por el 164, por no concurrir en su persona la referida cualidad. A diferencia de alguna otra legislación, en la española no existe prohibición de romper el título de imputación. Aquellos infringieron un deber específico como funcionarios o autoridades, deber que a este último no le alcanzaba, y ello justifica la aplicación de una norma más benévola.

B) La participación de D. Juan Pablo aparece relatada en el apartado 13º de los Hechos Probado. Tuvo una actuación corta en el tiempo, unas 12 horas, desde las primeras de la tarde del día 13 hasta las primeras del día siguiente, aproximadamente.

Había recibido instrucciones de acompañar a una persona detenida cuando ya estaba decidida su liberación para ese mismo día, a fin de tranquilizarla y para ello debería hablarle en francés, lo que hizo Juan Pablo y a satisfacción del secuestrado que así lo manifestó en sus declaraciones en el juicio oral, acompañándole hasta el mismo momento en que fue dejado en territorio francés.

Ayudó a su transporte desde la cabaña donde había permanecido más de nueve días, particularmente en la subida por el monte hasta alcanzar la carretera donde otros policías les esperaban con unos vehículos. Juan Pablo fue sentado al lado de Luis Antonio, en la puerta de atrás del coche que conducía Donato, cumpliendo la misma tarea de sosegar al secuestrado. Bajados todos del vehículo, ayudó a llevar a Luis Antonio a través del campo pasando la frontera hasta dejarlo junto a un árbol.

Juan Pablo tradujo al francés el último de los comunicados que se dejó en un bolsillo de la víctima y finalmente, ya de regreso, desde las instalaciones españolas del puesto fronterizo de Dancharinea, hizo varias llamadas telefónicas a los gendarmes franceses hasta que se cercioró de que éstos conocían el lugar donde habían dejado a Luis Antonio y de que iban enseguida a recogerlo, como así ocurrió. Desde luego, ayudó en el secuestro de Luis Antonio.

Pero tal comportamiento no puede calificarse de autoría en el delito de detención ilegal, pues no realizó ningún acto de detener ni de encerrar. En las horas que permaneció en la cabaña con el secuestrado eran otras las personas encargadas de la custodia, José, Tomás y Jesús Carlos, que llevaban varios días cumpliendo dicha tarea.

Tampoco cooperó en la ejecución de la detención ilegal con un acto sin el cual el delito no se habría efectuado, concepto de cooperación necesaria que nos ofrece el apartado b) del párrafo 2 del art. 28 del CP. de 1995, coincidente con lo que decía el art. 14.3º CP. de 1973. El delito ya se había cometido y casi consumado en su totalidad. Juan Pablo intervino con una actuación de carácter secundario. No podemos decir que esa actuación en un hecho delictivo de largo duración en el tiempo, que había comenzado nueve días antes, respecto del cual habían decidido y actuado ya como autores otras personas, pudiera depender de la pequeña participación que aportó Juan Pablo en esa última jornada.

Nos hallamos ante un caso claro de complicidad (arts. 16 y 52 CP 1973, y arts. 29 y 63 del CP de 1995).

A la hora de determinar las normas penales aplicables al caso, es claro que le son más favorables las del código que estaba vigente cuando los hechos ocurrieron, sin que, por tanto, sea necesario acudir al de 1995. Basta, para percatarnos de esto, tener en cuenta que el grado que hay que bajar, igual en ambos códigos (arts. 53 y 63), ha de ser conforme a las normas que para ello cada código establece: el art. 53 del CP. de 1973 que manda tomar la pena inferior en grado según la escala gradual respectiva (escala 1ª del art. 73) hace que para el cómplice del delito del art. 480.1 haya de aplicarse la pena de prisión menor, que por la agravante de prevalimiento del carácter público solicitada por la acusación popular 1ª, comprende desde 2 años, 4 meses y 1 día a 6 años, con la accesoria de suspensión por el mismo tiempo. Sin embargo, aplicando el CP. de 1995 (art. 70.2º), partiendo de la pena de 5 a 6 años de prisión y la de inhabilitación absoluta de 8 a 12 años, que resultan de los arts. 163 y 167, serían la de 2 años y 6 meses a 5 años de prisión, y de 4 a 8 años de inhabilitación absoluta. Como hemos de imponer el límite inferior, dada la poca entidad de actuación incluso desde la perspectiva de la complicidad, es claro que es más favorable, para sancionar a Juan Pablo, aplicar el CP. que estaba en vigor cuando los hechos ocurrieron, y no el ahora vigente de 1.995.

VIGESIMOSEXTO.- Examinamos aquí lo relativo a las peticiones de agravación y atenuación solicitadas por las partes respecto de los delitos por los que hemos de condenar:



A) La única circunstancia agravante concurrente es la de prevalimiento del carácter público que tiene el culpable, aplicable al cómplice Juan Pablo , como acabamos de decir, solicitada por la primera de las acusaciones populares y que constituye el equivalente de la aplicación del art. 167 (que agrava la detención ilegal y el secuestro cuando el sujeto activo del delito lo es una autoridad o funcionario público).

B) La otra circunstancia agravante, la de ensañamiento (5ª del art. 10 del CP de 1973 y del art. 22 del CP de 1995), pedida por la misma acusación popular, no ha de aplicarse, porque, según conocida jurisprudencia de esta Sala (Ss. 20.5.1985 y 30.10.1987, entre otras muchas), sólo cabe cuando los males causados han de reputarse excesivos respecto de aquello que, conforme a las circunstancias concretas del caso, era necesario para la comisión concreta del delito. Las condiciones inhumanas en la detención de D. Luis Antonio , fueron necesarias para el delito cometido a fin de evitar que sus secuestradores y custodios pudieran algún día ser reconocidos por la víctima. No existió el deliberado propósito de aumentar sus sufrimientos.

C) Tampoco cabe aplicar al caso la atenuante 3ª del art. 21 del CP de 1995 , pedida por la defensa del procesado D. Blas , simplemente porque no ha quedado probado nada de lo que se pudiera deducir que obró con arrebató, obcecación y otro móvil pasional.

D) La misma parte, la defensa del Sr. Blas , ha pedido la aplicación de las atenuantes 5ª y la 6ª del art. 21 del CP de 1995 . No hubo reparación alguna del daño ni disminución de los efectos del delito que pudiera derivarse de un comportamiento de dicho Sr. anterior a la celebración del juicio oral. La petición de perdón a la víctima hecha durante dicho juicio carece de relevancia jurídica a estos pretendidos efectos atenuatorios, incluso para justificar la atenuante analógica del nº 6.

E) Asimismo hemos de denegar la atenuante 4ª del art. 21 del CP de 1995 , pedida por la representación de D. Jose Francisco , simplemente porque falta el requisito cronológico exigido al respecto. Cuando Jose Francisco confesó la infracción implicando a otras personas y aportando el documento del primer comunicado manuscrito por Jesús Manuel y con unas palabras añadidas por Ramón , el 16 de diciembre de 1994, ya conocía quien así confesó que el procedimiento se había iniciado mucho tiempo antes y que en el mismo incluso él había declarado (el día 25-8-1993 -folio 387 a 389-) en unos términos diametralmente opuestos a los utilizados en esa de 16 de diciembre. Respecto de D. Juan Pablo caben los mismos argumentos, con la particularidad de que poco pudo aportar de utilidad para este caso en su declaración de la misma fecha (16-12-1994), porque poco sabía respecto de este hecho del secuestro de D. Luis Antonio , en el que tan corta intervención tuvo.

F) Las defensas de Jose Francisco y Juan Pablo y la de Blas han pedido respectivamente la aplicación del art. 57 bis b) del C.P. de 1973 y del 579 del C.P. de 1995 , que son normas referidas a los delitos específicos que las mismas regulan: los relacionados con banda armada o terrorismo. Como en la presente resolución absolvemos respecto de las acusaciones formuladas por los delitos de pertenencia o colaboración con banda armada, es claro que tales disposiciones no pueden tener aplicación.

VIGESIMOSEPTIMO.- Veamos ahora cuáles son las penas a imponer:

A) Por el delito de detención ilegal las siguientes:

Para Luis Enrique , Evaristo , Ramón , Blas , Iván y Jesús María , las de los arts. 164 y 167, es decir, la mitad superior de la pena del 164, esto es, de 8 a 10 años de prisión, más la de inhabilitación absoluta por tiempo de 8 a 12 años.

Para Damborenea, la del art. 164, esto es, de 6 a 10 años de prisión sin ninguna de las accesorias a que se refiere el art. 56. Ya decimos aquí que acordamos imponerle 7 años por la decisiva intervención que tuvo en la formación de la voluntad colectiva de retener a Luis Antonio después de conocer el error en la persona que se había producido, con la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo, en razón a que su actuación en los hechos fue por el cargo político que ostentaba, Secretario General del Partido Socialista en Vizcaya.

Para Donato , José , Tomás y Jesús Carlos , las de los arts. 163 y 167, esto es, de 5 a 6 años de prisión (mitad superior de la prevista en el 163) e inhabilitación absoluta de 8 a 12 años. Estimamos que a José y Donato , por su mayor intervención en los hechos, procede imponerles prisión de 5 años y 6 meses más inhabilitación absoluta por 9 años, mientras que Tomás y Jesús Carlos , por la menor duración y relevancia de su concreta actuación, han de ser sancionados con una pena de prisión de 5 años más la de inhabilitación absoluta por 8, el mínimo legalmente permitido.

También el mínimo legalmente permitido, el de 2 años y 4 meses y 1 día de prisión menor con la accesoria correspondiente, es el que acordamos imponer a Juan Pablo , como cómplice del delito del art. 480.1º del CP de 1973, con la mencionada agravante 10ª del art. 10 .



B) Por la malversación de caudales públicos del art. 432.1º, sin circunstancia modificativa alguna, cabría imponer a los seis que hay que condenar como autores de este delito, los Sres. Luis Enrique , Evaristo , Ramón , Blas , Iván y Jose Francisco , una pena de prisión comprendida entre 3 y 6 años y una inhabilitación absoluta de 6 a 10 años.

C) Ahora bien, es claro que nos hallamos ante un concurso medial del art. 77 del CP de 1995 , porque la malversación fue medio necesario para el delito de secuestro.

La relación de medio a fin entre tales dos delitos no ofrece duda: el dinero que se obtuvo de los fondos reservados fue utilizado para pagar el precio puesto por el Comisario francés y los mercenarios a quienes se encargó la traída de Lujua a España, previo su secuestro en su domicilio de Hendaya, aunque luego trajeron a Luis Antonio .

Como siempre, la dificultad se ofrece a la hora de determinar si concurrió el requisito de la necesidad en esa relación de medio a fin, expresamente exigida en el vigente art. 77, como antes lo era en el 71 del CP de 1973 .

Nuestra jurisprudencia (véase por ejemplo las sentencias de 2 de noviembre de 1984, la de 22 de enero de 1988, 9 de febrero de 1990, 7 de julio de 1992, entre otras) utiliza un doble criterio para delimitar ese concepto de necesidad:

1ª. Ha de tratarse de una necesidad objetiva, esto es, no basta la mera intención del sujeto, sino que se requiere que, más allá de esa intención, haya una serie de razones que impongan la comisión de una infracción penal si se quiere cometer otra.

2ª. Esa necesidad objetiva ha de medirse no en abstracto, sino en concreto, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias específicas en que el hecho se realizó, que han de ser reveladoras de que el delito fin, con los medios que se disponían en su momento, no podía ejecutarse si no era acudiendo a aquellos que podían proporcionar el delito medio.

En el supuesto que estamos examinando es evidente a todas luces que, aplicando ese doble criterio (necesidad objetiva medida conforme a las circunstancias concretas del caso) existe esa relación necesaria de medio a fin exigida por el citado art. 77 entre la malversación y el secuestro.

Es claro que en abstracto el dinero para pagar a los mercenarios podía haber salido de cualquiera que hubiera estado dispuesto a colaborar con su donación, pero habida cuenta de que en esos momentos para esa finalidad de luchar contra el terrorismo de ETA se estaban usando, y ello era plenamente legítimo, fondos reservados para obtener informaciones y otras colaboraciones de personas no funcionarios del Estado español, y, sobre todo, teniendo presente que era importante la cantidad pactada con los mercenarios para la operación Lujua, un millón de francos franceses, equivalente en aquella época, finales de 1983, a unos 18 millones de pesetas, y que, en definitiva, las Autoridades que dispusieron de ese dinero para la comisión del secuestro carecían de otra fuente de ingresos para su financiación fuera de los fondos reservados, todo este conjunto de circunstancias nos llevan a afirmar que tal necesidad existió y que nos hallamos ante un caso más en que hay que aplicar esta rara figura en nuestras leyes, el concurso medial, también conocido como teleológico o instrumental , que es una modalidad de concurso real (pluralidad de acciones en correspondencia con una pluralidad de delitos) sancionada como si se tratara de un concurso ideal (unidad de acción con pluralidad de delitos) porque, dicen sus justificadores, esa pluralidad de acciones equivale a una sola en el propósito del agente, lo que equipara la responsabilidad de este hecho complejo a la prevista para el concurso ideal.

De una u otra forma, con una justificación u otra, o sin ninguna, es lo cierto que nos hallamos ante una norma penal cuya aplicación es inexcusable, aunque no haya sido ni siquiera mencionada a lo largo del debate del juicio oral ni tampoco antes. Se trata de una disposición legal de aplicación obligatoria, incluso de oficio, por ser en el caso beneficiosa para algunos de los acusados, concretamente para los seis que han de responder de los dos delitos por los que esta Sala condena, los Sres. Luis Enrique , Evaristo , Ramón , Blas , Iván y Luis Enrique .

Tal art. 77 prevé dos sistemas de punición para los casos de concurso ideal o medial: el de penar por separado y el de imponer la pena de la infracción más grave en su mitad superior, ordenando que de tales dos sistemas se opte por el que arroje un resultado de sanción más favorable.

En el caso presente la suma de las penas que corresponderían a los delitos del art. 432.1 y del 164 en relación con el 167, antes expresadas (apartados A) y B), esto es, penándolos separadamente, excede de la mitad superior del delito de secuestro cometido por funcionario público o autoridad. Por tanto, hemos de condenar a tales seis señores responsables de los dos delitos con la mitad superior de las sanciones correspondientes al más grave de ellos (el de secuestro): la pena de prisión que corresponde por la aplicación conjunta de los arts. 164.1 y 167, es decir, de 9 a 10 años (mitad superior de la pena de 8 a 10 años que, a su vez, es la mitad



superior de la de 6 a 10 años, básica en estos delitos conforme al referido párrafo 1 del art. 164), a la que hay que añadir una inhabilitación absoluta entre 10 y 12 años.

Nos hallamos ante un hecho sumamente grave, sobre todo por la circunstancia de que precisamente aquellos que en la organización del Estado tienen encomendado velar por la libertad y el ejercicio pacífico de los derechos de los ciudadanos, sin justificación alguna y sólo por unas razones de prestigio político difíciles de entender e imposibles de compartir, cometieron la infracción de privar de libertad durante diez días en condiciones inhumanas a una persona, cualquiera que fuera su nacionalidad, contra quien ningún cargo han podido demostrar.

Ante tal gravedad y habida cuenta del beneficio ya obtenido por la forzosa aplicación del referido art. 77 (concurso medial), las penas concretas a imponer a los mayores responsables de lo ocurrido, esto es, a las autoridades políticas que decidieron, consintieron y permitieron tan larga duración en la privación de libertad de un ciudadano, han de ser las máximas permitidas por la Ley, es decir, 10 años de prisión y 12 de inhabilitación especial.

A los otros tres responsables de esos dos delitos unidos en concurso medial, en aras de la necesidad de individualizar las penas, habida cuenta de que también les alcanzan las razones de gravedad del hecho antes referidas, con la diferencia importante de que éstos se hallaban subordinados a los responsables políticos y, por ello, tenían menor capacidad de decisión, acordamos condenarles a 9 años y 6 meses de prisión y 11 años de inhabilitación absoluta.

Hemos de añadir aquí que la razón aparentemente humanitaria que movió al manteniendo del secuestro de Luis Antonio una vez conocido que no se trataba del etarra Juan Luis, esto es, la obtención de la libertad de los cuatro policías españoles presos en Francia, carecía de sentido, pues parecía claro que iban a ser puestos en libertad enseguida. Sólo la impaciencia de los secuestradores y la necesidad de dar un sentido favorable a otra acción fracasada (la anterior había sido la de Juan Carlos), puede explicar, nunca justificar, tan grave infracción penal.

VIGESIMOCTAVO.- Vamos a referirnos en este Fundamento de Derecho a uno de los temas más debatidos, primero en el trámite de los artículos de previo pronunciamiento y luego en el desarrollo del juicio oral y en su preparación con los correspondientes escritos de calificación de partes acusadoras y acusadas, siendo, desde luego, el objeto preferido de las defensas que en todo momento alegaron la prescripción de cada uno de los delitos por los que se les acusaba.

La prescripción del delito, como todas las prescripciones que operan en todos los órdenes jurídicos, se halla fundada en razones, no de justicia sino de seguridad jurídica, ante la necesidad de que el paso del tiempo consolide determinadas situaciones de hecho que no pueden permanecer de modo permanente en la incertidumbre.

En el ámbito penal, prescindiendo de la prescripción de la pena que ahora no nos interesa, produce la extinción de la responsabilidad criminal cuando transcurre el tiempo determinado por la Ley desde que se cometió la infracción punible sin haberse iniciado procedimiento alguno, y también cuando, iniciado el procedimiento, éste queda paralizado durante ese periodo legalmente establecido, entendiéndose que la paralización subsiste cuando los actos procesales concretos son de mero trámite, carentes de contenido sustantivo.

En el caso presente el problema debatido ha sido sustancialmente el que deriva de la frase "cuando el procedimiento se dirija contra el culpable", utilizada por el legislador para decirnos cuál es el momento en que el plazo de prescripción queda interrumpido, tanto en el nuevo Código Penal (art. 132.3) como en el antiguo (art. 114.2).

Dejamos aparte por su inocuidad el tema de la utilización incorrecta de la palabra "culpable", que sólo puede usarse adecuadamente en el ámbito penal cuando hay una sentencia firme condenatoria. Es evidente que con dicha palabra el Código Penal se está refiriendo al sujeto pasivo del proceso, imputado, inculcado, procesado, acusado, etc. según la fase del procedimiento en que nos encontremos.

La jurisprudencia de esta Sala, tradicionalmente, hasta los años 1991 y 1992, ha venido entendiendo que el procedimiento se dirige contra el culpable desde el momento en que se inicia para averiguar tanto el delito como la identidad de los delincuentes, y esta línea jurisprudencial se mantiene hasta la actualidad como lo ponen de relieve las sentencias de 6 de julio de 1994, 1 de marzo de 1995 y 13 de junio de 1997, entre otras. Dice esta última literalmente, citando otras muchas, que "la prescripción no necesita para interrumpirse actos de inculpación o imputación formal, pues basta que el procedimiento se incoe genéricamente en averiguación del hecho y sus posibles autores".



A partir de los referidos años de 1991 y 1992 abunda otra jurisprudencia de signo contrario, que exige, para que el procedimiento se entienda dirigido contra el culpable, que éste de algún modo aparezca determinado en su tramitación, bien por medio de su nombre y apellidos, bien de otro modo a través del cual pudiera llegar a conocerse su identidad.

Así las cosas, esta Sala entiende que la última dirección jurisprudencial antes expuesta sólo puede tener su aplicación en los supuestos delictivos ordinarios, cuando el delito ha sido cometido por una sola persona o por unas pocas, no cuando se trate de delitos atribuidos a una colectividad de sujetos en la que hay una organización más o menos estructurada o jerarquizada, con unos miembros, los más bajos de la escala, que son los que realizan los actos materiales de ejecución del delito y que, por ello, más fácilmente pueden ser conocidos y condenados, y otros, los jefes o mandos intermedios de la colectividad, que actúan en la sombra dirigiendo, planificando y ordenando a los inferiores lo que ha de hacerse.

Estimamos que, en estos últimos supuestos, ya se dirige el procedimiento contra el culpable cuando la querella o la denuncia admitida a trámite o el procedimiento iniciado de oficio se dirige contra esa colectividad, aunque no exista designación nominal de los responsables criminales ni otra a través de la cual pudiera llegar a identificarse individualmente.

Precisamente el objeto del proceso así iniciado (o impulsado después de su iniciación) es, entre otros extremos la averiguación de quiénes son las personas que están formando parte de esa colectividad criminal, que constituye precisamente una de las finalidades que el art. 299 de la L.E.Crim. asigna al sumario, que ha de estar destinado, entre otras cosas, a realizar las actuaciones encaminadas a averiguar la culpabilidad de los delincuentes.

En el presente caso, a poco de iniciarse el sumario 1/1988, con fecha de 23 de abril de ese mismo año, la parte que en el juicio oral actuó como primera acusación popular en nombre de 104 ciudadanos españoles presentó una querella que objetivamente se refería a varias actuaciones del grupo llamado GAL, entre ellas expresamente al hecho del secuestro de Luis Antonio (folio 422 vuelto), así como a la utilización de fondos públicos para financiar estas actividades (folio 420 vuelto), es decir, claramente a los dos hechos delictivos por los que esta sentencia ahora condena. Esa querella aparece dirigida nominalmente contra D. Jose Francisco y D. Juan Pablo, y como se sospechaba que tales miembros del Cuerpo Nacional de Policía no habían actuado por su cuenta, la querella se dirigió también contra "cualesquiera otras personas, no juzgadas ni condenadas, o responsables de instituciones, que en el curso de la investigación aparezcan como partícipes en las actividades de la organización terrorista denominada Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL)" (folio 420), diciendo luego (a la vuelta del mismo folio 420) que "la prensa informó igualmente de la utilización de fondos públicos para financiar estas actividades, y se acusó abiertamente a funcionarios policiales con nombres y apellidos, y a instituciones del Estado de ser los responsables de la creación de los GAL y de hacer uso de dicha organización dentro de lo que se ha conocido como la Guerra Sucia contra ETA".

Tal querella fue admitida a trámite por auto de 13 de Mayo de ese año de 1988.

A la vista de los términos de esa querella, entendemos que, desde que fue interpuesta y admitida a trámite, lo que ocurrió antes de haber transcurrido cinco años desde la comisión del secuestro de Luis Antonio, quedó interrumpida la prescripción por los dos delitos por los que aquí condenamos, no sólo contra Jose Francisco y Juan Pablo nominalmente designados, sino también contra todos los que luego fueron apareciendo a lo largo del procedimiento como partícipes, entre los que se encuentran quienes en la presente resolución son condenados, procedimiento que tuvo interrupciones en su trámite, pero sólo por unos meses, nunca por los plazos que la Ley señala para la prescripción de los delitos de malversación o de detención ilegal.

En conclusión, con la argumentación antes expuesta rechazamos todas las solicitudes de prescripción de los delitos hechas por los diferentes acusados en el presente procedimiento.

Pero, a mayor abundamiento, hemos de decir que esta Sala entiende que respecto de aquellos procesados que en la presente resolución son condenados por el concurso medial de los delitos de malversación de caudales públicos y de secuestro, es decir, los Sres. Luis Enrique, Evaristo, Ramón, Blas, Iván y Jose Francisco, tampoco habrían prescrito tales dos delitos, aunque adoptáramos la tesis jurisprudencial más extrema, antes referida, por la que se exige una identificación individualizada para interrumpir la prescripción.

Cometieron el delito que el Código Penal 73 sanciona en el art. 481.1º, como detención ilegal sometida a condición, con la pena de prisión mayor en grado máximo a reclusión menor en grado medio. Es decir, una pena compuesta de otras dos, pues en el Código Penal anterior, a diferencia del ahora en vigor, no había una sola pena de prisión, sino varias con diferentes nombres que, a todos los efectos eran penas diferentes (véanse los artículos 27, 39, 45, 46, 47, 70, 73 y 79, entre otros). "Cuando la pena sea compuesta, se estará a la mayor para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo", nos dice el último párrafo del art. 113, precisamente



el que señala los plazos de prescripción para los diferentes delitos teniéndose en cuenta la pena que tienen asignada, artículo que en su párrafo 2º señala el plazo de quince años "cuando la ley señalase al delito la pena de reclusión menor", que es el caso del antes mencionado art. 481.1º, aunque esta pena aquí no esté contemplada en toda su extensión, sino sólo en los dos grados inferiores de los tres de que consta.

Es decir, conforme al Código Penal 73, este delito del art. 481.1º tiene un plazo de prescripción de 15 años, y lo mismo hay que decir respecto del Código Penal 95, porque el art. 167, aplicado al caso, tiene prevista una pena de inhabilitación absoluta superior a 10 años que lleva consigo el mismo plazo de prescripción (art. 131.2º).

Como desde diciembre de 1983, fecha de los hechos de autos, hasta aquella otra en que se dirigió de modo individualizado el procedimiento contra los aquí condenados por delito de secuestro (años de 1994 y 1995), aún no habían transcurrido esos 15 años, no cabe hablar de prescripción respecto de este delito de detención ilegal condicionada o secuestro, incluso adoptando la más reciente postura jurisprudencial de esta Sala que, como antes hemos razonado, no consideramos aplicable a los delitos como el presente cuyo sujeto activo aparece como una colectividad.

Pero es que tampoco habría prescrito el delito de malversación unido en concurso medial con el de secuestro, tan estrechamente relacionados los dos entre sí que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, no cabe que la responsabilidad criminal prescriba respecto del uno con independencia del otro.

Cierto que algunas Sentencias de esta Sala que acogen la jurisprudencia referida usan expresiones aisladas que no se pueden compartir, como son aquellas que dicen que no pueden prescribir de modo aislado los delitos o faltas que se tramitan en el mismo procedimiento junto a otro delito que no ha prescrito, criterio procesal rechazable, porque nunca condicionamientos de este orden (procesal) pueden limitar la aplicación de una norma penal que, en beneficio del reo, declara extinguida la responsabilidad criminal.

La mencionada jurisprudencia debe limitarse a criterios sustantivos, los que, por ejemplo, nos expone la Sentencia de 6 de Noviembre de 1991, dictada en el conocido caso del secuestro y muerte de Jose Ramón , en cuyo Fundamento Jurídico 1º podemos leer lo siguiente: "El instituto de la prescripción, de aplicación a todas las ramas jurídicas, tiene, sin embargo, en el Derecho Penal, una específica significación. La esencial nota que caracteriza a la prescripción en el Derecho Penal es que, cuando ha transcurrido el tiempo que marca la Ley en cada uno de los supuestos, el Estado decida renunciar al ejercicio del poder punitivo que ostenta, teniendo en cuenta que por esta sola circunstancia la razón de su persecución se debilita o extingue y los fines básicos de la pena resultan ya prácticamente inalcanzables.

Pero cuando a una persona se le imputan varias infracciones penales gravísimas: asesinato, detención ilegal, atentado, etc. no concurren ya las circunstancias que sirven de presupuesto a la prescripción. La sociedad no ha olvidado el comportamiento ni sus consecuencias, entendiéndolo todo como una unidad. Se trata, en definitiva, de un propósito único que se proyecta penalmente hacia varias direcciones y, por consiguiente, no procede aplicar la prescripción que la Sala de instancia utilizó, razonándolo de forma adecuada desde su punto de vista o la idea que presidía su realización.

Procede, pues, la estimación del motivo. La detención ilegal seguida de homicidio no puede separarse de éste. Hay una conexión natural, íntima, indestructible y por tanto, mientras el delito principal no prescriba, no puede entenderse prescrito el delito que podemos llamar, a estos efectos, subordinado".

Aunque al final de esta cita se aluda al artículo 17 LECr , las razones que tal resolución expresa son de carácter sustantivo, que tuvieron su continuidad en otras Sentencias de este mismo Tribunal (Ss. 12 de Marzo de 1993, 18 de Mayo de 1995 y 10 de Noviembre de 1997, entre otras) y su precedente en otra de 14 de Junio de 1965.

Entendemos que dos delitos en concurso ideal o medial forman una unidad de orden sustantivo tan íntima que no cabe hablar de prescripción de uno cuando el otro aún no ha prescrito. Y esto es lo ocurrido en el caso presente en el que la malversación, para cuya prescripción podría haber regido el plazo de 10 años, fue un medio necesario para la comisión del delito de secuestro que prescribe a los 15 años.

Tampoco cabría hablar de prescripción con esta última tesis jurisprudencial.

VIGESIMONOVENO.- En materia de responsabilidad civil han de señalarse dos indemnizaciones: una a favor del Estado por importe de 10.350.000 pts, equivalente de los 575.000 francos franceses al cambio de 18 pts que fue el de los últimos meses de 1.983, por el delito de malversación de caudales públicos; y otra de 30 millones de pts. a favor de D. Luis Antonio , por el de detención ilegal o secuestro, cifra acordada tras largo debate en el examen de las diversas pruebas practicadas al respecto, en la que se incluyen los daños de todo orden, físicos, psíquicos y económicos, así como las secuelas antes detalladas (Hecho Probado 14º). Para su fijación hemos tenido en cuenta muy especialmente los graves sufrimientos padecidos en los diez días



que duró su secuestro en las lamentables circunstancias que ahora no es necesario repetir y en las fechas inmediatamente posteriores hasta que fue recobrando su normalidad psíquica, nunca alcanzada del todo.

Los 10.350.000 pts. a favor del Estado han de abonarse solidariamente y por partes iguales por los seis condenados por malversación, los Sres. Luis Enrique , Evaristo ., Ramón , Blas , Iván y Jose Francisco .

Los 30 millones de pesetas para D. Luis Antonio habrán de abonarse en proporción a la diferente intervención que los doce condenados han tenido en el hecho de su detención ilegal: medio millón a cargo de Juan Pablo , condenado en calidad de cómplice; y respecto de los autores de la detención ilegal o secuestro, un millón que habrá de pagar cada uno de los encargados de la custodia del secuestrado en la cabaña y del suministro de lo necesario para la subsistencia en esos nueve días que duró el encierro, Donato , José , Tomás y Jesús Carlos ; y el resto hasta los 30 millones, es decir, 25.500.000 pts, a repartir por partes iguales entre los principales responsables, que actuaron o consintieron en el planteamiento de la operación y en su desarrollo hasta el final, también Jesús Manuel y Jose Francisco , aquél por su relevante actuación en el momento en que se decidió el envío de Luis Antonio a la casa rústica donde permaneció encerrado, y éste por su importante intervención en los contactos con el Comisario francés y sus mercenarios y después en la llegada a España del secuestrado y su transporte hasta la montaña de Cantabria.

Todo ello en cumplimiento de lo ordenado por el art. 106 CP 73 , norma aplicable a la materia de las responsabilidades civiles, que era la vigente cuando ocurrieron los hechos, porque respecto de ésta (la responsabilidad civil) no cabe hablar de retroactividad de ley más favorable, principio aplicable sólo a las cuestiones estrictamente penales.

También hemos de tener en cuenta lo dispuesto en el art. 107 del mismo Código Penal : los autores han de responder cada uno por su cuota respectiva, y también por las cuotas de los demás, solidariamente entre todos y subsidiariamente respecto de la cuota asignada al cómplice. El cómplice responderá por la suya y sólo subsidiariamente por las de los autores en caso de insolvencia de todos éstos.

TRIGESIMO.- Hemos de aplicar al caso, a petición de las diferentes acusaciones, el art. 22 Código Penal 73 , que impone la responsabilidad civil subsidiaria a cargo de las personas, entidades, organismos o empresas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicio.

No nos hallamos ante una norma penal, por lo que es posible su interpretación extensiva, y así lo ha venido haciendo esta Sala desde hace muchos años, primero, entendiéndolo que encaja aquí la responsabilidad del Estado por los delitos cometidos por sus autoridades o funcionarios de cualquier clase, lo mismo que la de cualquier otro ente público en iguales casos; y después considerando esa relación de dependencia en el ejercicio de las obligaciones en un sentido asimismo amplio, abarcando, desde luego, los supuestos de extralimitaciones que ordinariamente existen cuando un dependiente público comete un delito.

En el supuesto presente nos encontramos en un caso paradigmático de responsabilidad civil subsidiaria por parte del Estado. No es necesario abundar en detalles para comprender que el Estado haya de responder, caso de insolvencia de los autores y cómplice del delito de detención ilegal o secuestro que nos ocupa, respecto de la indemnización acordada a favor de D. Luis Antonio : las máximas autoridades del Ministerio del Interior, la primera autoridad provincial de Vizcaya, así como varios mandos y agentes de Policía de esa ciudad, hicieron uso de las prerrogativas, y algunos de ellos incluso del dinero, que el Estado había puesto en sus manos, para, prevaleciéndose de todo ello, cometer el grave delito del secuestro de dicho Sr.

Véase, entre otras muchas, las sentencias de esta Sala de 12 de Marzo de 1992 y 14 de Junio de 1993.

TRIGESIMOPRIMERO.- La materia de las costas es, desde luego, de orden procesal, por lo que deben regir las normas del Código Penal 95 , vigente durante el desarrollo de la última parte del proceso y en el momento de dictar la presente resolución, aunque ninguna modificación relevante para el caso presente se ha producido en relación a la legislación anterior, teniéndose en cuenta que la regulación más detallada en la materia, como es fácilmente explicable, se halla en la LECr (arts. 239 y ss), no alterada en este tema.

La única novedad incluida en el art. 124 del nuevo Código Penal respecto del anterior, la que ordena la inclusión siempre de "los honorarios de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte" nada dice de los demás acusadores particulares o populares, cuya inclusión en la condena en costas que aquí ha de hacerse es lo que ha planteado problemas, que resolvemos en la forma que a continuación razonamos:

A)- Por lo dispuesto en el art. 123 Código Penal 95 ha de imponerse el pago de las costas a los condenados penalmente, excluyendo las correspondientes (un tercio) al delito de banda armada por el que absolvemos.



B)- De las restantes dos terceras partes de las costas, una parte ha de ser abonada por partes iguales por los seis condenados por el delito de malversación de caudales públicos, y la otra por todos los que lo fueron por el de detención ilegal o secuestro, también por iguales partes.

C)- Hay que incluir en la condena al pago de las costas las devengadas por la actuación de la acusación particular que defendió los intereses de la víctima, D. Luis Antonio , pues coinciden en su favor los dos criterios que esta Sala ha venido manejando al respecto, el de la relevancia y el de la homogeneidad.

D)- Sin embargo, hay que excluir de tal condena al pago de las costas las ocasionadas por la actuación de las dos acusaciones populares. Cualquier ciudadano puede ejercer la acción penal. Así lo reconoce incluso la propia Constitución Española en su art. 125, consagrando en esta ley fundamental lo que ya decía nuestra LECr. en sus artículos 101 y 270 (luego se recogió en el art. 19 LOPJ). Pero quien así actúa sabe (o debe saber) que, cuando no es perjudicado por el delito y existe acusación pública, como ocurrió en el caso presente, su actuación en el proceso no puede suponer un coste adicional a pagar por los condenados.

Esta Sala reiteradamente así viene entendiéndolo: Ss. de 21 de Febrero de 1.995, 7 de diciembre 1996 (caso Nécora, F.D. 89), 2 de Febrero de 1996, 17 de Mayo de 1996, 20 de Diciembre de 1996 y 9 de Julio de 1997.

TRIGESIMOSEGUNDO.- Por último, hemos de contestar a tres peticiones de algunos de los acusados:

A) Varios de ellos han solicitado que en la presente resolución propongamos al Gobierno que conceda su indulto. Rechazamos tal petición porque no existe razón alguna en la que tal proposición pudiera fundarse.

B).- La defensa de los acusados D. Jose Francisco y D. Juan Pablo ha solicitado que la condena que pudiera imponerse a éstos en la presente resolución se acumule a la ya existente contra los mismos. Tal decisión de acumulación de penas a los efectos de determinar el límite de las que deban cumplirse, no puede hacerse en la presente resolución: ha de seguirse el trámite ordenado en el art. 988 LECr .

C).- La misma defensa de Jose Francisco y Juan Pablo , pide que se mantenga el tercer grado penitenciario que ahora disfrutaban dichos dos acusados en el cumplimiento de las graves penas a las que en sentencia firme ya han sido condenados, cuestión de carácter penitenciario sobre la que esta Sala no puede resolver.

III. FALLO

F A L L O

CONDENAMOS al Excmo. Sr. D. Luis Enrique , a D. Evaristo y a D. Ramón , como autores de dos delitos, uno de malversación de caudales públicos y otro de secuestro, unidos en régimen de concurso medial y sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a las penas de diez años de prisión y doce años de inhabilitación absoluta que produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que cada uno de ellos tenga, aunque sean electivos, y, además, la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena.

CONDENAMOS a D. Blas , a D. Iván y a D. Jose Francisco , como autores de esos dos mismos delitos, también en concurso medial y sin circunstancias, a las penas de nueve años y seis meses de prisión y once años de inhabilitación absoluta con el contenido expresado en el párrafo anterior.

CONDENAMOS a D. Jesús Manuel , como autor de un delito de secuestro sin circunstancias modificativas de su responsabilidad, a la pena de siete años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo.

CONDENAMOS a D. Donato y a D. José , como autores de un delito de detención ilegal sin circunstancias, a las penas de cinco años y seis meses de prisión y a la de inhabilitación absoluta de nueve años con el contenido antes referido.

CONDENAMOS a D. Tomás y a D. Jesús Carlos , como autores del mismo delito de detención ilegal sin circunstancias, a las penas de prisión durante cinco años e inhabilitación absoluta por ocho años con el mismo contenido ya expresado.

CONDENAMOS a D. Juan Pablo , como cómplice de ese mismo delito de detención ilegal, pero con aplicación del CP anterior y con la circunstancia agravante de prevalerse de su carácter público, a la pena de dos años cuatro meses y un día de prisión menor con suspensión de cargo público y derecho de sufragio por el mismo tiempo.

Condenamos a los seis autores del delito de malversación de caudales públicos, los referidos Sres. Luis Enrique , Evaristo , Ramón , Blas , Jose Antonio y Jose Francisco a que paguen al Estado, solidariamente y por partes iguales, diez millones trescientas cincuenta mil (10.350.000) pesetas.



Fijamos la indemnización a favor de D. Luis Antonio en treinta millones (30.000.000) de pesetas, señalando las siguientes cuotas: medio millón de pesetas a cargo del cómplice Juan Pablo, un millón de pesetas a cargo de cada uno de los otros cuatro coautores del delito de detención ilegal: Donato, José, Tomás y Jesús Carlos y el resto, veinticinco millones quinientas mil pesetas que abonarán por partes iguales los siete autores del delito de secuestro: los Sres. Luis Enrique, Evaristo, Ramón, Jesús Manuel, Iván, Natalia y Jose Francisco. Los autores del delito de secuestro y de detención ilegal, que son todos los acusados a excepción de Juan Pablo, han de responder cada uno por su cuota y solidariamente por las cuotas de los demás autores, al tiempo que subsidiariamente respecto de la asignada a Juan Pablo. Este último responderá por la suya y sólo subsidiariamente por las de los autores en caso de insolvencia de todos éstos.

Respecto de esta indemnización de treinta millones de pesetas declaramos al Estado responsable civil subsidiario.

ABSOLVEMOS a todos los acusados de los delitos de pertenencia o colaboración con banda armada, declarando de oficio un tercio de las costas del presente procedimiento.

Condenamos a los mencionados autores del delito de malversación, Sres. Luis Enrique, Evaristo, Ramón, Blas, Luis y Jose Francisco al pago, por partes iguales, de un tercio de las costas de este proceso.

Condenamos a los autores y al cómplice de los delitos de secuestro o detención ilegal, que son todos los acusados, a que, por partes iguales, paguen el otro tercio de las costas.

Acordamos incluir en la condena en costas las devengadas por la actuación de la acusación particular que representó a D. Luis Antonio, y excluimos las ocasionadas por las dos acusaciones populares.

No ha lugar a ninguna de las peticiones de nulidad de actuaciones, ni tampoco a declarar la prescripción por ninguno de los delitos por los que aquí se condena.

Abónese el tiempo de privación de libertad sufrido por algunos de los procesados.

En las piezas de responsabilidad civil se habrá resuelto o se resolverá sobre la solvencia o insolvencia de los ahora condenados.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR Que, en respetuosa discrepancia con el parecer de la mayoría de la Sala, formulan

los Magistrados D. José Jiménez Villarejo y D. Gregorio García Ancos, frente a la Sentencia dictada, con esta misma fecha, en la Causa Penal núm. **2530/1995**. ANTECEDENTES DE HECHO Se aceptan los Antecedentes de hecho relacionados en la Sentencia de la que discrepamos. Se aceptan igualmente los hechos que en la Sentencia se declaran probados con las siguientes salvedades: a). Consideramos que, ante determinadas imputaciones realizadas en las conclusiones fácticas de las acusaciones, se ha debido decir en la declaración probada que no ha quedado acreditado, porque efectivamente así ha sido, que la idea de realizar acciones contra ETA al margen de la ley no fue nunca asumida por el Gobierno de la Nación en 1.983. b). No consideramos probado que los procesados D Luis Enrique e y D Evaristo o participasen en la detención ilegal de D Luis Antonio o, ni incitándola, ni autorizándola, ni respaldándola, ni interviniendo en momento alguno durante el tiempo que duró la detención. c). No consideramos probados que D Evaristo o entregase, con consentimiento del Sr Luis Enrique e o sin el, la cantidad de un millón de francos franceses con que se dice se había de financiar la detención del Sr Luis Antonio o. d). No consideramos tampoco probada la autoría de ninguno de los procesados en la llamada telefónica que el día 5 ó 6 de Diciembre de 1.983 se hizo por una voz anónima a la Cruz Roja de San Sebastián anunciando la "ejecución" del Sr Luis Antonio o si en el plazo de cuarenta y ocho horas no se liberaba a los Policías españoles que se encontraban en prisión, en Francia, desde que intentaron la detención del presunto etarra Juan Carlos s. En todo lo que no sea contradictorio con los cuatro puntos que acabamos de enunciar, aceptamos la declaración de hechos probados de la Sentencia de la que discrepamos. FUNDAMENTOS DE DERECHO 1.- En todo Estado democrático de Derecho el control de legalidad sobre la actuación de los poderes del Estado corresponde exclusivamente, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional - art. 117.3CE -, a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes. La CE menciona especialmente, en el art. 106.1, el control que la jurisdicción contencioso-administrativa ejerce en relación con la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como con el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. Pero, aun no existiendo una explícita proclamación al respecto, es evidente, desde la indistinta sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y a la luz del principio de igualdad de todos los españoles ante la ley, proclamados respectivamente



en los arts. 9º.1 y 14 CE , que la jurisdicción penal debe llevar a efecto una función de control de legalidad - del sector de la misma cuya aplicación le compete- sobre quienes ejercen los poderes del Estado, incluidos naturalmente los titulares del propio poder judicial. Esta función de control de legalidad penal no tiene más limitaciones, tratándose de Diputados y Senadores, que las establecidas en el art. 71.1 a 3 CE y, tratándose del Presidente y los demás miembros del Gobierno, las establecidas en el art. 102 CE , limitaciones con las que, en última instancia, se trata de cohonestar el principio de legalidad con el democrático. No obstante, si los titulares de los poderes legislativo y ejecutivo inciden en un comportamiento antijurídico, con antijuricidad penal, no es sólo la jurisdicción de este orden la llamada a declarar su responsabilidad. De dicho comportamiento se puede derivar también otra clase de responsabilidad, la política, que se exige desde otras instancias, por otros procedimientos y con otras sanciones. Esto es lógicamente casi inevitable cuando a un miembro del Gobierno se le acusa de un hecho presuntamente criminal que se dice realizado en el ejercicio de la función política propia del poder ejecutivo. Esta circunstancia debe ser subrayada desde el comienzo de la fundamentación de este voto particular. En el caso presente, esta Sala ha sido llamada a conocer y a dictar sentencia porque uno de los procesados -D Luis Enrique e- tiene la condición de Diputado y goza del fuero especial establecido en el art. 71.3 CE . Pero es evidente que, cuando los hechos que se le atribuyen tuvieron lugar, era Ministro del Interior y que aquéllos, si fuesen ciertos, habrían sido realizados por él en su condición de miembro del Gobierno entonces ejerciente.

2.- La aparente coincidencia de las dos clases de responsabilidades a que acabamos de referirnos es, en principio, indiscutible en el caso del Sr Luis Enrique e. De los hechos que se le atribuyen en la sentencia no sólo se ha deducido la responsabilidad criminal que la Sala ha considerado conforme a derecho. Mucho antes, los mismos hechos habían generado una clara responsabilidad política que aun ahora se le viene exigiendo desde instancias muy diversas. No sólo al Sr Luis Enrique e sino al Gobierno de que formó parte y al partido político que lo sustentó. Para nadie es un secreto, en efecto, que el caso enjuiciado en la sentencia de la que discrepo fue utilizado profusamente por algunos de los partidos para atacar al Gobierno a que pertenecía el Sr Luis Enrique e y que ha continuado siendo utilizado en la confrontación política después de una elecciones que llevaron consigo un cambio de mayorías y de Gobierno. Pues bien, cuando de unos mismos hechos se derivan responsabilidades políticas y presuntas responsabilidades penales es preciso que los jueces hagamos un riguroso ejercicio de prudencia -virtud que jamás puede faltar en nuestro ánimo- para evitar que, subrepticamente, la responsabilidad política venga a exigirse por la vía de la responsabilidad penal o, lo que es igual, que la primera sea sustituida por la segunda. Porque si tal cosa ocurriese, quedaría profundamente desvirtuado el papel de los jueces en la vida pública -convertidos acaso en instrumentos de la lucha política- y seriamente afectado el delicado equilibrio que deben mantener entre sí los poderes del Estado democrático. Es por ello por lo que conviene recordar en este punto algunos de los criterios que sirven comúnmente para deslindar los dos planos de la responsabilidad, penal y política, cuya distinción -dice la STC 11-2-97 - es "uno de los mayores logros del Estado constitucional como forma de organización libre y plural de la vida colectiva". Dos criterios de diferenciación pueden ser elegidos como especialmente esclarecedores. De una parte, así como la responsabilidad penal es siempre personal, en el doble sentido de que sólo se responde de acciones u omisiones propias y únicamente cuando las mismas pueden ser imputadas a su autor en virtud del título que tradicionalmente se ha denominado culpabilidad, la responsabilidad política puede tener un carácter marcadamente objetivo e independiente de la culpabilidad o inculpabilidad de la persona responsable, pues cabe que se haya de responder políticamente de hechos ajenos, por ejemplo, de los realizados por quienes están jerárquicamente subordinados aunque la conducta de éstos no haya sido inducida ni consentida por el superior llamado a responder. De otra parte, así como la responsabilidad penal del acusado de un delito no puede ser declarada mientras no se pruebe, con las debidas garantías, su culpabilidad -entendido ahora este término como participación del acusado en el hecho delictivo que se le imputa- en la responsabilidad política se produce, en cierto modo, una inversión de tan elemental principio, de suerte que no sería descaminado sostener que, contrariamente a la presunción de inocencia, que la CE en su art. 24.2 eleva al rango de derecho fundamental que protege, frente al poder, a la persona en trance de ser declarada penalmente responsable, existe una "presunción de desconfianza" en el gobernante, que hace más fácil naturalmente la exigencia de responsabilidad política que la de responsabilidad penal. En opinión de los Magistrados que suscriben este voto, los razonamientos con que la Sala sentenciadora ha fundado su convicción de culpabilidad en relación con los Sres. Luis Enrique e y Evaristo o sugieren una indebida difuminación de los límites entre la responsabilidad política de los mismos, que este Tribunal no tiene competencia para declarar, y una responsabilidad penal que, a nuestro modo de ver, no ha quedado probada en el juicio oral. Indebida difuminación que afecta tanto a la dualidad subjetividad/objetividad como a la dialéctica entre presunción de inocencia y presunción de desconfianza con que hemos caracterizado la distinción entre ambas clases de responsabilidad.

3.- La eventual causación por unos mismos hechos de las dos responsabilidades a que nos hemos referido en el fundamento jurídico anterior comporta un riesgo del que conviene cobrar cabal conciencia para que la dimensión política que en estos casos tiene la función jurisdiccional no altere, en manera alguna, el normal ejercicio de la misma. La legitimidad de origen de los órganos del poder judicial les viene dada del pueblo - art. 117.1 CE - a través de la Norma Fundamental y la legitimidad de ejercicio



la han de conquistar, día a día, otorgando la debida tutela y respetando escrupulosamente los derechos y libertades de los justiciables. Como es obvio, uno de los derechos fundamentales que deben inspirar el ejercicio de la jurisdicción penal es el derecho del acusado de un delito a que el juzgador declare su inocencia si no ha superado la duda en que, inicial y metódicamente, se debe situar por exigencias de lo que se ha llamado "la verdad interina de inocencia"; derecho que, en el fondo, no es sino otra manera de formular el de presunción de inocencia - art. 24.2 CE - que, como se dice en la STC 109/1986, de 24 de Septiembre , entre otras muchas, debe tener "influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba. Desde este punto de vista, el derecho a la presunción de inocencia significa, como es sabido, que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria impidiendo la condena sin pruebas. Significa además que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. Significa, asimismo, que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia". Sobre el alcance del citado derecho y resumiendo una doctrina estampada en multitud de resoluciones, dice la STC 3/1990, de 15 de Enero : "La presunción de inocencia exige para poder ser desvirtuada una actividad probatoria de cargo producida con las debidas garantías procesales y de las que pueda deducirse razonada y razonablemente la culpabilidad del acusado, debiendo, en principio, realizarse tal actividad probatoria, para dar cumplimiento a los principios de oralidad, inmediación y contradicción que presiden el proceso penal, en el acto del juicio oral". Sobre esta última exigencia de que la actividad probatoria se desarrolle en el acto del juicio oral, la STC 201/1989, de 30 de Noviembre , recogiendo igualmente numerosos precedentes, se pronuncia así: "Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 de LECrim .) que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador. Ahora bien, lo dicho no comporta en modo alguno que, en orden a la formación de la convicción a que se orienta la actividad probatoria, haya de negarse toda eficacia a las diligencias policiales y sumariales, practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos, pues, de una parte, cuando dichas diligencias sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, pueden constituir la base probatoria sobre la que los Tribunales formen su convicción y, en definitiva, pueden constituir medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia". Lo que quiere decir que requisito imprescindible para que las diligencias sumariales sean recibidas en el juicio oral y se constituyan en medios de prueba válidos para enervar la presunción de inocencia es que se hayan practicado "con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos". No es éste, ciertamente, el caso de las diligencias instruidas en los dos sumarios acumulados en el Juzgado Central de Instrucción nº 5, de los que procede el instruido por el Magistrado Delegado de esta Sala, que sirve de antecedente a las actuaciones en que ha recaído la sentencia. 4.- En la tramitación de los sumarios acumulados 1/88 y 17/89 del Juzgado Central de Instrucción número 5 de produjeron, en efecto, determinadas incidencias que aun no siendo suficientes para decretar la nulidad de todas o de parte de las actuaciones según solicitaron dos de las defensas -entre otras razones, porque en el proceso penal las causas de nulidad deben operar su efecto, preferentemente, privando de eficacia probatoria a las diligencias en que dichas causas concurren- sí son capaces de extender, en torno a no pocas de las actuaciones, una sombra de irregularidad que aconseja ser muy cautos en la conceptualización de las mismas como auténticas pruebas, especialmente de aquéllas que parecían claramente orientadas a investigar la intervención que en los hechos pudieran haber tenido los Sres. Luis Enrique e y Evaristo o. Sirvan de ejemplo de lo que decimos los siguientes datos extraídos del sumario: A) Existen indicios de que determinadas declaraciones -concretamente, las primeras que prestaron a mediados del mes de Diciembre de 1.994 los procesados D Jose Francisco o y D. Juan Pablo o -estuvieron precedidas de reuniones informales con el Sr. Juez Instructor, con el consiguiente riesgo de que la espontaneidad de las declaraciones se viese sensiblemente mermada. B) A las primeras mencionadas declaraciones de los Sres Jose Francisco o y Juan Pablo o, que orientaron decisivamente el curso de la ulterior investigación y estuvieron en el origen de las imputaciones que se hicieron a los Sres Luis Enrique e y Evaristo o, siguió inmediatamente -el 17 de Diciembre de 1.994- un auto del Instructor en que, entre otras medidas, se acordó comunicar al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria competente que la "única forma de prevenir y paliar" el riesgo que supuestamente corría la vida de los Sres Jose Francisco o y Juan Pablo o era que no pernoctasen en un establecimiento penitenciario los cuatro días de la semana que tenían que hacerlo, por encontrarse en el tercer grado de cumplimiento de las penas que les fueron impuestas en la primera sentencia recaída en la causa 1/88, luego acumulada a la 17/89 del citado Juzgado Central de Instrucción . Debe señalarse que tan insólito beneficio penitenciario les fue concedido a los Sres. Jose Francisco o y Juan Pablo o por el Juez competente. C) No faltan motivos para sospechar que algunos de los procesados pudieron presumir con cierto fundamento que la prisión provisional contra ellos acordada, durante la primera fase de la instrucción del sumario, no estuvo fundada tanto en el



riesgo de que se fugasen a causa de la gravedad de los delitos que se les imputaban, como en el imaginado deseo del Instructor de que modificasen sus primitivas declaraciones, lo que, fuese o no cierto, restaría evidentemente espontaneidad y libertad a las posteriores. D) El día 2 de Enero de 1.995, el Sr Luis Enrique e, a través de su Procurador y en escrito firmado por su Letrado, se dirigió al Juzgado de Instrucción solicitando se le citase para prestar "testimonio" y poder defenderse de las imputaciones que había dirigido contra él el Sr Jose Francisco o en el sumario de referencia, según estaba publicándose desde varios días antes en todos los medios de comunicación, solicitud que fue denegada por el Juzgado, primero por providencia de 3 del mismo mes de Enero y luego por auto del día 19 siguiente, resolutorio del recurso de reforma interpuesto contra aquélla. Se razonaba en el auto la denegación diciendo, de un lado, que el Sr Luis Enrique e no tenía la condición de parte por lo que no estaba legitimado para pedir diligencia alguna -lo que sin duda era cierto aunque no podía ser ignorado que, en cierto modo, solicitando tutela judicial estaba interesando se le tuviera por parte- de otro, que al solicitante no se le imputaba delito alguno lo que a primera vista hubiese llamado poderosamente la atención de cualquiera que estuviera medianamente atento a las noticias difundidas a diario- y, finalmente, que el mismo no podía ser citado para prestar testimonio y defenderse toda vez que no se cita a los testigos para que se defiendan sino para que presten testimonio, lo que no dejaba de ser una mal encubierta e inoportuna chanza. De este modo, el Sr Luis Enrique e, contra el que menudearon las acusaciones en los meses siguientes, no logró ser oído hasta que, elevadas las actuaciones a esta Sala y concedido por el Congreso de los Diputados el pertinente suplicatorio, se le recibió declaración casi un año después -el 13 de Diciembre de 1.995- por el Magistrado Instructor Delegado de esta Sala, lo que no parece muy acorde con el mandato del art. 118 LECr., a cuyo tenor "cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculpados" E) Por providencia de 21 de Octubre de 1.994 ordenó el Instructor requerir al Director del periódico "El Mundo" para que "facilite al Juzgado cualquier dato que obre en su poder publicado o no publicado, siempre que no se quebrante el secreto profesional en relación a José Jose Francisco o y Juan Pablo o y su vinculación con los GAL y su presunta participación en el Secuestro de Luis Antonio o". El día 15 de Diciembre del mismo año compareció en el Juzgado el Director requerido y presentó un "dossier" que se componía de una llamada "cronología: las fechas clave de la trama del caso de los GAL" y de un conjunto de fotocopias de artículos, editoriales y notas informativas, todo extraído de diversos números del citado diario, "dossier" que quedó incorporado al sumario con los números de folio 921 a 1.003. Ello supuso que se reconociese implícitamente el rango de actuaciones sumariales, esto es de "actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes" -así las define el art. 299 LECr - a lo publicado en un medio que, en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión e información por supuesto, se caracterizaba en aquel momento, de forma notoria, por la virulencia de sus ataques, en el concreto tema sobre el que había sido requerido a informar su Director, a los Sres Luis Enrique e y Evaristo o y al Gobierno del que había formado parte el primero. Hechos como los que han sido relatados sin propósito exhaustivo y sólo para poner de relieve que la instrucción practicada por el Juzgado Central no ofrece perfiles suficientemente garantistas, por lo que hay que ponerse en guardia frente a la reproducción de las diligencias sumariales en el juicio oral, no se volvieron a producir, innecesario es decirlo, cuando en esta Sala se instruyó el sumario 2530/95 en el que se ha dictado la Sentencia de la que este voto particular discrepa. No obstante, hay que tener en cuenta que no todas las diligencias practicadas en la primera fase sumarial fueron repetidas por el Magistrado Delegado de la Sala y que la actuación de éste estuvo inevitablemente condicionada por los resultados obtenidos mediante las discutibles técnicas indagatorias del Juzgado Central de Instrucción. 5.- Decidido, pues, que las únicas pruebas que debieron ser valoradas en las deliberaciones previas al pronunciamiento de la sentencia, al efecto de la elaboración de los juicios de culpabilidad que han sido emitidos, son las que se celebraron en el acto del juicio oral ante el Tribunal, en las debidas condiciones de oralidad, publicidad, inmediatez y contradicción, veamos ahora las razones por las que, mediante la apreciación en conciencia de dichas pruebas, hemos considerado probados determinados hechos en coincidencia con la mayoría de la Sala y no hemos considerado probados otros discrepando en esto de la mayoría. A). No se ha probado que las dos llamadas "notas de despacho" elaboradas por el Centro de Estudios para la Investigación y Defensa -CESID-, que se mencionan en el último párrafo del segundo de los hechos probados de la sentencia, puedan ponerse en relación con una tampoco probada decisión de las autoridades españolas, a la altura de 1.983, de intervenir en territorio francés para mover a los responsables del País vecino a prestar su colaboración en la lucha contra el terrorismo de ETA. En la sentencia no se tiene por acreditada dicha decisión pero se dice que la idea "fue prosperando" y que cada vez se fue afirmando más la convicción de que era necesario "actuar de algún modo en territorio francés", añadiéndose a continuación que "incluso" el CESID, órgano dependiente del Ministerio de Defensa, confeccionó los documentos de referencia. Hay que decir, para alejar cualquier ambigüedad o sospecha, que no se ha probado que aquella idea fuese asumida por el Gobierno español. En primer lugar, las "notas de despacho" a que se refiere la sentencia, en que se documentaban las entrevistas entre el Director del CESID y el Jefe de la Agrupación Operativa de Misiones Especiales del mismo Centro, no son en modo alguno fiables toda



vez que todas las "notas despacho" correspondientes a las fechas comprendidas entre Noviembre de 1982 y Octubre de 1.989 -según se comprueba con la lectura de la declaración de hechos probados de la Sentencia del Tribunal Militar Central de 9-7-97 dictada en la causa 1/2/95, ya firme al haber sido desestimado el recurso de casación, que contra ella se interpuso, por Sentencia de la Sala 5ª de este Tribunal de 30-3-98- fueron microfilmadas en Mayo-Junio de 1.990 por orden del entonces Jefe de la citada Agrupación D Juan Enrique e, destruyéndose a continuación, en virtud de una orden personal del Sr Juan Enrique e, los documentos en soporte papel en que habían figurado las notas y quedando las microfichas, desde ese momento, en poder y a la exclusiva disposición del Sr Juan Enrique e que, cuando cesó en el CESID el 26 de Noviembre de 1.991, no las entregó al Oficial Superior que le sustituyó, sustrayéndolas del Centro y reteniéndolas durante unos meses hasta que finalmente, ante los reiterados requerimientos de los funcionarios que en él prestaban servicio, las devolvió sobre finales de Febrero de 1.992. Esto quiere decir que las "notas de despacho" remitidas por el CESID e incorporadas a esta causa, después de ser desclasificadas judicialmente como secretas y reservadas, son documentos en soporte papel procedentes de microfichas que el Sr Juan Enrique e tuvo en su poder durante cerca de dos años -ya fuera del CESID, durante unos tres meses- y que perfectamente pudieron ser manipuladas por el mismo antes de devolverlas. Con independencia de esta circunstancia, por sí sola más que suficiente para privar de todo valor probatorio a las referidas "notas de despacho", hay que decir que la primera de las mencionadas en la Sentencia -la de 6 de Julio de 1.983- no pasa de ser una reflexión o estudio teórico sobre las distintas formas de luchar contra el terrorismo y la segunda -de 28 de Septiembre del mismo año- es sólo un aviso de que miembros de Fuerzas de Seguridad del Estado van a realizar, en fechas inmediatas, acciones violentas en el sur de Francia. Ni una ni otra, de las que no consta además que saliesen del Centro, y abstracción hecha de su posible inautenticidad, pueden servir mínimamente para atribuir al Gobierno de la Nación la decisión de llevar a cabo acciones violentas e ilegales en su lucha contra el terrorismo de ETA. B) Ha quedado probado, por las razones que expone la Sala sentenciadora en su análisis de la prueba, que tras el fracaso de la operación dirigida a la liberación del Capitán Lucio o y el asesinato de éste, los procesados D Ramón n, D Blas s, D Iván n y D Jose Francisco o planearon una nueva detención, en Francia, de otro individuo de ETA, que se concretó el objetivo en el llamado Juan Luis s y que la detención se realizó, se prolongó y concluyó como se relata en la narración histórica de la sentencia, con la intervención de las personas que en la misma se mencionan y el desempeño por ellas de los respectivos papeles que se les atribuyen, con la única salvedad de que no consideramos probado que el hecho fuese realizado con la autorización de los Sres Luis Enrique e y Evaristo o, ni que los mismos estuviesen en contacto con los organizadores de la operación durante su desarrollo y conclusión, ni que el Sr Evaristo o, con el consentimiento del Sr Luis Enrique e, entregase al Sr Ramón n un millón de francos para financiar el secuestro. C) La convicción a que ha llegado la mayoría del Tribunal en relación con la participación de los Sres. Luis Enrique e y Evaristo o se funda, sin duda, en pruebas que se practicaron en el juicio oral pero, a nuestro modo de ver, ni tales pruebas eran suficientes para resolver el "dubium" en perjuicio de dichos procesados, ni el "iter" lógico que se ha seguido, a partir de las mismas, para llegar a una convicción inculpatoria es plenamente razonable. Por lo pronto, hay que señalar que tanto el Sr Luis Enrique e como el Sr Evaristo o -al que el primer Instructor tuvo en prisión incondicional desde el 16 de Febrero hasta el 13 de Julio de 1.995- han negado en todo momento, de forma terminante, haber tenido en los hechos la intervención que se les imputa. Frente a dicha actitud negatoria, que no se ha limitado naturalmente al mero rechazo de las acusaciones sino que ha sido largamente argumentada aunque sin éxito, sólo existe una prueba que merezca el nombre de tal: la declaración del Sr Ramón n que empezó siendo exculpatoria para sí mismo y para los que habían sido sus superiores y terminó siendo, tras largos meses de prisión provisional, autoinculpatoria y acusatoria por los Sres. Luis Enrique e y Evaristo o, manteniéndola, con matices de no desdeñable relevancia, en el juicio oral. El Sr Ramón n es el único de los coimputados que, en principio, se puede considerar impropriamente puesto que es un acusado- testigo directo de los hechos que se imputan a aquellos dos, toda vez que él es quien dice que se traslada a Madrid y obtiene el respaldo y la autorización de los Sres. Luis Enrique e y Evaristo o para la detención de Lujua, quien dice haber recibido del segundo un maletín con un millón de francos para los gastos de la operación y quien dice haber hablado por teléfono con los Sres Luis Enrique e y Evaristo o tanto la noche de la detención de D Luis Antonio o y los días que duró el encierro como en el momento que se decidió su liberación. El resto de los coimputados, o sólo han oído decir, en relación con la detención de Lujua luego convertida en la del Sr Luis Antonio o, que se trataba de una cuestión de Estado o de Gobierno, o, por tener una relación más directa con el Sr Ramón n, han recibido de éste información sobre el respaldo ministerial y la entrega del dinero algunos han dispuesto materialmente de él o lo han visto, según dicen- o sencillamente han presenciado conversaciones telefónicas del Sr Ramón n con personas que suponen eran el Sr Luis Enrique e o el Sr Evaristo o. Y es importante caer en la cuenta de que la mayoría de las declaraciones de estos otros coimputados no añaden apenas un dato significativo a lo dicho por el Sr Ramón n, toda vez que la razón de su supuesta ciencia es precisamente lo que han oído a éste. ¿Merece el Sr Ramón n tanto crédito como para hacer descansar en su cuasitestimonio la cuota más importante de la convicción de culpabilidad que se ha formado el Tribunal sentenciador sobre los Sres Luis Enrique e y Evaristo o?. Nuestra opinión es que claramente no. Y debemos dejar constancia aquí, antes de pasar adelante,



de la nula o escasa credibilidad que deben merecer casi todos los protagonistas del proceso que han vertido sus acusaciones contra los dos acusados a que nos estamos refiriendo: algunos -los Sres. Jose Francisco o, Rogelio o y Juan Enrique e- por rasgos sobradamente conocidos de su personalidad moral, otros -el Sr. Jesús Manuel I y el propio Sr. Jose Francisco o- por su indisimulado rencor hacia los Sres. Luis Enrique e y Evaristo o y cuanto los mismos representaban en el plano político- y otros -los Sres. Blas s y Iván n e incluso el propio Sr. Ramón n- por el explicable interés de incorporar su suerte a dos personas cuya compañía en la adversidad presumen puede resultarles provechosa. Ante la firmeza de unas negativas -que evidentemente pueden ser tachadas de inspiradas por el afán de defenderse- y la dudosa credibilidad de quienes acusan, parece razonable situarse en el momento y lugar en que ocurrieron los hechos e indagar la verdad con los criterios de la lógica y la verosimilitud. Más razonable, pensamos, que resolver la contradicción mediante las impresiones que se obtuvieron en unos careos. El careo, del que constantemente dice esta Sala no es diligencia propia del juicio oral sino del sumario, presenta dos serios inconvenientes para el descubrimiento de la verdad: ser, de todas las diligencias probatorias, una de las más expuestas al riesgo de la subjetividad en su valoración, y propiciar, en buen número de casos, que proclamado sea vencedor -el que teóricamente dice la verdad- el más osado, el más habil o el que más grita. D). En la perspectiva que acabamos de anunciar, carece, ante todo, de fundamento serio la suposición, latente en el hecho probado cuarto de la Sentencia, de que los Sres. Luis Enrique e y Vera autorizaron la detención de Juan Luis s de la misma forma que autorizaron la de Juan Carlos s de suerte que la segunda operación se insertaría en una dinámica desencadenada por la primera. Fueron dos casos completamente distintos y ello no puede pasar inadvertido de persona alguna medianamente avisada. La detención de Juan Carlos s fue autorizada por el Ministerio del Interior como medida "in extremis" para salvar la vida del Capitán Lucio o porque se tenía la casi absoluta seguridad de que, si no era liberado, sería asesinado por ETA, como desgraciadamente ocurrió. La mejor prueba de que así fue la tenemos en el apoyo casi unánime que recibió el Sr. Luis Enrique e de la práctica totalidad de las fuerzas políticas cuando compareció, días más tarde, ante el Congreso y se responsabilizó de la operación. La detención de Lujua, por el contrario, tenía la única finalidad, en principio, de interrogarle y obtener información -así se dice expresamente en el hecho probado cuarto de la sentencia -por lo que no se trataba, ciertamente, de una operación encaminada, como la anterior, a evitar un mal inmediato y gravísimo. Ello quizá ya explicaría suficientemente que el Gobernador Civil de Vizcaya y los funcionarios policiales a sus órdenes se decidiesen a montar el operativo de la detención de Lujua sin contar con las Autoridades del Ministerio del Interior. Pero es que, además, no se pueden dejar de ponderar, para extraer las deducciones más razonables de la prueba practicada, dos hechos de no poca importancia -e íntimamente entrelazados- de los cuales uno pertenece a la experiencia histórica reciente y otro quedó sobradamente demostrado por la prueba testifical celebrada en el juicio oral. Estos hechos son, de una parte, el margen de autonomía, heredada del pasado, de que gozaba la Policía en la lucha antiterrorista por los años en que los hechos acontecieron y, de otra, la existencia por entonces en el PSOE-PSE de un sector que, por estar especialmente sensibilizado por el terrorismo de ETA, se inclinaba a veces hacia una respuesta extralegal y violenta. El primero de los hechos apuntados podía convertirse en pauta normalizada de actuación policial si la autoridad política más inmediata -el Gobernador Civil- se identificaba excesivamente con los mandos policiales en un -hasta cierto punto- explicable fenómeno de solidaridad, susceptible de difuminar la frontera que debe separar autoridades y subordinados. El segundo podía llevar fácilmente, en el enrarecido ambiente del País Vasco de la época, tanto a la autoridad política como a la policía a buscar respaldo, cuando lo creyesen necesario, antes que en el Ministerio del Interior, en los dirigentes del PSOE-PSE que tenían ante el terrorismo la actitud antes señalada, aunque la misma no fuese la de los miembros del partido que ejercían en el Estado las funciones de gobierno. No faltan datos, en las actas del juicio oral, que sugieren una situación parecida a la descrita en el grupo de procesados que, en Bilbao, decidieron y ejecutaron la detención de quien pensaron sería Juan Luis s y luego resultó ser D. Luis Antonio o. De un lado, nos encontramos con un Gobernador Civil que sigue una operación policial ordenada por él, no desde su despacho oficial del Gobierno Civil -donde, por cierto, debían estar los teléfonos especiales que permitían el contacto directo del Gobernador con el Ministro en su propio domicilio- sino desde la Jefatura Superior de Policía, y que habla por teléfono con el Ministro del Interior y con el Director General de la Seguridad del Estado, sobre temas especialmente sensibles, en presencia de policías -con independencia de que esto sea o no verdad, si el Sr. Ramón n y sus subordinados lo dicen es seguramente porque lo consideran normal y con frecuencia lo hacía-; de otro lado, el mismo Gobernador Civil, cuando tiene conocimiento de que el detenido no es Lujua sino el Sr. Luis Antonio o, llama "para tener un aval político" -folio 54 del acta del juicio oral correspondiente al 2 de Junio-, al Sr. Jesús Manuel I, Secretario provincial del PSOE-PSE de Vizcaya y miembro muy caracterizado del sector más duro de este partido en materia de métodos a utilizar frente al terrorismo de ETA. Tenemos, pues, resumiendo cuanto acabamos de decir, un Gobernador Civil que mantiene una relación próxima a la de compañerismo con los mandos policiales encargados de la lucha antiterrorista, una Policía habituada a disponer de un ancho margen de autonomía en el ejercicio de dicha actividad y un responsable provincial del partido político que ejerce el Gobierno de la Nación -confesadamente partidario de responder a ETA, incluso fuera del territorio nacional, con acciones violentas y con sus propias armas- al que llama el Gobernador Civil para obtener su "aval político" cuando surge



una imprevista complicación en una operación policial realizada al margen de la legalidad. Con estos datos, no parece muy convincente la afirmación, deslizada en el apartado de la sentencia titulado "análisis de la prueba", que no es concebible que se organizase la detención de Lujua desde el Gobierno Civil de Vizcaya y sin autorización de los máximos responsables del Ministerio del Interior. No sólo es concebible -decimos nosotros- sino que semeja la hipótesis más plausible tratándose de una operación que, probablemente, antes de que se descubriese que el detenido había sido el Sr. Marey y no el etarra Luja, se representaba a sus organizadores sólo como relativamente problemática. E). En la sentencia, sin embargo se aducen otros argumentos en pro de la tesis inculpativa contra los Sres Luis Enrique e y Evaristo o. Por ejemplo, se dice a) que para realizar el secuestro de Juan Luis s por medio de mercenarios era necesario obtener una importante cantidad de dinero que sólo se podía aportar desde el Ministerio del Interior con cargo a los fondos reservados, b) que una operación que iba a desarrollarse en distintas provincias tenía que ser dirigida y controlada desde dicho Ministerio, c) que desde el Ministerio del Interior no se promovió ninguna investigación sobre el paradero, en España, de Don Luis Antonio o y d) que el secuestro de una persona en territorio extranjero podía originar problemas diplomáticos por lo que su autorización tenía que proceder de las máximas autoridades. El valor del primer argumento lo examinaremos cuando analicemos la prueba que se pretende existe en relación con los hechos calificados como malversación de caudales públicos. Los otros tres no resisten la más leve crítica. Con respecto al segundo, basta decir que en el año 1983 unos policías de la Brigada Regional de Información de Bilbao podían moverse y actuar en las tres provincias vascas y en Navarra con el mayor desembarazo y sin ninguna dificultad, según pudo deducirse con toda claridad de las declaraciones que prestaron en el juicio oral los policías procesados, sin que, por otra parte, la forzada estancia del Sr Luis Antonio o en una cabaña de la montaña cántabra, precisamente por su clandestinidad, plantease problemas de coordinación que hubiesen de ser resueltos desde el Ministerio. A propósito del segundo de los argumentos aducidos, debe decirse que la falta de órdenes para la investigación del secuestro del Sr Luis Antonio o es sólo una verdad a medias, puesto que al folio 11 del acta del juicio oral correspondiente al 3 de Junio puede leerse, en la declaración del Sr Evaristo o, que recuerda haber llamado la noche del secuestro al Gobernador Civil de Vizcaya y al Delegado del Gobierno en Navarra llamadas telefónicas confirmadas por sus destinatarios aunque rectificando su finalidad- para darles cuenta de la noticia del secuestro que le había transmitido el Comisario francés Jefe de Fronteras, Sr Benito o, al que el Sr Evaristo o tenía interés en ayudar para poder pedirle su colaboración en futuras ocasiones, a lo que cabe añadir que en las fechas inmediatamente posteriores al secuestro la prensa nacional -así se desprende de la prueba documental aportada- informó de que la Guardia Civil de Navarra rastreaba la provincia en busca del Sr Luis Antonio o, especialmente en las zonas próximas al paso de Dancharinea por donde se suponía -lo que era efectivamente cierto- había sido introducido aquél en territorio español. Por último, el recurso a la posibilidad de problemas diplomáticos a causa del secuestro, como argumento que demostraría la participación en el mismo de los Sres Luis Enrique e y Evaristo o, no deja de causar sorpresa porque acaso sea dicha posibilidad el argumento más fuerte de la tesis contraria. Nos ocuparemos de ello en el apartado siguiente. F). Fracasada la operación Larretxea, asesinado el Capitán Lucio o y encarcelados en Francia el Inspector de Policía y los GEOS que habían intentado detener al primero, ya se había originado un problema diplomático de entidad suficiente como para que las autoridades del Ministerio del Interior, a poca inteligencia que se les suponga, se abstuviesen de organizar o autorizar otra operación de análoga naturaleza, ni aún sirviéndose de ciudadanos franceses en la fase de la detención que se hubiera debido realizar en Francia. Abstención tanto más justificada cuanto que, como ya hemos dicho, el objetivo inicial de la detención de Lujua obtener una eventual información sobre ETA- no podía parangonarse en importancia con la de Juan Carlos s. Pero las razones para estimar que la detención de Juan Luis s no podía ser iniciativa, en aquellas circunstancias, de los Sres Luis Enrique e y Evaristo o no paran ahí. Casi desde el momento en que los funcionarios españoles que habían intentado la detención de Juan Carlos s fueron reducidos a prisión por las autoridades francesas -así se desprende inequívocamente de la prueba celebrada en el juicio oral comenzaron las gestiones políticas y diplomáticas para que les fuese concedida la libertad provisional. Las gestiones, incluso al más alto nivel político, estaban dando su fruto puesto que el día 21 de Noviembre, trece días antes de que se intentase la detención de Lujua, el representante del Ministerio Público francés había emitido informe, ante la autoridad judicial competente, en sentido favorable a la libertad de los funcionarios españoles. En estas condiciones, que lógicamente no podían ser desconocidas por el Ministro del Interior y por el Director General de la Seguridad del Estado, la idea de que éstos pudiesen ordenar o autorizar un secuestro, como medio de acelerar una decisión judicial que se demoraba unos días, difícilmente puede ser acogida en un discurso que se pretende razonable y, mucho menos, situada en un proceso argumental a cuyo término la citada idea se va a convertir nada menos que en presupuesto fáctico de una condena penal. Pero aún hay más. En el mes de Noviembre de aquel año 1983 comenzaron unas conversaciones, entre el entonces Presidente del Gobierno español y el Presidente de la República francesa, cuyo objetivo era conseguir la colaboración de las autoridades del país vecino en la lucha de la Policía española contra el terrorismo de ETA. Así hay que entenderlo probado también en el acto del juicio oral en virtud de la declaración del Sr Felix x -al que suponemos nadie negará el mismo crédito, al menos, que el concedido sin titubeos al Sr Jose Francisco o- y de la prueba documental



presentada en el mismo acto por la Defensa del Sr Luis Enrique e. Las conversaciones a que nos referimos, que empezaron a traducirse en resultados concretos al mes siguiente, pudieron no ser conocidas en todos sus detalles por los Sres. Luis Enrique e y Evaristo o pero no es imaginable que las ignorasen por completo, como seguramente sí las ignoraron quienes planearon y ejecutaron la frustrada detención de Juan Luis s. Y si así fue, como presumiblemente debió ser, es todavía menos probable la hipótesis de que los Sres Luis Enrique e y Evaristo o participaran en los hechos enjuiciados de la forma que se asegura en la declaración de hechos probados de la Sentencia, pues una iniciativa o un apoyo como los que se pretenden sólo hubiesen servido para obstaculizar la actividad negociadora del propio Presidente del Gobierno. Hay que concluir, en consecuencia, que la imputación a los Sres. Luis Enrique e y Evaristo o de haber ideado, impulsado o autorizado el secuestro objeto de enjuiciamiento no sólo descansa en una prueba inidónea para llevar sin racionales dudas a un juicio de culpabilidad -lo que significa que la presunción de inocencia que les ampara no ha sido desvirtuada- sino que la base de la imputación vienen a ser conjeturas fácilmente desechables a causa de su escasa verosimilitud.

G). Sobre el comunicado que una voz anónima transmitió a la Cruz Roja de San Sebastián la tarde del 6 de Diciembre de 1.983, en que se condicionaba la liberación del Sr Luis Antonio o a que en el plazo de cuarenta y ocho horas fuesen puestos en libertad los cuatro policías españoles presos en Francia desde el 18 de Octubre del mismo año, entendemos que ha sido suficientemente probada la realidad del comunicado pero en modo alguno esclarecida su autoría. Aunque el Sr Jose Francisco o, en su declaración del juicio oral -folio 12 del acta correspondiente al día 25 de Mayo- dijo que el comunicado en cuestión se hizo por el Sr Blas s en virtud de instrucciones de los Sres Ramón n y Evaristo o, las más elementales reglas que deben orientar la crítica racional del testimonio obligan a rechazar la veracidad de dicha declaración. Si en ella introdujo el Sr Jose Francisco o, como siempre, la acusación al Sr Evaristo o, diciendo que de éste habían partido las instrucciones para que se transmitiese el citado comunicado, la propia inverosimilitud de esta imputación - que ha sido razonada ya en el apartado anterior- aconseja no dar credito tampoco a la otra en que se atribuye el hecho material de la llamada al Sr Blas s y su instigación, juntamente con el Sr Evaristo o, al Sr Ramón n. Como todos los procesados, en el acto del juicio oral, han negado ser los autores de la llamada y han dicho desconocer quién la hiciese -e incluso han puesto de relieve la inoportunidad de la misma, habida cuenta de que quienes tenían un cierto nivel de información sabían que la libertad de los policías detenidos en Francia se iba a producir en breve- la Sala sentenciadora ha estimado que aquella "contundente negativa" ha sido fruto de un acuerdo para que la "falta de prueba" de dicha circunstancia pueda llevar consigo una figura delictiva menos grave susceptible de haber prescrito. Y entiende, en resumen, que ha quedado suficientemente probado que alguno o algunos de los organizadores del hecho, con el conocimiento de los demás, es decir, los Sres Luis Enrique e, Evaristo o -a estos se les supone siempre en permanente contacto con los demás, dirigiendo desde lejos las operaciones Ramón n, Jesús Manuel I, Blas s y Iván n acordaron la transmisión del comunicado de referencia, "siendo irrelevante se dice-la prueba del dato preciso de la identidad de quien fuera el impulsor de la idea y de quien materialmente hiciera la llamada telefónica para su transmisión". Sobre la fuerza de convicción que puedan tener estos razonamientos, nos vemos obligados a decir lo siguiente: a) si fuese cierto que la negativa de los procesados en el juicio oral, en relación con la autoría del comunicado imponiendo una condición al término de la detención, determinó una "falta de prueba" sobre dicha circunstancia, la falta de prueba no se convertiría en prueba por el mero hecho de que la negativa fuese fruto de un previo acuerdo entre aquéllos; b) la hipótesis de que los policías españoles fueron puestos en libertad por las autoridades francesas, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas impuesto en el comunicado, como consecuencia de la amenaza en el mismo contenida, con independencia de que no arroja luz alguna sobre quienes fueran los autores del mensaje, es menos razonable que la hipótesis de que dicha libertad se produjo el día 8 de Diciembre porque el día anterior -según informó en aquellas fechas la prensa nacional- se reunió la Cámara de Apelación de Pau, que conocía del caso, para decidir sobre la situación personal de los policías españoles; c) la técnica de distribución de responsabilidades que consiste, en el supuesto de un hecho delictivo con pluralidad de autores, en considerar igualmente autores, de cualquier incidencia que haya surgido en el desarrollo del hecho, a todos los partícipes, cuando no se sabe quién ha provocado ésta o aquella incidencia, es muy discutible desde el punto de vista del principio de presunción de inocencia. Mediante dicho procedimiento se sustituye la prueba de la participación de cada uno de los acusados en la incidencia de que se trate por una presunción de culpabilidad que se extiende a todos y de la que todos se tienen que defender demostrando su inocencia, con lo que, a la postre, se invierte de forma inadmisiblemente la carga de probar la culpabilidad que incumbe a las acusaciones. La responsabilidad penal es personal y no susceptible de transformarse en colectiva cuando no se puede identificar la persona responsable. Si, en el caso que ha resuelto la sentencia no se sabe como ocurre en efecto- quién hizo la llamada imponiendo una condición para la liberación del Sr Luis Antonio o, no es legítimo zanjar la cuestión diciendo que alguno o algunos fueron los que llamaron -gramaticalmente sería más exacto decir en este contexto que alguno o algunos "debieron llamar" o "llamarían"-porque de esta forma no se historifica el hecho en su plenitud sino que, narrándose una historia, se llenan con suposiciones o sospechas los huecos que en ella ha dejado la actividad probatoria. Por lo demás, la técnica a que nos referimos es tan aventurada que puede conducir a resultados abiertamente injustos, pues el Tribunal, al asignar



las responsabilidades, puede eliminar del colectivo cuyos miembros estima pueden ser declarados culpables a determinados partícipes -como se ha hecho en este caso- por razones seguramente no caprichosas pero siempre sometidas al riesgo de la discrecionalidad. Consideramos, por ello, que no se ha probado la autoría de ninguno de los procesados en relación con la llamada que se hizo el día 6 de Diciembre de 1.983 a la Cruz Roja de San Sebastián, amenazando con ejecutar a D Luis Antonio o si no se liberaba a los policías españoles detenidos en Francia por su intervención en la frustrada detención de Juan Carlos s. H). Uno de los argumentos en que apoya la sentencia de la mayoría la afirmación de que fueron los Sres Luis Enrique e y Evaristo o los inductores y máximos responsables de los hechos enjuiciados, es que una operación tan compleja y costosa sólo se podía financiar desde el Ministerio del Interior y con cargo a los fondos reservados, de los que se dice entregó el Sr Evaristo o al Sr Ramón n un millón de francos. Y el caso es que esta entrega del millón de francos es precisamente uno de los puntos sometidos a la apreciación de la Sala que más difícilmente, en nuestra opinión, se pueden estimar probados. Una vez más nos encontramos con un hecho cuyo acreditamiento únicamente se puede buscar en una declaración de un coimputado -el Sr Ramón n- no exenta de contradicciones como veremos. Por supuesto, el Sr Jose Francisco o dijo en el acto del juicio oral que vió el maletín con el millón de francos en el despacho del Sr Blas s folio 36 del acta correspondiente al 25 de Mayo- pero éste declaró -folio 28 del acta correspondiente al 1 de Junio- que nunca contó el dinero y que cree que no fue él -folio 7 de la misma acta- sino el Sr Ramón n el que le entregó al Sr Jose Francisco o medio millón de francos que no recuerda pasasen por sus manos. El Sr Iván n, por su parte, dijo folio 13 del acta correspondiente al 27 de Mayo- que la entrega del millón de francos la conoce "por referencias" y los otros procesados nada sabían sobre el particular. Como es altamente improbable que el Sr Jose Francisco o contase el dinero que dice haber visto en el maletín, ni en el despacho del Sr Ramón n ni en el del Sr Blas s si fue en este último donde lo vió, es preciso examinar las circunstancias que rodean esta supuesta disposición de fondos reservados. I). Hay que decir, para empezar, que ni el Sr Evaristo o ni el Sr Luis Enrique e, con respecto al cual su único acusador -el Sr Ramón n- dijo, al folio 51 del acta correspondiente al 2 de Junio, tener dudas sobre si le habló del millón de francos en la visita en que le propuso la detención de Juan Luis s, han reconocido en ningún momento haber hecho entrega de ese dinero al Sr Ramón n. Dicho ésto, preciso es hacer constar los siguientes datos antes de valorar la prueba que contradice tales negativas: a) No existe el menor rastro en la contabilidad del Banco de España, Departamento de Extranjero, de que se comprase un millón de francos, en las fechas próximas a los hechos, por la Dirección General de la Seguridad del Estado, con cargo a los gastos reservados; la única compra por dicha cantidad y en ese concepto que figura en la contabilidad del Banco de España folio 3.040 del Sumario 17/89- tiene fecha 11.04.84. Alguna acusación ha especulado, en su informe oral, con la posibilidad de que la Dirección General de la Seguridad del Estado extrajese, mediante talón, una cantidad de dinero, en pesetas, aproximada al contravalor de un millón de francos, de la c/c 012128 que dicha Dirección General mantenía en el Banco de España para el depósito de los fondos reservados y que, seguidamente, con ese dinero se comprase la referida cantidad de divisas en una entidad bancaria privada. Pero la especulación no pasa de ser tal. Porque ni un solo Banco -y la investigación fue exhaustiva en la primera fase de la instrucción- ha dado cuenta de una operación semejante, sin que pueda ser ponderada seriamente la eventualidad de una operación clandestina e ilegal a efectos inculpatórios, ni las extracciones, ciertamente importantes, que figuran en el movimiento de la citada cuenta corriente -folio 2.882 del sumario 17/89- guardan correspondencia con las fechas en que se dice entregado el millón de francos, ya que dichas extracciones están datadas el 6 y 7 de Octubre de 1.983, fechas en que ni siquiera se podía haber empezado a pensar en la detención de Juan Luis s puesto que entonces -justamente el día 5 del mismo mes- acababa de ser secuestrado el Capitán Lucio o. b) Tampoco es posible apenas seguirle el rastro al millón de francos en el que pudo ser su destino: medio millón se dice que fue entregado por el Sr Jose Francisco o a un policía francés llamado Rosendo o, ya fallecido, cincuenta mil parece que pasaron de las mismas manos a las de un ex-legionario francés llamado Carlos María a que corrió la misma y desgraciada suerte, veinte mil se utilizaron para retribuir -diez mil a cada uno- a los dos franceses que capturaron al Sr Luis Antonio o y lo custodiaron los primeros días en la cabaña y el resto -se dice- fue devuelto al Sr Evaristo o, según una sorprendente revelación hecha en el acto del juicio oral por el Sr Ramón n que, con anterioridad, había olvidado siempre hacer esta interesante puntualización. c) El Sr Rosendo o era, a tenor de la inmoral actuación que se le atribuye, un policía corrupto, al parecer de nivel muy secundario, al que sin embargo la policía española retribuía, con largueza y por anticipado, no se sabe muy bien qué servicios. Según parece deducirse de la confusa declaración del Sr Jose Francisco o en el acto del juicio oral- folios 7 y 20 del acta correspondiente al 25 de Mayo-el Sr Rosendo o recibió medio millón de francos por llevar a cabo con su "gente" la detención de Joaquín n que luego resultó ser Larretxea Juan Carlos s. Si esto hubiera sido así, la entrega del medio millón de francos no se hubiese producido con ocasión de la detención de Juan Luis s que resultó ser la del Sr Luis Antonio o- sino con motivo de una operación anterior que no ha sido objeto de este procedimiento. Pero como, en el resto de su declaración, el Sr Jose Francisco o dijo que el medio millón de francos le fue entregado al Sr Rosendo o en pago de una información necesaria para la detención de Juan Luis s, información que resultó igualmente errónea, hay que llegar forzosamente a la conclusión de que, o bien el mencionado policía



francés se reía sistemáticamente de sus colegas españoles cobrando por anticipado informaciones falsas -la última de las cuales desembocó en la detención del Sr Luis Antonio o- o bien la historia del millón de francos hubiera debido suscitar serias reservas a la hora de tenerla por probada. d) el Sr Ramón n, en su declaración del acto del juicio oral -folio 24 del acta correspondiente al 2 de Junio- situa el día en que el Sr Evaristo o le hace entrega de un maletín con un millón de francos entre los últimos de la primera quincena y los primeros de la segunda quincena de Octubre de 1.983 y poco después -folio 50 de la misma acta- concreta un poco más y dice que recibió el dinero entre el 16 y el 18 de Octubre de ese año, es decir, antes de que se conociese el asesinato por ETA del Capitán Lucio o -o el mismo día- y antes de que, como consecuencia del mismo, según se dice, se decidiese la detención de Juan Luis s, pese a lo cual el Sr Ramón n sostiene -folio 10 de la misma acta- haber recibido el dinero con ocasión del viaje que hizo a Madrid para recabar la autorización de los Sres Luis Enrique e y Evaristo o para la operación policial orientada a la detención de Juan Luis s. J). Como se ve, la endeble prueba en que se basa la afirmación de que el Sr Evaristo o, con el consentimiento del Sr Luis Enrique e, entregó un millón de francos procedentes de los fondos reservados para financiar la detención del miembro de ETA Juan Luis s -que fue luego confundido con el Sr Luis Antonio o- está afectada por tantas contradicciones, y rodeada de tantos vacíos no explicados y tantas preguntas sin respuesta que no puede considerarse razonable haber extraído de tal prueba una conclusión incriminatoria como la aceptada en la sentencia de la que discrepamos, por lo que, en nuestra opinión, también en este punto ha sido vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de los Sres Luis Enrique e y Evaristo o. La detención de Juan Luis s tuvo, evidentemente, un coste pero mucho menor del que se le asigna en la sentencia. Como no podemos suponer que se pagaron cincuenta mil francos al llamado Carlos María a -so pena de arrostrar el peligro de hacer una suposición gratuita- y sabemos que a Lucas s y a Jose Pablo o se les pagaron diez mil francos a cada uno -lo que supone unas trescientas cincuenta mil pesetas al cambio oficial en los días en que los hechos ocurrieron- podemos cifrar prudencialmente la cuantía del coste acreditado, sumándole las doce mil pesetas y algunos gastos menores de comidas, hoteles y traslados, en una cantidad próxima pero no superior a las quinientas mil pesetas. Dinero que, por supuesto, pudo salir de los fondos reservados puestos a disposición del Gobierno Civil de Vizcaya. 6.- El delito de detención ilegal, cuyo elemento objetivo básico está legalmente definido, de forma alternativa, con los verbos "detener" y "encerrar", está orientado, en su tipificación y castigo, a la tutela penal de la libertad deambulatoria. Se detiene a una persona, a los efectos de la tipificación del hecho, cuando se le priva meramente de dicha libertad, y se la encierra cuando esa privación se realiza constriñéndola en los límites especiales largo, ancho y alto- de un local del que se le impide salir por cualquier medio. En uno y otro caso, el delito en cuestión supone un grave atentado a una de las dimensiones más importantes de un valor -la libertad- que el art. 1º.1 CE propugna como uno de los superiores del ordenamiento jurídico del Estado social y democrático de Derecho. Dimensión de la libertad que el art. 17.1 CE, a su vez, proclama como derecho fundamental. La importancia constitucional de este derecho justifica sobradamente que su protección se haga efectiva mediante el instrumento más enérgico que la sociedad organizada conoce: el del derecho penal. La libertad deambulatoria de la persona se protege punitivamente tanto frente a los particulares como frente a los funcionarios públicos, algunos de los cuales, pudiendo detener legítimamente cuando la ley les autoriza e incluso les obliga a hacerlo, pueden convertirse en riesgo -debiendo ser garantía- para la libertad de los ciudadanos cuya conducta no está comprendida entre los supuestos legales que permiten su detención. El CP de 1.973, vigente cuando los hechos declarados probados se cometieron, tipificaba dos modalidades distintas de detención ilegal: la que cometía -art. 184- "el funcionario público que practicare ilegalmente cualquier detención", la gravedad de cuya pena estaba en función, exclusivamente, del tiempo que hubiese durado la privación de libertad, y la que cometía -art. 480- "el particular que encerrare o detuviere a otro", la gravedad de cuya pena dependía de una pluralidad de circunstancias, una de las cuales, pero no la única ni la principal, era el tiempo que hubiese durado la detención o encierro. Como quiera que las penas establecidas en el CP derogado para las detenciones ilegales cometidas por particulares eran sensiblemente superiores a las previstas para las cometidas por funcionarios públicos, y esta inexplicable disparidad, en la perspectiva de un Estado democrático, no fue corregida en las sucesivas y parciales reformas de que fue objeto el Texto de 1.973 tras la entrada en vigor de la Constitución de 1.978, la doctrina jurisprudencial, a partir sobre todo de la S. de esta Sala de 6-10-86, vino propugnando una aplicación restrictiva del art. 184, limitada a los casos en que el funcionario ha comenzado su actuación de manera adecuada a Derecho, excediéndose luego de las facultades que le incumben - STS 110/1995, de 2 de Febrero - así como una correlativa aplicación extensiva del art. 480, aplicable cuando el funcionario actúa como un particular, al margen de lo que puede entenderse como su ámbito competencial, bien por carecer de competencia para detener, bien por actuar guiado por motivaciones particulares, bien por extralimitarse gravemente en el ejercicio de sus funciones - STS, entre otras, de 25-6-90, 11-6-92, 20-5-95 y 30-11-95 -. La situación legal es hoy, por obra del CP promulgado por la LO 10/1995, mucho más satisfactoria desde el punto de vista de la protección punitiva del valor constitucional de la libertad, pero el caso sometido a nuestro enjuiciamiento debió ser juzgado de acuerdo con el CP de 1.973 que además, como veremos, resulta más beneficioso para la mayoría de los acusados. 7.- Los hechos declarados probados en la sentencia, con las salvedades que hemos hecho al asumirlos en parte, constituyen,



sin duda alguna, un delito de detención ilegal. Pero no el previsto en el art. 184 CP 1973 sino en el 480, párrafo primero, del mismo Texto toda vez que en los hechos concurren las siguientes circunstancias que significan unas gravísimas y mantenidas extralimitaciones: a) La detención es ilegal desde su mismo comienzo, no porque se llevase a cabo en Francia y por personas no legitimadas al efecto, ya que lo primero sólo afectaría a la soberanía de aquel Estado y lo segundo únicamente podría ser juzgado por los tribunales franceses, sino porque la finalidad de la detención -de la realizada en territorio español una vez puesto el detenido a disposición de policías españoles- era obtener información, lo que en manera alguna puede justificar una detención de acuerdo con los arts. 490 y 492 LECr . b) Aunque se pretendiese inicialmente amparada la detención por la supuesta pertenencia a ETA de Juan Luis s, una vez comprobado que el detenido era el Sr Luis Antonio o y que contra el mismo no pesaba imputación alguna en relación con la banda terrorista, su retención carecía por completo de causa o motivo legal. c) La forma como se planeó previamente la operación -el alquiler de la cabaña para la custodia del detenido, su recepción en la frontera, las circunstancias que habían de rodear su traslado, etc- perfilaba desde el primer momento una detención totalmente al margen de las garantías constitucionales y exigencias legales. d) Al detenido se le tuvo privado de libertad caprichosamente, puesto que ninguna diligencia de averiguación se estaba practicando para esclarecer hechos que se le imputasen, no fue puesto a disposición de la autoridad judicial, no fue informado de las razones de su detención ni de ninguno de sus derechos, ni fue asistido por abogado puesto no se instruyó diligencia alguna, violándose así todas y cada una de las garantías establecidas en el art. 17.2 y 3 CE . e) Mientras duró su detención se le mantuvo en una cabaña aislada y en condiciones harto precarias y privado de visión mediante una capucha que le cubría la cabeza. f) Los dos comunicados que, a propósito de la detención del Sr. Marey, hicieron públicos los procesados que en este voto consideramos autores revelaron claramente que la detención no estuvo motivada por la necesidad de averiguar un delito y asegurar la persona del culpable, sino por el deseo de crear alarma entre los ciudadanos de la Comunidad Autónoma Vasca residentes en el sur de Francia y llamar la atención de las autoridades francesas sobre la necesidad de colaborar con las españolas en la lucha contra el terrorismo, finalidades ambas que, aun no siendo exactamente particulares, tampoco formaban parte de las diversas funciones públicas que estaban encomendadas a los procesados que llevaron a cabo la detención. Este conjunto de circunstancias, que nos presentan una privación de libertad ideada y ejecutada de forma ilegal desde su inicio, mantenida inmotivada y arbitrariamente tras conocer la identidad del detenido, despojada de toda garantía, realizada de forma gravemente desconsiderada y humillante y orientada por finalidades ajenas a las funciones que debían desempeñar quienes de tal forma actuaron, nos obligan a subsumir los hechos en el tipo de detención ilegal descrito en el art. 480, párrafo primero, del CP 1973 y no, como algunas de las defensas pretenden, en el tipo especial y privilegiado descrito en el art. 184 del mismo CP . La circunstancia de que la doctrina jurisprudencial a que hemos hecho referencia en el fundamento anterior se iniciase años después de la comisión del delito no significa que, castigando ahora los hechos con arreglo al art. 480, se vulnere el principio de legalidad, puesto no fue un precepto legal lo que cambió entre la comisión del hecho y la operación subsumidora sino la interpretación del tipo penal que aplicamos. No podemos incardinar los hechos, por el contrario, en el art. 481.1º del citado CP , en que se tipifica la detención ilegal agravada por la exigencia de rescate o imposición de cualquier otra condición -hoy llamada secuestro en el art. 164 del CP vigente - porque, como ya hemos dicho, no consideramos que pueda ser imputada a ninguno de los procesados la autoría de la llamada telefónica en que se amenazó con la muerte del Sr Luis Antonio o si no se liberaba, en el plazo de cuarenta y ocho horas, a los policías españoles que a la sazón estaban encarcelados en Francia. 8.- Los hechos declarados probados, de nuevo con las salvedades que hemos hecho en el apartado correspondiente de este voto, son asimismo constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos que, en el momento de su comisión, debió ser incardinado en el art. 396 en relación con el 394.2º, ambos del CP 1.973, y que hoy debe ser castigado con arreglo al art. 433 en relación con el 431.3 CP 1.995 , por resultar estos últimos preceptos claramente más favorables a los acusados. No creemos que sea aplicable a los hechos el tipo básico de malversación contenido en el art. 432.1 del CP vigente -antes, en el art. 394 del CP derogado - por la sencilla razón de que, a la vista de los hechos que estimamos probados, no es posible admitir que la autoridad y los funcionarios que realizaron los hechos constitutivos de la malversación sustrajesen los caudales puestos a su cargo ni consintiesen que otros lo hicieran. La acción realizada es, por el contrario, la que consiste en aplicar a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a cargo del funcionario. No de otra manera puede ser conceptuada la conducta de la autoridad o funcionario público que, teniendo a su disposición, directa o indirectamente, cierta cantidad de dinero como fondos para gastos reservados, lo dedica a pagar los gastos que lleva consigo una forma de enfrentarse con el fenómeno terrorista que es, en sí misma, delito. El funcionario que tal hace no sustrae los fondos, puesto que ya los tiene en su poder y a su disposición con un considerable margen de discrecionalidad en su uso, ni tampoco consiente que otro los sustraiga, ya que disponer de los fondos es un comportamiento activo no equiparable al meramente pasivo de quien se limita a consentir la sustracción ajena. Pero, aun no sustrayendo los fondos públicos, tampoco los destina a la función pública sino a otros usos que nada tienen que ver con la misma. Porque la comisión de un delito nunca puede ser entendida, en un estado de derecho, actividad propia de la función pública, sea el delito el fin



de la propia actividad, sea un medio para la consecución de un fin que podría considerarse público como es, por ejemplo, la lucha contra el terrorismo. Estamos, pues, ante el delito de malversación de caudales públicos descrito en el art. 433 del CP vigente que, por no haberse verificado el reintegro de los fondos malversados dentro de los diez días siguientes al de la incoación del sumario, queda sometido a las penas establecidas en el art. 433, en este caso a las establecidas en su apartado 3, en razón de la escasa cuantía de lo malversado que se puede considerar suficientemente acreditada. 9.- Con respecto a la participación de los procesados en los delitos que hemos dejado definidos en los Fundamentos jurídicos anteriores, los Magistrados que suscriben este Voto particular hacen suyos los razonamientos contenidos en el vigésimo quinto fundamento de derecho de la Sentencia, con la excepción de que, de acuerdo con los hechos que nosotros consideramos probados, no estimamos hayan participado en los mismos, en concepto alguno jurídicamente relevante, los processados D Luis Enrique e y D Evaristo o. Tampoco consideramos que pueda ser imputada la autoría de la llamada telefónica a la Cruz Roja de San Sebastián, a que se refiere el hecho probado undécimo de la Sentencia, a ninguno de los otros procesados, por lo que ninguno de ellos puede ser considerado autor del subtipo agravado de secuestro antes previsto en el art. 481.1º CP de 1.973, y ahora previsto en el art. 164 CP de 1.995 . 10.- Estamos igualmente de acuerdo con los pronunciamientos sobre circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que se hacen en el vigésimo sexto Fundamento de derecho de la Sentencia, si bien estimamos que la circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público del culpable - art. 10.10 CP de 1.973 y 22.7º CP de 1.995 - no concurre sólo, por lo que se refiere al delito de detención ilegal, en D Juan Pablo o, sino también en D Ramón n, D Blas s, D Iván n, D Jose Francisco o, D Donato o, D José é, D Tomás s y D Jesús Carlos s. Esta circunstancia no es apreciada por la Sentencia en estos procesados, por cuanto la misma es inherente al tipo especial de detención ilegal por autoridad o funcionario público, establecido por el art. 167 CP 1.995 , pero sí ha de ser apreciada, para todos los partícipes, en el delito común de detención ilegal del art. 480 CP 1.973 , en que nosotros estimamos debe ser subsumida la conducta de los procesados, naturalmente no ha de ser apreciada en D Jesús Manuel l que no tenía carácter de funcionario público cuando los hechos tuvieron lugar. 11.- Estamos plenamente de acuerdo con la Sentencia dictada por la mayoría de la Sala en lo que se refiere a la no apreciación del delito de pertenencia a banda armada ni de colaboración con banda armada de que venían acusados los procesados. 12.- De acuerdo con cuanto llevamos dicho en relación con la valoración de la prueba, la calificación jurídica de los hechos, las formas de participación de los procesados y las circunstancias concurrentes, procede absolver a los procesados D Luis Enrique e y D Evaristo o de los tres delitos de que venían acusados y, absolviendo igualmente al resto de los procesados de los delitos de pertenencia a banda armada y colaboración con banda armada de que, respectivamente, estaban acusados, procedería, de no concurrir la causa extintiva de la responsabilidad criminal a que luego nos referiremos, imponerles las siguientes penas: a) A D Ramón n, D Blas s, D Iván n y D Jose Francisco o, como autores del delito de detención ilegal, con la concurrencia de la circunstancia agravante de prevalimiento de carácter público, y en aplicación de la regla 2ª del art. 61 CP 1.973 , la pena de diez años de prisión mayor y, por el delito de malversación de caudales públicos, una pena de dos meses de multa, seis meses de prisión y seis meses de suspensión de empleo o cargo público, penas que deberían ser impuestas cumulativamente, pese a que los mencionados delitos se encuentran en relación de concurso medial, por resultar más favorable para los acusados. b). A los acusados D Donato o y D José é, como autores del delito de detención ilegal con la apreciación de la misma agravante, nueve años de prisión mayor. c) A los acusados D Tomás s y D Jesús Carlos s, como autores del delito de detención ilegal, con la concurrencia de la misma agravante, ocho años y un día de prisión mayor. d) Al acusado D Juan Pablo o, como cómplice del delito de detención ilegal, igualmente agravado, dos años, cuatro meses y un día de prisión menor. Dos observaciones deben hacerse en relación con las penas que han quedado señaladas. En primer lugar, las disparidades entre las penas que procedería imponer a los procesados comprendidos en los distintos grupos están determinadas por la diversa entidad de la participación de cada uno de ellos en los hechos enjuiciados, tal como se razona en los Fundamentos jurídicos vigésimo primero, vigésimo cuatro y vigésimo quinto de la Sentencia, que hacemos nuestros en todo lo que no esté en contradicción con los hechos probados que aceptamos. En segundo lugar, no debe sorprender que las penas derivadas del delito de detención ilegal sean superiores, como consecuencia de la aplicación del art. 480 CP 1.973 , a las que han sido impuestas en la Sentencia. Pese a todo, en el caso presente la aplicación del viejo precepto es más beneficiosa para la mayoría de los procesados, toda vez que la pena de prisión mayor -única prevista en el art. 480 CP 1.973- prescribe, de acuerdo con el art. 113 del mismo CP, a los diez años, en tanto la aplicación del art. 167 CP 1.995 -en que se crea el nuevo tipo especial de detención ilegal cometida por autoridades y funcionarios- aún pudiendo suponer la imposición de penas privativas de libertad de menor duración, lleva consigo una pena de inhabilitación absoluta de hasta doce años, lo que significa, de acuerdo con el art. 131.1 del nuevo CP , la prolongación del plazo de prescripción hasta quince años. 13.- Es hora ya de abordar, en este Voto particular, el problema de la prescripción de los delitos. Para resolverlo, conviene recapitular brevemente los hechos de los que es necesario partir para llegar a una fundamentación jurídicamente correcta: a) El día 4 de Diciembre de 1.983 se produce la detención ilegal de D Luis Antonio o, que se prolonga hasta el día 14 del mismo mes. b) En los primeros días de 1.988 el Juzgado



Central de Instrucción núm. 5 incoa el Sumario núm. 1/1988 en averiguación de una pluralidad de hechos que se atribuían a los denominados Grupos Antiterroristas de Liberación o GAL. c) Con fecha 23 de Marzo del mismo año, se presenta en el citado Sumario una querrela de la Procuradora Dña. Esther Rodríguez Pérez, en nombre y representación de un grupo de ciudadanos, contra D. Jose Francisco o y D. Juan Pablo o, a los que se imputaba, entre otros, el delito que es objeto de este procedimiento, diciéndose, no en el suplico sino en el cuerpo del escrito, que la querrela se dirigía también contra "cualesquiera otras personas, no juzgadas ni condenadas, o responsables de instituciones, que en el curso de la investigación aparezcan como partícipes en las actividades de la organización terrorista denominada "Grupos Antiterroristas de Liberación" (GAL), o que resulten coautores, cómplices o encubridores de los delitos cometidos por los querrelados, o de todos aquellos que se hayan producido como consecuencia de la actuación y las actividades de los GAL" d). Tras una larga y lenta instrucción, el día 16 de Diciembre de 1.994, los dos querrelados comparecen ante el Juez Instructor y, rectificando anteriores declaraciones y confesando su participación en los hechos, inculpan a los procesados Sres. Ramón n, Germán n, Iván n, Donato o y José é, contra quienes seguidamente se dirige el procedimiento. En los meses que siguen de 1.995, el procedimiento se dirige asimismo contra los Sres. Tomás s, Jesús Carlos s, Evaristo o, Jesús Manuel l y, finalmente, contra el Sr. Luis Enrique e. Transcurrió, pues, un plazo inferior a los cinco años desde el día en que cesó de cometerse el delito de detención ilegal, que tiene naturaleza de delito permanente, hasta el día en que se presentó una querrela por dicho delito contra los Sres. Jose Francisco o y Juan Pablo o; y no pasó un período de diez años de inactividad procesal, con respecto a ellos, desde que se interpuso la querrela hasta que se reanudaron las actuaciones en el mes de Diciembre de 1.995. Sí transcurrió, en cambio, un plazo superior a los diez años desde que el delito terminó de cometerse hasta que se dirigió el procedimiento contra los demás procesados. 14.- Dos son las cuestiones que deben ser aclaradas para decidir la aplicación o inaplicación de la prescripción a los delitos cometidos: la que plantea la imputación, a algunos de los procesados, de dos delitos a los que la ley señala distintos plazos de prescripción y la que viene determinada por la presentación de la ya mencionada querrela y la virtualidad de la misma para interrumpir el plazo legal de prescripción. La primera cuestión viene resuelta por la Jurisprudencia de esta Sala que, en Sentencias de 6-11-1991, 18-5-1995, 6-7-1995 y 10-10-1997, ha dicho que no debe operar la prescripción cuando se condena por varios delitos conexos ya que todos, si han sido realizados en virtud de un proyecto único, constituyen una unidad indestructible, de suerte que mientras el delito principal no prescriba, no puede entender prescrito el delito subordinado. Se trata seguramente de una doctrina discutible, que acaso convendría reconsiderar en alguna dirección, pero que en este momento, en que la Sala no está ejerciendo su misión casacional y uniformizadora de la interpretación legal, conviene respetar. En consecuencia, hay que preguntarse en esta coyuntura sólo por la posible prescripción del delito de detención ilegal que es, con toda seguridad, el más importante: por su prioridad en el plan de los procesados y por la mayor gravedad de la pena que al mismo se señala por la Ley. 15.- La segunda de las mencionadas cuestiones está también resuelta por la Jurisprudencia de esta Sala -y aún antes que por ésta, por la propia Ley- si bien es aconsejable dedicarle una más detenida atención. El plazo de prescripción se interrumpe -en esto apenas difieren el art. 114 CP 1973 y el 132.2 CP 1.995 - "desde que" o "cuando" el procedimiento se dirija contra el culpable. La interpretación de esta expresión no ha sido siempre la misma en la doctrina de esta Sala. Tradicionalmente, como se dice en la Sentencia, se entendió que el procedimiento se dirige contra el culpable desde el momento en que se inicia para averiguar tanto el delito como la identidad de los delincuentes, línea jurisprudencial en la que, ocasionalmente, han insistido algunas resoluciones hasta nuestros días. No obstante, a partir de 1.991 y 1.992, se impuso otra exégesis de la norma, más progresiva y acorde con su letra -y por consiguiente, más respetuosa con el principio de legalidad- que exige, para que el procedimiento se entienda dirigido contra el culpable, que este aparezca, al menos, determinado de alguna forma. Esta interpretación, más restrictiva y exigente, se manifiesta en Sentencias como las de 10-7-1993, 11-11-1993, 12-2-1994, 20-5-1995 y 11-10-1997. La Sentencia de 11-11-1997 recuerda que la Jurisprudencia mantiene "una posición intermedia: no basta con la apertura de un procedimiento destinado a la investigación... pero tampoco es exigible que se dicte auto de procesamiento o que se formalice judicialmente la imputación... siendo suficiente para entender interrumpida la prescripción ... que en la querrela, denuncia o investigación aparezcan nominadas unas determinadas personas como supuestos responsables del delito o delitos que son objeto del procedimiento, siendo equiparable a esta hipótesis los supuestos en los que la denuncia, querrela o investigación se dirija contra personas que, aunque cuando no estén identificadas nominalmente, aparezcan perfectamente definidas". En el mismo sentido, la Sentencia 1543/1997, de 16 de Diciembre, subraya que si la misma naturaleza del hecho investigado permite identificar de forma inmediata al autor -como sucedía en el caso tratado en la Sentencia, de falsedad en documento cometida por funcionario público y estafa con uso de certificación falsa- no es necesario que la acción deba ejercitarse, para que se entienda interrumpida la prescripción, contra una persona identificada con su propio nombre. Finalmente la Sentencia 1620/1997, de 30 de Diciembre, se refiere a un caso en que la querrela por estafa se dirigía contra un matrimonio. Posteriormente, la querrela se amplía también respecto a los hijos, pero ya en el día en que se cumplían los cinco años desde el comienzo del plazo de prescripción del delito. Sin embargo, no se acepta la prescripción respecto a los



hijos porque "antes de que venciera el plazo de referencia, pudo conseguir el juzgado que compareciese, pese a sus graves dolencias, la querellada que declaró eran ajenos, tanto ella como su esposo, a las operaciones realizadas por sus hijos en relación con la construcción y venta de los pisos a los que se refería la querella (...). En virtud de esa declaración, y aunque de momento no se dirigiese formalmente el procedimiento contra los presuntos culpables, éstos quedaron clara e inequívocamente identificados". 17.- A la luz de la doctrina de esta Sala expuesta en el Fundamento jurídico anterior, que no hay razón alguna para modificar en el supuesto de que un hecho delictivo tenga como autor a una pluralidad de personas, parece evidente que, no interrumpiéndose el plazo de prescripción sino cuando el procedimiento se dirige contra el culpable nominadamente designado o, al menos, suficientemente identificado en las actuaciones, no pudo interrumpir el plazo de prescripción, que estaba corriendo para todos los procesados desde el 14 de Diciembre de 1.983, una querella que se decía dirigida, de forma genérica e indiscriminada, contra "cualesquiera otras personas, no juzgadas ni condenadas, o responsables de instituciones, que en el curso de la investigación aparezcan como partícipes en las actividades de la organización terrorista denominada "Grupos Antiterroristas de Liberación" (GAL), o que resulten coautores, cómplices o encubridores de los delitos cometidos por los querellados, o de todos aquellos que se hayan producido como consecuencia de la actuación y las actividades de los GAL". Sólo pudo producirse el efecto interruptivo en relación con los procesados Sres Jose Francisco o y Juan Pablo o, únicos identificados en la querella. En consecuencia, habida cuenta de las penas que procedería imponer a los procesados que seguidamente se dirán y de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 112.6º y 113 CP 1.973, entendemos que la Sentencia ha debido absolver a los procesados D Ramón n, D Jesús Manuel l, D Blas s, D Iván n, D Donato o, D José é, D Tomás s y D Jesús Carlos s por haberse extinguido la responsabilidad criminal de los mismos por prescripción del delito, toda vez que ninguna de las penas por las que podrían haber sido condenados tiene establecido en el art. 113 CP 1.973 un plazo de prescripción superior a los diez años. Subsiste únicamente la responsabilidad criminal de D Jose Francisco o y D Juan Pablo o, a los que procedería imponer las penas ya señaladas en el Fundamento jurídico 12. 18.- Estamos de acuerdo con las consideraciones hechas por la Sala en los Fundamentos jurídicos vigésimo noveno, trigésimo y trigésimo primero, en relación con la cuantía de la indemnización, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y la distribución en cuotas de las costas devengadas en el proceso, si bien, estos pronunciamientos y los correspondientes del fallo, naturalmente, habrían de ser adaptados a la situación creada por la sólo condena de los procesados D Jose Francisco o y D Juan Pablo o. Madrid a, veintinueve de Julio de mil novecientos noventa y ocho. T R I B U N A L S U P R E M O Sala de lo Penal _____ VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER RESPECTO DE LA SENTENCIA DICTADA POR LA SALA EN LA CAUSA ESPECIAL Nº 2530/95. I Las especiales circunstancias en las que se da este voto particular requieren alguna consideración respecto de la motivación personal de su autor con el fin de eliminar cualquier malentendido. Sobre todo cuando antes de ser anunciado ya ha sido sometido a críticas públicas, que desconocen que la ley otorga a los Magistrados disidentes el derecho de revelar y exponer las razones de su voto (art. 260 LOPJ) y que la Constitución garantiza la libertad de conciencia como uno de los derechos fundamentales, que alcanza también a los jueces en la discrepancia con las opiniones de la mayoría. Desde la perspectiva del Magistrado que suscribe la reparación de las lesiones del orden jurídico producidas en un Estado de Derecho sólo cabe por medio de un juicio con todas las garantías (art. 24 CE), entre las que se encuentran las referentes a la prueba en el proceso penal y al principio de legalidad. Ajustarse a una estricta aplicación de estas garantías no puede ser considerado, si se obra de buena fe, como una justificación de los hechos que se imputan a ciertas personas, que en este caso son ciertamente muy graves y que no merecen ninguna clase de comprensión, sino sólo y simplemente como la afirmación de que las garantías del proceso penal son un elemento esencial del Estado de Derecho y que éste no puede ser reparado apartándose de ellas. La filosofía contraria es la que, muy probablemente, influyó en la comisión de hechos tan reprobables como los que aquí se juzgan. Finalmente es preciso aclarar, aunque en circunstancias normales ello debería ser innecesario, que el presente voto particular no se puede entender guiado por la finalidad de desautorizar la sentencia de la mayoría, sobre la que expreso mi mayor consideración y que considero merecedora de toda la legitimidad que le acuerda la Constitución a una sentencia judicial producto de la convicción en conciencia de los jueces. II El Magistrado que suscribe discrepa de la opinión de la mayoría en primer término en lo que se refiere a la ponderación de la prueba relativa a la participación de los acusados Sres. Luis Enrique e y Evaristo o (Hechos probados, B) Análisis de la prueba 1º) en el secuestro de D. Luis Antonio o, al comunicado que se transmitió telefónicamente a la Cruz Roja de San Sebastián en la tarde del 6-12-83 (loc. cit. 2º) y a la entrega del millón de francos franceses que habría realizado el acusado Sr. Evaristo o al Sr. Ramón n con el supuesto fin de financiar el secuestro del Sr. Luis Antonio o. La opinión disidente aquí expresada se fundamenta en la interpretación actual del art. 741 LECr . en la jurisprudencia constitucional y en la de esta Sala. De acuerdo con ellas el juicio sobre la prueba, que es la base de la convicción en conciencia del Tribunal, se debe apoyar en las reglas de la lógica, en las máximas de la experiencia y en conocimientos científicos, pues la convicción en conciencia sólo es correcta si es racional y si la hipótesis de hechos aceptada por el Tribunal excluye toda otra más favorable al acusado (confr. SSTS Nº 79/88 de 19-1-88 entre muchas otras y Nº 1355 bis, de 23-4-92).



Desde esta perspectiva entiendo que la prueba que fundamenta la participación de los Sres. Luis Enrique e y Evaristo o, aceptada por la mayoría y, por tanto, la que permite a dicha mayoría afirmar la coautoría de aquéllos en el comunicado recibido en la Cruz Roja y la que se refiere a la disposición de fondos reservados para la supuesta financiación del secuestro no cumple con las exigencias de racionalidad del art. 741 LECr . en el sentido de la jurisprudencia citada. Es preciso además aclarar que estas exigencias de racionalidad rigen inclusive para determinar si una declaración es o no convincente. El juicio sobre este aspecto tiene que ofrecer también un soporte racional que excluye las meras intuiciones indemostrables respecto de la verdad de lo declarado por una persona que, por regla, no son sino conjeturas no explícitas. 1) La primera cuestión que aquí se plantea se refiere al valor de las inculpaciones provenientes de declaraciones de los coacusados y a las condiciones que éstas deben cumplir. Desde la STS de 12-5-86 esta Sala viene afirmando que "si bien es cierto que la declaración del coprocesado no es propiamente (sentencias de 9-7-84 y 19-4-85) un medio ordinario de prueba (...) ni son del todo declaraciones, pues se efectúan carentes de la obligación de veracidad exigibles a los testigos, tampoco cabe duda que este testimonio impropio (...) puede, cuando menos estimarse como constitutivo de esa mínima actividad probatoria de cargo". Sin embargo se establece en dicha sentencia que es preciso que esas declaraciones no hayan sido prestadas por alguien "guiado por móviles de odio personal", por "obediencia a una determinada persona", ni que la "declaración inculpatoria se haya prestado con ánimo de auto-exculpación". En todo caso, la jurisprudencia, con carácter más general, ha subrayado en múltiples precedentes -como lo recuerda la mayoría de la Sala (loc. cit. 1º)- que las motivaciones de los coacusados que inculpan a otro procesado deben ser analizadas con especial cuidado (confr. las SSTs de 16-12-86; 5-4-88; 14-9-89; 27-12-89; 29-10-90). En este sentido la STS de 25-3-94 resaltó que "si bien el Juez o Tribunal no debe, de forma rutinaria o sistemática, fundar una resolución de condena sic et simpliciter en la mera acusación de un coimputado, tampoco ha de desdeñarse su versión que habrá de ser valorada a la luz de un conjunto de factores de particular y cuidadosa atención, dada su potencialidad orientadora al respecto". En esta sentencia -que prueba también la permanencia de los puntos de vista de la de 1986- se agrega, a los factores ya señalados para la ponderación de las declaraciones del coimputado, otra, particularmente importante para este caso: la "personalidad del delincuente delator y relaciones que, precedentemente, mantuviese con el designado por él como partícipe". Aunque la cuestión no ofrece dudas en la jurisprudencia actual, no es posible dejar de señalar que la exigencia de cautelas especiales, expresadas por las sentencias citadas, recogen, en parte, las reconocidas en la doctrina, en la que, sin embargo, prestigiosos autores excluyen radicalmente la posibilidad de que el coimputado pueda ser considerado, a la vez, como testigo respecto de la cooperación prestada al hecho por los otros imputados. De cualquier manera, la jurisprudencia y la doctrina coinciden ampliamente en las razones que explican las cautelas extremadas que se exigen respecto de las declaraciones inculpatorias del coimputado. En efecto, el coacusado declara sin obligación de decir verdad, sin prestar juramento y sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio; tres condiciones que se consideran esenciales para asegurar la verdad de lo declarado por cualquier testigo. 2) Ciertamente los precedentes citados son sentencias de casación y acaso alguien podría pensar que no resultan aplicables a una sentencia dictada por un tribunal de instancia, como es el caso de aquella respecto de la que se formula este voto particular. Sin embargo, es preciso recordar que el Tribunal Supremo establece en dicha jurisprudencia criterios a los que se deben ajustar los tribunales que dictan sentencia en la instancia y que, por lo tanto, no pueden quedar de lado en el presente proceso. III 1) En el caso que ahora se juzga el Magistrado que suscribe entiende que los criterios en los que se basa la mayoría para considerar que "la verdad de lo ocurrido se corresponde con las últimas declaraciones de Ramón n, Jesús Manuel l, Blas s y Iván n" se apoyan en puntos de vista contradictorios de las máximas de la experiencia y que, ni siquiera acumulativamente permiten excluir que los hechos hayan sido de otra manera. Antes de entrar en materia es preciso tener en cuenta que en la ponderación de las declaraciones de los coencausados no es admisible contentarse con que la versión de éstos sea compatible con algunas circunstancias que no contradigan las afirmaciones del coimputado. Sobre todo ésto es así en los casos en los que las afirmaciones del coimputado sólo podrían ser desvirtuadas mediante la prueba de un hecho negativo, que, como es sabido, se considera prácticamente imposible desde tiempo inmemorial. Por estas razones en casos como el presente las cautelas respecto de las declaraciones del coimputado deben ser extremas, ya que los acusados por los otros encausados sólo podrían demostrar la falsedad de las acusaciones mediante una prueba negativa. En tales circunstancias se exige partir de los resultados de las pruebas que existen en la causa y no dar por acreditada la verdad de las declaraciones del coimputado simplemente por la comprobación de algunos datos aislados que simplemente no contradigan las imputaciones vertidas. El Tribunal Constitucional ha sostenido en este sentido que "en el proceso penal, recae la carga de la prueba en las partes acusadoras, quienes han de probar en el juicio los hechos constitutivos de la pretensión penal, sin que se pueda constitucionalmente exigir a la Defensa una probatio diabólica de los hechos negativos" (STC 182/89, Fº Jº 2). La mayoría de la Sala ha entendido satisfechas las exigencias requeridas por la jurisprudencia por la comprobación de algunos elementos que no desmienten la versión de los coimputados, pero que tampoco la prueban, sin tener en cuenta, por otra parte, que la única posibilidad de defensa de los acusados Sres. Luis Enrique e y Evaristo o era probar un hecho negativo. 2) Conviene, por lo



tanto, comenzar analizando los puntos de apoyo de la sentencia de la que discrepo en relación al juicio sobre las declaraciones de los coimputados para demostrar que son insuficientes para probar la participación de los Sres. Luis Enrique e y Evaristo o en el planeamiento del secuestro que finalizó perjudicando al Sr. Evaristo o. a) En primer lugar la mayoría -siguiendo en este punto el criterio expresado por el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor del Juzgado Central N° 5 en la exposición elevada a la Sala- entiende que la autoinculpación de la que van acompañadas las declaraciones de los acusados antes mencionados, constituye un primer elemento que otorga credibilidad a las mismas. Sin embargo, la autoinculpación de los Sres. Ramón n y Jesús Manuel l carece de todo valor, pues se produjo cuando, a su vez, ellos mismos estaban ya inculcados por los Sres. Jose Francisco o y Juan Pablo o y cuando ya existían elementos en la causa que demostraban su participación. Ello impide considerar la autoinculpación como un elemento corroborante de la falta de interés en la inculpación. En el caso del Sr. Jesús Manuel l, por otra parte, su declaración del 17 de Febrero de 1995 tuvo lugar después de conocida la pericia sobre el texto de un supuesto comunicado relativo al secuestro de Luis Antonio o en el que se le atribuía la autoría del mismo (ver Sumario 17/89, folios 2760/2762). En el caso del Sr. Ramón n ya se había practicado una prueba que indicaba que había corredactado el referido comunicado (confr. pericia caligráfica presentada ante el Juez de Instrucción el 30 12-94 y ratificada en el juicio oral, así como la presentada el 6-4-95 por la perito italiana Sra. Beatriz z de 18-3-95 que coinciden en la autoría del Sr. Ramón n de parte del texto de uno de los comunicados). Es decir, que los Sres. Ramón n y Jesús Manuel l terminaron inculpándose cuando, estando en prisión provisional, ya habían comprendido que el Juez de Instrucción no creía sus exculpaciones y éstas resultaban desmentidas por pruebas como las citadas pericias caligráficas. Es, por lo demás, obvio, que, una vez descubierta por la redacción del manuscrito de un comunicado la participación de los Sres. Ramón n y Jesús Manuel l, éstos no tenían otra defensa que la de haber obrado en una operación aprobada por el Estado y cubierta por la extrema necesidad que imponía la situación. Sin perjuicio de ello, es público y notorio que el Sr. Jesús Manuel l mantenía tensas relaciones de enemistad con su antiguo partido político y se había enrolado ya en la oposición (dato confirmado por las declaraciones testimoniales del juicio). El Sr. Ramón n, por su parte, al verse abandonado por los Sres. Iván n y Blas s, sólo podía intentar autoexculparse sumándose a la táctica de los Sres. Jose Francisco o y Juan Pablo o, convirtiendo el hecho en un "asunto de Estado". Los otros testigos (Sres. Blas s y Iván n) no son testigos directos, pero, además, tenían un firme propósito exculpatorio, dado que -como luego se demostró en el juicio oral- una vez inculcados en las declaraciones de los Sres. Jose Francisco o y Juan Pablo o sólo les quedaba recurrir a la obediencia debida, que contemplaba en el momento de los hechos el Código entonces vigente. Su propósito de exculpación -a pesar de lo afirmado por la mayoría- es clarísimo y resulta luego ratificado por la defensa intentada en el juicio. A todo ello se debe agregar que tanto el Sr. Jose Francisco o como el Sr. Juan Pablo o, de quienes partieron las primeras acusaciones, intentaban desde tiempo atrás, obtener el indulto de las gravísimas penas de prisión que les fueron impuestas en una causa anterior (confr. STS N° 338/92, de 12-3-92). Lo confirman las reuniones que mantuvieron con el Ilmo. Sr. Juez Instructor, fuera del procedimiento en sentido estricto, y con algunas personalidades políticas, en las que, aunque no se haya probado que se les ofreció el indulto, es evidente que ellos perseguían esa finalidad. Es claro que en el logro de esa finalidad necesitaban justificar sus delitos como cuestiones de Estado y que para ello era preciso implicar al Ministerio del Interior. Todos los coacusados tenían claro que, en el peor de los casos, la participación en un "asunto de Estado" podría llegar a ser un fundamento para un eventual indulto, que, al parecer, ofrecía grandes dificultades políticas al Gobierno. Al margen de lo anterior, no se pueden dejar de mencionar las medidas premiales de las que se han beneficiado los procesados Sres. Jose Francisco o y Juan Pablo o en el ámbito penitenciario y que equivalen, en los hechos, a un indulto con protección estatal. La seriedad de esta cuestión ha motivado que uno de los juristas europeos más influyente en el derecho penal moderno haya afirmado que "el valor probatorio de las declaraciones <<compradas>> y la compatibilidad de los medios utilizados para ello con el principio del Estado de Derecho, son por lo general dudosos". No es posible ignorar que en los países que han introducido legalmente las discutibles medidas de esta naturaleza para los arrepentidos, por otra parte, las han limitado a los supuestos excepcionales de criminalidad organizada de especiales características, bien diferentes del caso que aquí se enjuicia (en Italia, p. ej.: la mafia) y además han introducido un sinnúmero de cautelas y amenazas penales destinadas a evitar abusos. En el caso que estamos enjuiciando los "arrepentidos" no se han visto ante la amenaza de graves riesgos penales (confr. las leyes n. 82/1991 y n. 203/1992 en Italia) para el caso de inveracidad. Más bien ha ocurrido todo lo contrario: no tenían nada que perder, pues realizaban inculpaciones que sólo se podían desmontar mediante la prueba de hechos negativos. Ciertamente los Sres. Luis Enrique e y Evaristo o los visitaron en la cárcel para darles ánimo antes de que los otros acusados decidieran acusarlos. Pero ésto no reduce el interés exculpatorio de los Sres. Blas s y Iván n, ni tampoco el interés y el resentimiento de los Sres. Jesús Manuel l y Ramón n que ha sido expuesto más arriba. b) El segundo punto de apoyo de la mayoría se encuentra en la conexión entre la fracasada operación de detención en Francia de Juan Carlos s, con el objeto de obtener elementos para salvar la vida del Capitán Barrios. En este punto el choque del razonamiento de la mayoría con las reglas de la prueba es también evidente. En efecto, la responsabilidad política asumida por esa operación no puede ser la prueba de la participación en el secuestro



de D. Luis Antonio o. Dicho de otra manera, el reconocimiento de dicha responsabilidad no implica la prueba de otro hecho realizado en condiciones bien diferentes. Aquí el razonamiento contradice reglas de la lógica, pues no es posible deducir de una premisa lo que no está contenido en ella. Dicho de otra manera: la prueba de un hecho no permite deducir de ella la prueba de otro hecho distinto. Dejando de lado este aspecto lógico del argumento, lo cierto es que mientras la detención de Juan Carlos s tenía una explicación en la necesidad de salvar la vida del Capitán Lucio o, la destinada al secuestro de Juan Luis s era contraproducente para la liberación en Francia de los Policías españoles que se encontraban en prisión provisional. Ni el Ministro del Interior ni el Director de la Seguridad del Estado podían ignorar que el Presidente de Francia y el del Gobierno de España ya habían llegado a un acuerdo el 19-11-83 sobre la liberación de dichos policías (ver documento del Gabinete Telegráfico de la Presidencia del Gobierno agregado por la Defensa del Sr. Luis Enrique e en el Juicio oral, cuya autenticidad nadie ha puesto en duda). c) La mayoría se refiere también a la "nota de despacho" de 6-7-83 del CESID, del que se afirma "no puede caber duda acerca de su autenticidad" y a la "nota de despacho", también del CESID de 28-9-83. De ninguno de estos documentos surge que los Sres. Luis Enrique e o Evaristo o los conocieran ni, mucho menos, que ellos hayan sido sus impulsores. Por lo tanto, esos documentos no prueban nada sobre la participación del Ministro y del Secretario de Estado en el secuestro de D. Luis Antonio o en Francia, ni tampoco sobre su aprobación de un plan elaborado fuera del ámbito de su competencia funcional y del que no se ha podido demostrar ni siquiera que lo hayan conocido. En todo caso, si este documento fuera auténtico, sólo podría probar que en el CESID alguien pensaba en tácticas antiterroristas de las que se ignora si llegaron a ser adoptadas y si fueron aprobadas por el Ministro del Interior y el Secretario de Estado. Sólo una conjetura permitiría sostener que la existencia de esos escritos autorizan a deducir de ellos mismos alguna conclusión respecto de la planificación o aprobación por Luis Enrique e y Evaristo o del secuestro de D. Luis Antonio o. Esa conjetura requiere suponer que tales documentos, aparecidos en forma poco clara, ajenos al Ministerio del Interior, han sido conocidos por el Ministro y el Director de la Seguridad a pesar de que nadie los haya visto en sus manos y aunque no exista ningún indicio de que alguna vez ingresaron oficialmente en dicho Ministerio. Como es claro se trata de una conjetura frontalmente opuesta al hecho de que el Sr. Jesús Manuel l, que dice haber participado en el plan del secuestro, no haya recibido el documento del entonces Ministro o del Secretario de Estado, sino de un difunto que nunca fue vinculado al plan de secuestrar a un militante de ETA en Francia. Salta a la vista, por lo demás, el distinto trato dado a este documento -cuya autenticidad no es obvia ni mucho menos- como consecuencia de la sustracción de la que fue objeto por el testigo Sr. Juan Enrique e, condenado por ello por sentencia firme, y al documento del Gabinete Telegráfico de la Presidencia del Gobierno, que, como se dijo, nadie ha cuestionado en su autenticidad, pero que no ha merecido el menor reflejo en los hechos tenidos por probados por la mayoría, así como tampoco en el análisis de la prueba. d) También sostiene la mayoría que la verdad de las declaraciones del Sr. Ramón n, del Sr. Jesús Manuel l, etc. se apoya en que "es concebible que este tipo de operaciones las pudieran hacer sin el control de sus superiores jerárquicos unos determinados policías o particulares, pero no lo es cuando quienes planean y organizan son personas que ejercen altos cargos provinciales (...) el más significado representante del partido gobernante (...) y los policías de mayor rango". En estos casos, se dice, "no parece creíble que todas las altas jerarquías en Vizcaya pudieran actuar sin el conocimiento de los máximos responsables del Ministerio del Interior". Nuevamente es posible afirmar que estamos ante una conjetura incompatible con las máximas de la experiencia: no es imposible que los altos cargos provinciales hayan querido imponer sus puntos de vista a las instancias superiores en una cuestión, que además de su significación política, tenía un profundo contenido emocional. La evidencia de dos enfoques políticos distintos respecto de la cuestión que planteaba la denegación de extradiciones de etarras por Francia, fue repetidamente puesta de manifiesto en el juicio oral por los propios procesados aunque surge, sobre todo, de los acuerdos del Presidente del Gobierno de España con el Presidente de la República de Francia, documentados por el Gabinete Telegráfico de la Presidencia del Gobierno a los que ya se hizo referencia. Tal diversidad de opiniones, por otra parte, ha sido lamentablemente normal en las situaciones similares que se han planteado en otros países (confr. en este sentido en Francia, Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 4-6-64; en Alemania, Trib. Const. Federal en NJW 1986,1427 y NJW 1986,3021) en los que miembros de fuerzas de seguridad soslayaron el cumplimiento de los procedimientos de extradición. En un contexto de esta naturaleza -por lo demás público y notorio, ya que formó parte de los debates publicados por la prensa nacional en la época de los hechos- la disidencia entre las autoridades locales y las centrales era perfectamente posible. Admitido que no es imposible que haya existido una diversidad de estrategias no cabe considerar la hipótesis más grave en contra de los acusados. Nada determina que toda la cadena jerárquica haya tenido que ser de una misma opinión y bien cabe admitir que los que ocupaban los puestos más cercanos al lugar de los atentados terroristas hayan querido imponer sus puntos de vista con hechos consumados. Es evidente que quienes querían forzar al gobierno francés no tenían razones para inhibirse de usar los mismos medios con quienes en España postulaban estrategias de cooperación judicial por la vía diplomática. e) Con esta misma cuestión se vincula el siguiente indicio al que recurre la mayoría para acreditar que las rectificaciones de los coacusados, y el viraje de sus declaraciones en dirección contraria a los Sres. Luis Enrique e y Evaristo o, reflejan la verdad de lo sucedido. Se trata de la omisión persecutoria



del Ministerio del Interior en relación al hecho objeto de esta causa. También aquí se procura probar un hecho con la prueba de otro del que no se induce necesariamente la participación de los acusados Luis Enrique e y Evaristo o en el secuestro del Sr. Luis Antonio o. En efecto, es evidente que dicha inactividad puede demostrar el propósito de reducir las posibilidades de enfrentamiento entre las autoridades locales y las centrales, el de no abrir un nuevo frente interno en la política antiterrorista con persecuciones penales, etc., pero la implicación de los Sres. Luis Enrique e y Evaristo o en los hechos no es su única explicación. Prueba de ello es que, a pesar de la publicidad tenida por los hechos, ni el Ministerio Fiscal ni ningún Juez de Instrucción iniciaron en aquellos tiempos ninguna clase de diligencias para su esclarecimiento. Parece, por lo tanto, que de este hecho, por cierto considerado por la mayoría "de menor importancia", no surge ningún apoyo para la versión contenida en la declaración de los coimputados Sres. Ramón n y Jesús Manuel I. f) Se afirma asimismo que dado los costes de la operación del secuestro de Juan Luis s, consecuencia de la participación de mercenarios extranjeros, la misma no hubiera sido posible sin la colaboración del Ministerio del Interior. La Sala no ha tenido ninguna posibilidad de comprobar el coste de la operación. Ninguno de los mercenarios ha declarado en el juicio y el policía francés al que se dice le fueron pagados 500.000 Fcos. franceses ha muerto sin prestar declaración alguna. Consecuentemente el costo de la "operación" es una afirmación de los coimputados que, por ello, en modo alguno puede ser considerada como un elemento corroborante de la veracidad de tales declaraciones. Si se tiene por probado el supuesto costo de la operación es porque se tiene por verdadero lo dicho por los coimputados y no, como afirma la mayoría, que el costo es un indicio que ratifica lo afirmado por los coimputados. g) También se afirma que "no parece lógico organizar aisladamente desde Bilbao, sin autorización de los máximos responsables del Interior una operación de tanta importancia como el secuestro de una persona en territorio extranjero, máxime cuando hubo de desarrollarse aquélla en diferentes provincias". Como se ve se trata siempre del mismo argumento considerado supra d). Es decir: se estima que si participó el Gobernador Civil es porque también lo hicieron el Ministro y el Director de la Seguridad. Pero, de lo que se trata es precisamente de si por el hecho de que participase el Gobernador Civil es posible, sin más, tener por probada la participación de sus superiores. Como hemos visto ello no es necesariamente así, ni es imposible que no hayan participado. Por consiguiente de una premisa ambigua no puede surgir una conclusión cierta y única como requiere la prueba en el proceso penal. En realidad, si la participación del Gobernador Civil fuera prueba o indicio de la acción de sus superiores, ya no haría falta prácticamente otra prueba. Pero, en ningún caso, esa conclusión sería compatible con las máximas de la experiencia. h) Por último la mayoría considera que "otro dato corroborador es el hecho de que el propio Evaristo o en el acto del juicio oral haya reconocido que llamó por teléfono a Ramón n esa noche del 4 de Diciembre para dar a éste la noticia del secuestro de Luis Antonio o". De allí se deduce que "es lógico pensar que de tal conversación entre personas implicadas en una misma tarea de lucha antiterrorista, el inferior (Gobernador Civil) que necesariamente tenía que ser fiel a sus superiores (...) no podía ocultar a éste el verdadero motivo de su estancia allí a tales horas de la noche". De esta llamada del Director de la Seguridad del Estado para alertar al Gobernador Civil del secuestro es imposible inducir que el primero participó en el planeamiento de los hechos. Inclusive la suposición de la lealtad del Gobernador Civil, no agrega nada en el sentido probatorio que le atribuye la mayoría. En realidad esa llamada telefónica sólo prueba que fue realizada, pero de ella y del contenido de lo declarado por quienes intervinieron en la misma no surge que el Sr. Vera haya participado en la decisión de secuestrar a una persona en Francia. En suma: la llamada posterior al hecho, comunicando una información recibida de autoridades francesas en razón del puesto que desempeñaba, no prueba la participación en el plan y en la ejecución del secuestro del Sr. Luis Antonio o. Si ésto resulta claro respecto del Sr. Evaristo o, lo es más aun en relación al Sr. Luis Enrique e, que ni siquiera parece haber sido mencionado en la conversación telefónica. Por último, en este apartado se repite que la fidelidad del Sr. Ramón n hace imposible pensar que sus superiores no hubieran tomado parte en el hecho. La cuestión ya ha sido tratada en el punto d) de este apartado. Aquí sólo se debe agregar que es también una máxima de la experiencia que en un gobierno suelen convivir diversas tendencias y grupos y que éstos comparten frecuentemente partes de un mismo resorte administrativo en un equilibrio más o menos estable. No es en absoluto imposible ni infrecuente que este equilibrio se logre mediante una distribución de poderes entre personas que representan ópticas distintas respecto de las soluciones de un mismo problema. Consecuentemente, la llamada del Sr. Evaristo o al Sr. Ramón n del 4 de Diciembre comunicándole a éste que desde Francia había sido informado del secuestro del Sr. Luis Antonio o no es indicio alguno de su participación en el planeamiento y en la ejecución de dicho secuestro. 3) El análisis realizado demuestra que los indicios de los que ha partido la mayoría de la Sala para dar credibilidad a las declaraciones de los coimputados que acusan a los Sres. Luis Enrique e y Evaristo o son, individualmente considerados ambiguos, es decir, no excluyen otras hipótesis fácticas igualmente plausibles. Resulta claro que con indicios ambiguos, aunque sean varios, no es posible considerar satisfechas las exigencias que la jurisprudencia impone en la consideración probatoria de las declaraciones de los coimputados. En la medida en la que las acusaciones de los coimputados respondían a sus intereses defensivos, así como en la que las inculpaciones no pueden ser corroboradas por elementos objetivos y externos a ellas mismas, es evidente que los inculpados en dichas declaraciones sólo hubieran podido desvirtuarlas mediante la prueba de un hecho negativo. Dicho con otras



palabras: si se acuerda valor probatorio a una inculpación proveniente de un coacusado interesado en la misma, carente, además, de comprobación objetiva, la indefensión de los afectados por tales declaraciones es manifiesta, pues sólo podrían defenderse de ellas mediante la prueba de la negación de los hechos que se les imputa (probatio diabólica incompatible con un proceso con todas las garantías según la citada STC 182/89).

IV La opinión mayoritaria de esta Sala ha estimado asimismo por probada la existencia de un comunicado dado telefónicamente a la Cruz Roja de San Sebastián el 6 de Diciembre de 1986, por el que se sometía la liberación de D. Luis Antonio o a la condición de la puesta en libertad de los policías españoles detenidos en Francia. La sentencia concluye al respecto que "fue alguno o algunos de los organizadores del hecho que nos ocupa, con el conocimiento de los demás, es decir Luis Enrique e, Evaristo o, Ramón n, Jesús Manuel l, Blas s y Iván n, quienes acordaron la realización del comunicado que ahora nos ocupa" (...), "siendo irrelevante la prueba del dato preciso de la identidad de quien fuera el impulsor de la idea y de quien materialmente hiciera la llamada telefónica para su transmisión". La discrepancia con la conclusión transcrita se refiere al elemento esencial de la misma, es decir, a la prueba de la participación de los Sres. Luis Enrique e y Evaristo o en la realización del comunicado. La identidad del autor material del comunicado sería irrelevante para atribuirle a éstos el contenido del mismo si estuviera acreditado que tomaron la decisión de que el mismo se hiciera. Pero la participación del Ministro y del Director de la Seguridad en la decisión de hacer el comunicado no ha sido afirmada por nadie y es evidente que cuando se tomó la decisión de llevarlo a cabo aquéllos se encontraban en Madrid y no en el lugar donde actuaba el grupo de personas de Bilbao. Es evidente, entonces, que tanto uno como otro no tenían posibilidad física de incidir en la decisión, pues no se encontraban en el lugar del hecho. Ninguno de los coimputados dijo en ninguna parte haber consultado expresamente con el Sr. Luis Enrique e o con el Sr. Evaristo o la emisión del comunicado, entre otras cosas porque negaron que el comunicado proviniera de ellos y, cuando uno de ellos lo admitió Ramón n, al folio 4779, leído en el juicio en el procedimiento del art. 417 LECr.), lo hizo con la reserva de la negación de toda intención de darle cumplimiento. La mayoría ha acordado especial relevancia a la coincidencia temporal entre el plazo establecido en el comunicado para el cumplimiento de la condición y la puesta en libertad de los policías españoles detenidos en Francia. Sin embargo, de dicha (inegable) coincidencia no se desprende el menor indicio respecto de la posible participación del Ministro y del Director de la Seguridad del Estado. Es obvio que, si estuviera acreditada la relación de causalidad entre la amenaza del comunicado y la decisión de excarcelar a los policías, no cabría deducir de esa coincidencia temporal que los Sres. Luis Enrique e y Evaristo o tomaran parte en la decisión de condicionar la detención ilegal del Sr. Luis Antonio o. Pero, es que además, existiendo otra causa conocida (el acuerdo con las autoridades francesas) siempre cabe la posibilidad de que la coincidencia haya sido sólo fortuita. Por último, se debe considerar que cuando Jose Francisco o dijo que el comunicado lo dio Blas s, cumpliendo instrucciones de Ramón n y Evaristo o, no es más que un testigo de referencias, dado que sólo dice repetir versiones oídas a otros, que, cuando declararon ante la Sala en la instrucción, no confirmaron tales extremos. De cualquier manera, nadie menciona, ni como mero testigo de referencia, al entonces Ministro del Interior, Sr. Luis Enrique e.

V Las consideraciones sobre la prueba de las declaraciones de los coimputados vertidas en los apartados II y III.2.f) de este voto particular tienen aplicación también en lo concerniente a la entrega por parte del Sr. Evaristo o de 1.000.000 Fcos. franceses a Ramón n, supuestamente para financiar el secuestro del Sr. Luis Antonio o. Sólo resta agregar aquí algunas precisiones sobre la llamada prueba pericial. De ésta nada se puede deducir sobre la entrega de tales sumas y menos aun de la finalidad de la misma. En efecto: existe un resumen de los movimientos de unas cuentas del Banco de España cuyos valores no coinciden con la supuesta disposición de fondos necesarios para la operación ni con las fechas en las que la disposición se debería haber producido. La afirmación de una perito en el juicio, relativa a la posibilidad de realizar cambios de divisas sin dejar rastros documentales bancarios, es consecuentemente sólo una hipótesis, pero que no demuestra que los Sres. Luis Enrique e o Evaristo o hayan realizado tales operaciones de cambio. Esto último no está probado, pues sólo es una conjetura, toda vez que no ha existido -como se reconoce correctamente en la sentencia- prueba de que ellos hayan intervenido en una operación semejante. En este punto, como se ve, no existe ningún elemento que permita corroborar lo afirmado por el coimputado Sr. Ramón n contra el Sr. Evaristo o. Por lo tanto, no sólo no se sabe si realmente se pagaron al policía francés 500.000 Fcos. franceses, sino que tampoco es posible corroborar con algún dato externo que esa suma haya sido entregada a Ramón n. La ausencia de toda prueba de la recepción del dinero por el policía francés está ratificada en el Fundamento Jurídico 16 de la sentencia en la que se reconoce que la única prueba en la que se funda la disposición de fondos reservados atribuida al Sr. Luis Enrique e y al Sr. Evaristo o son las declaraciones de Ramón n, Blas s y Iván n en el juicio oral. Las razones ya estudiadas en el capítulo III de este voto particular, en consecuencia, demuestran que la disposición de los fondos reservados se funda también en declaraciones de un coimputado que no reúnen las condiciones que la jurisprudencia exige para su valoración como prueba de cargo.

VI De todos modos, aunque los hechos probados se aceptaran en la forma en la que lo propone la mayoría, lo cierto es que los delitos por los que se dicta la condena están prescritos. 1. La primera cuestión que aquí se presenta se refiere al hecho interruptivo de la prescripción. La sentencia de la que discrepo reconoce que la jurisprudencia de esta Sala desde los años 1991 y 1992 "exige, para que el procedimiento se



entienda dirigido contra el culpable, que éste de algún modo aparezca determinado en su tramitación, bien por medio de su nombre y apellidos, bien de otro modo a través del cual pudiera llegar a conocerse su identidad". Sin embargo, la mayoría entiende que el escrito de querrela presentado por una acusación particular el 23-4-88 (ver sumario 1/88, folios 420 y stes.) determina en este caso la interrupción del plazo de prescripción respecto de todos los procesados. Si bien dicha querrela sólo se dirigía nominalmente contra los procesados Sres. Jose Francisco o y Juan Pablo o, se argumenta, también se dirigía contra "cualesquiera otras personas, no juzgadas ni condenadas, o responsables de instituciones, que en el curso de la investigación aparezcan como partícipes en las actividades de la organización terrorista denominada Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL)". Es evidente que este punto de vista se opone, en general, a la línea jurisprudencial que señala la sentencia, pero la oposición resulta manifiesta con la STS 2512/90, de 6-7-90 en la que esta Sala afirmó que "no es necesario el auto de procesamiento para el efecto interruptivo, y no es bastante la simple referencia del querrellado en sus declaraciones sumariales; se exige una actividad judicial instructora que entrañe una posible inculpación contra persona determinada y este matiz último no puede atribuirse al escrito de querrela respecto a la persona del recurrente, que fue situada al margen de la misma permaneciendo quieta la actividad judicial hasta el formal acuerdo de practicar, a instancia del Fiscal una sumaria información suplementaria" (en el mismo sentido: STS de 29-6-93, que requiere la "efectiva prosecución del procedimiento contra el culpable"; STS de 29-1-94 (Caso <<Ruano>>); STS 104/95, de 3-2-95 y 279/95, de 1-3-95; STS 794/97, de 23-5-97; STS 1543/97 de 16-12-97 entre otras). En esta misma línea en el auto de 19-7-97 (Causa Especial N° 880/91) esta Sala, actuando como Tribunal de única instancia, entendió que la prescripción se interrumpía, no obstante existir en la instrucción las facturas en las que se fundamentaba la acusación por falsedad documental, sólo a partir del momento en el que los presuntos autores del delito son citados como imputados (confr. Fundamento Jurídico 9). El criterio jurisprudencial que venimos refiriendo fue saludado con satisfacción por los comentaristas más prestigiosos del Código Penal, uno de los cuales afirma en una obra reciente que "considerar que un procedimiento se dirige necesaria y generalizadamente contra todos los responsables criminales del posible delito sería una interpretación incompatible con la redacción del precepto y, por ende, rechazable". Otro autor, comentando las expresiones "cuando el procedimiento se dirija contra el culpable", mantenido en la nueva redacción del art. 132.2 CP., afirma que "cuando se dirija contra persona distinta o sin determinación de persona alguna, no puede considerarse interrumpido el plazo prescriptivo", aprobando expresamente el punto de vista jurisprudencial. La STS de 25-1-94 (caso Ruano) no introdujo ninguna excepción en esta línea jurisprudencial. En efecto, la ratio decisionis de esta sentencia, expresada en su Fundamento Jurídico 2º, consistió en resolver "si en la investigación deben aparecer nominadas unas determinadas personas", para admitir que ello no es necesario cuando "dadas las características del hecho y los hipotéticos resultados que se pudiera extraer, sólo pueden haber o existir unas personas perfectamente definidas que hubieran podido cometer la acción sometida a investigación" (en el mismo sentido y aclarado el significado del precedente al que nos referimos ver: STS 484/97, de 31-10-97; STS 794/97 de 23-5-97; STS 1543/97, de 16-12-97). Esta sentencia, en realidad, sólo viene a precisar que el procedimiento se dirige contra el culpable cuando se haya definida la persona del mismo por elementos diversos de su nombre. Pero no otra cosa. Es evidente que a la luz de estos precedentes, la fórmula contenida en el escrito de querrela obrante al folio 420 y stes. del sumario 1/88, no cumple con las exigencias establecidas por la jurisprudencia para que el procedimiento se considere dirigido contra el culpable, pues contiene una fórmula carente de determinación, similar, en todo caso, a la "referencia del querrellado en las declaraciones sumariales", que fue considerada insuficiente en la STS 2512/90, antes citada. A ello se debe agregar que el propio Juez de Instrucción en el auto de 15-1-95 (folio 1688) sostuvo, después de producidas las inculpaciones de Jose Francisco o, que respecto del Sr. Luis Enrique e, a esa fecha, no existían en la causa "imputaciones que tengan la consistencia mínima y suficiente", con lo que dejó claro que hasta ese momento el procedimiento no se dirigía contra él. Algo similar ocurre con respecto al Sr. Evaristo o. En efecto, hasta la Exposición elevada a esta Sala por el Ilmo. Sr. Juez Instructor del Juzgado Central N° 5 el 16-1-95, el procedimiento no se dirigía contra él. En efecto, el Juez dice en el punto décimo que "en todo caso y en este momento procesal, después de la declaración de Alonso o aparece indiciariamente claro que la persona que emitía y daba todas y cada una de las órdenes para la disposición, distribución y entrega de los fondos reservados, y, por tanto, también respecto a las partidas presuntamente entregadas a los Sres. Jose Francisco o y Juan Pablo o a través de sus mujeres, era Evaristo o". La mayoría de la Sala, sin embargo, se aparta de todos estos precedentes, sin rechazarlos, pero estableciendo una excepción a su aplicabilidad. En tal dirección se afirma en el Fundamento Jurídico 18 que "esta última dirección jurisprudencial antes expuesta sólo puede tener su aplicación en los supuestos delictivos ordinarios, cuando el delito ha sido cometido por una sola persona o unas pocas, no cuando se trata de delitos atribuidos a una colectividad de sujetos en la que hay una organización más o menos estructurada o jerarquizada (...)". En tales casos la mayoría entiende que el procedimiento se dirigirá contra el culpable, "cuando la querrela o la denuncia admitida a trámite o el procedimiento de oficio se dirige contra esa colectividad". Este punto de vista resulta, en primer lugar, incompatible con el principio de legalidad (art. 25.1 CE), dado que carece absolutamente de todo apoyo en el texto legal. La ley no establece excepciones de ninguna clase para ninguna "colectividad". Más



aun: no podría hacerlo, básicamente porque el derecho penal vigente no conoce responsabilidades colectivas; un derecho penal de culpabilidad no puede reconocer otras responsabilidades que las individuales, al menos mientras no cambie el concepto tradicional de culpabilidad. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que el concepto de "colectividad", que se aplica por primera vez en este caso y en el que se procura fundamentar esta excepción a nuestros precedentes jurisprudenciales, carece de contornos mínimamente precisos como para permitir una aplicación elementalmente segura. En este sentido, si el legislador hubiera abjurado de la responsabilidad individual admitiendo un concepto como el propuesto, estaríamos en presencia de otra infracción del principio de legalidad porque la norma no sería suficientemente determinada. Por último, se debe destacar que en el presente caso la organización no sería producto de la actividad de los acusados, sino la propia organización administrativa y funcionarial en la que aquéllos habrían actuado y que, por ello, no puede ser considerada como elemento del delito. De todo ello se deduce que la creación de una excepción no cubierta por el texto legal, que además choca frontalmente con el principio de la responsabilidad penal individual surgida del principio de culpabilidad y que no tiene contornos mínimamente seguros, vulnera dos principios fundamentales del derecho penal: el de legalidad y el de culpabilidad. En consecuencia la interrupción de la prescripción no pudo haberse producido el 23-4-1988 para todos los acusados. Con esa fecha sólo se interrumpió, en todo caso, la prescripción para los Sres. Jose Francisco o y Juan Pablo o, contra los que se dirigía la querrela. Con relación a los otros acusados la prescripción se habría producido, por el contrario, con posterioridad a la inculpación del Sr. Jose Francisco o individual admitiendo un concepto como el propuesto, estaríamos en presencia de otra infracción del principio de legalidad porque la norma no sería suficientemente determinada. Por último, se debe destacar que en el presente caso la organización no sería producto de la actividad de los acusados, sino la propia organización administrativa y funcionarial en la que aquéllos habrían actuado y que, por ello, no puede ser considerada como elemento del delito. De todo ello se deduce que la creación de una excepción no cubierta por el texto legal, que además choca frontalmente con el principio de la responsabilidad penal individual surgida del principio de culpabilidad y que no tiene contornos mínimamente seguros, vulnera dos principios fundamentales del derecho penal: el de legalidad y el de culpabilidad. En consecuencia la interrupción de la prescripción no pudo haberse producido el 23-4-1988 para todos los acusados. Con esa fecha sólo se interrumpió, en todo caso, la prescripción para los Sres. Jose Francisco o y Juan Pablo o, contra los que se dirigía la querrela. Con relación a los otros acusados la prescripción se habría producido, por el contrario, con posterioridad a la inculpación del Sr. Jose Francisco o que tuvo lugar el 16-12-94.

2. Aclarado el momento en el que se produjo la interrupción de la prescripción para los procesados que fueron inculcados por los Sres. Jose Francisco o y Juan Pablo o, se presenta el problema de establecer cuál es la ley aplicable al supuesto examinado, es decir, teniendo en cuenta la sucesión de leyes penales operada, cuál es la ley más favorable a los acusados (art. 2º.2 CP). La cuestión no ofrece dificultades en el presente caso: la ley más favorable es la que permita la prescripción. Si se aplicara el art. 481,1º CP. 1973 , es decir, admitiendo como hace la mayoría que el hecho constituye una detención ilegal condicionada (secuestro), el delito se debería declarar prescrito. Por el contrario, si se aplicara el art. 167 (en relación al 164) CP. 1995 , el hecho no lo estaría, dado que el máximo de la pena de inhabilitación supera los diez años y ello determina un plazo de prescripción de quince años (art. 131 CP. 1995). En este punto la discrepancia con la mayoría se dirige, en primer lugar, contra los argumentos por los que se sostiene que la pena prevista en el art. 481 impediría la prescripción atendiendo a los plazos previstos en el art. 113 CP. 1973 . La argumentación de la mayoría es nuevamente contraria al principio de legalidad (art. 25.1 CE). En efecto, la pena prevista en el art. 481 CP . no es una pena de reclusión menor, toda vez que el mínimo y el máximo son menores que los de la reclusión menor, establecidos en el art. 30 CP. 1973 . La conclusión es obvia: si no es una pena de reclusión menor, la aplicación del art. 113 CP. 1973 sólo se puede llevar a cabo mediante una extensión analógica de la ley penal prohibida por el principio de legalidad (arts. 25.1 CE y 4º.1 CP). Considerar que la pena prevista en el art. 481 CP. 1973 es una pena de reclusión menor infringe claramente el art. 4º.1 CP que establece, desarrollando el art. 25 CE que "las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas". En segundo lugar, el disenso se refiere también a la interpretación del art. 113, último párrafo, CP. 1973 . No es posible considerar que la pena establecida en el art. 481 CP. 1973 es una pena compuesta, para deducir de allí que el último párrafo del art. 113 CP . impediría la prescripción, dado que en tales supuestos "se estará a la mayor para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo". A ello se opone, ante todo, el concepto de penas compuestas. Penas compuestas sólo pueden serlo las de distinta naturaleza previstas en forma conjunta para un mismo delito. La ley se ha querido referir a penas que afectan bienes jurídicos distintos del condenado (p. ej.: privación de libertad y privación de derechos). Por ello, si las penas son de una misma naturaleza no puede haber composición alguna; una pena privativa de la libertad conjunta con otra pena de la misma especie sería, evidentemente un contrasentido, dado que siempre las penas más graves privativas de la libertad engloban las menos graves. Qué duda cabe que dentro de la prisión menor están ya el arresto mayor y el arresto menor. Sólo en el caso de penas de diversa naturaleza el último párrafo del art. 113 CP. 1973 tiene sentido, pues este artículo únicamente establece plazos especiales para las de reclusión, unificando los plazos para todas las otras penas temporales. Es decir: para las demás no establece distinción alguna y es por ello que se puede



plantear el problema de determinar cuál es la mayor, cuando la pena de inhabilitación, p. ej., tiene una duración superior al de la pena privativa de la libertad. Es en supuestos de estas características en los que la STS de 4-10-1934 estableció que el criterio interpretativo debía ser cualitativo y no cuantitativo. Si se mantiene este criterio, la pena del art. 481 es cualitativamente una pena privativa de la libertad que no es la reclusión menor, pero con una duración que excede de los 6 años. De cualquier manera, aunque se aceptara el concepto de pena compuesta seguido por la mayoría, no se evitaría la infracción del principio de legalidad, pues lo cierto es que la pena mayor en el sentido del art. 113, último párrafo CP. 1973, tampoco es una pena de reclusión menor, dado que sólo alcanza hasta el grado medio de la misma. 3. Queda por considerar el problema de la prescripción de los delitos que concurren (secuestro y malversación). La mayoría de la Sala sostiene, en lo referente a esta cuestión, que en el caso sería de aplicación el precedente de la STS de 6-11-91 (caso Jose Ramón n), luego de señalar, acertadamente, que no son aplicables al caso los precedentes que excluyen la prescripción independiente de las acciones que surgen de delitos y faltas. En dicha sentencia la Sala había señalado, en un caso de concurso real entre detención ilegal y asesinato posterior de persona secuestrada, que la prescripción del delito menos grave, en el caso la detención ilegal, no se operaba mientras el más grave (asesinato) todavía no hubiera prescrito. Como fundamento único de esta decisión la STS de 6-11-91 dice que en tales casos "la sociedad no ha olvidado el comportamiento ni sus consecuencias, entendiendo todo como una unidad" (Fundamento Jurídico 1º). Es decir, la sentencia citada, único precedente en el que se apoya la mayoría, se ha remitido más a una supuesta visión de la sociedad y al supuesto mantenimiento de los hechos en forma independiente en la memoria social, que a la voluntad del legislador, dado que la ley penal guarda silencio total sobre esta cuestión. Pero, sin perjuicio de lo discutible de la ratio decisionis de la mencionada sentencia desde la perspectiva del art. 25.1 CE, lo cierto es que, una vez que se ha decidido que los delitos de malversación y detención ilegal condicionada se rigen por las reglas unificadoras del reproche penal contenidas en el art. 77 CP. vigente (= art. 71 CP. 1973), no cabe hablar de una supuesta percepción diversificada de los hechos por la sociedad. En verdad en un Estado de Derecho la visión de la sociedad no es otra que la expresada en las decisiones del legislador, que establece que los hechos como el presente deben ser sancionados con una única pena y, por lo tanto, como un hecho único. La visión unitaria de los hechos por el legislador -que en la sentencia mayoritario no se pone en duda como surge de la aplicación realizada en la misma de las reglas del llamado concurso medial- no se puede desconocer sobre la base de un único precedente jurisprudencial que, además, sin ningún apoyo en el texto de la ley o en algún principio jurídico, se refiere a casos diferentes, de concurso real (es decir hechos independientes), y no a supuestos unificados por el