

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA - Sentencia N°: 2/1998 - CAUSA ESPECIAL N°: 2530/1995

Señalamiento: 25/05/98 - Fecha Sentencia: 29/07198

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Delgado García; Secretaría de Sala: Sra. Oliver Sánchez; Escrito por: MCC

Caso Marey: absolución por banda armada y condenas por malversación y detención ilegal o secuestro. Concurso medial. No hubo prescripción de delito.

/

CAUSA ESPECIAL N°: 2530/1995

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Delgado García - Fallo: 25/05/98

Secretaría de Sala: Sra. Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO - Sala de lo Penal

SENTENCIA N°: 2/1998

Excmos. Sres.:

D. José Jiménez Villarejo

D. Gregorio García Ancos

D. Luis-Román Puerta Luis

D. Enrique Bacigalupo Zapater

D. Joaquín Delgado García

D. José Antonio Martín Pallín

D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez

D. Joaquín Martín Canivell

D. Cándido Conde-Pumpido Tourón

D. Roberto García-Calvo y Montiel

D. José Antonio Marañón Chávarri

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. Segundo Marey Samper y por los delitos de detención ilegal, banda armada y malversación de caudales públicos, contra los siguientes acusados:

EXCMO. SR. D. JOSE BARRIONUEVO PEÑA, nacido en Berja (Almería), el 13 de marzo de 1942, hijo de José y de Matilde y, con D.N.I. núm. 50.002.799, representado por el Procurador D. Juan Luis Pérez-Mulet y Suárez y defendido por el Letrado D. Pablo Jiménez de Parga.

D. RAFAEL VERA FERNÁNDEZ-HUIDOBRO, nacido en Madrid, el 7 de febrero de 1945, hijo de Manuel y Angeles, con D.N.I. núm. 556.345, 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. JULIAN SANCRISTOBAL IGUARAN, nacido en Bilbao (Vizcaya) el 24 de noviembre de 1952, hijo de Julián y Amelia, con D.N.I. núm. 14.899.617, 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. RICARDO GARCÍA DAMBORENEA, nacido en Madrid, el 6 de febrero de 1940, hijo de José María y María Teresa, con D.N.I. núm. 14.201.109, 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. FRANCISCO ALVAREZ SÁNCHEZ, nacido en Bande (Orense), el 8 de diciembre de 1944, hijo de Francisco y Rosa, con D.N.I. núm. 34.538.006, 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. MIGUEL PLANCHUELO HERRESANCHEZ, nacido en Zarza Granadilla (Cáceres) el 23 de noviembre de 1941, hijo de Eugenio y Agustina, con D.N.I. núm. 7.397.623,

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. JOSÉ AMEDO FOUCE, nacido en Cerceda (Lugo), el día 3 de enero de 1946, hijo de José Ramón y María Mercedes, con D.N.I. núm. 14.231.482, 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. MICHEL DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, nacido en Chambéry (Francia), el 10 de octubre de 1957, hijo de Silesio y Antoinette, con D.N.I. núm. 37.693.841, 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. JULIO HIERRO MOSET, nacido en Santa Olalla (Toledo), el día 5 de octubre de 1947, hijo de Jesús y Josefina, con D.N.I. núm. 1.072.188, no habiendo estado privado de libertad por esta causa.

D. FRANCISCO SAIZ OCEJA, nacido en Burgos, el 21 de noviembre de 1941, hijo de Mauro y Francisca, con D.N.I. núm. 13.013.154, no habiendo estado privado de libertad por esta causa.

D. LUIS HENS SERENA, nacido en Madrid, el 20 de enero de 1957, hijo de Luis y Candelaria, con D.N.I. núm. 30.433.795, no habiendo estado privado de libertad por esta causa.

D. JUAN RAMÓN CORUJO RODRÍGUEZ, nacido en O Incio (Lugo), el 2 de septiembre de 1957, hijo de Julio y Emilia, con D.N.I. núm. 34.249.208, no habiendo estado privado de libertad por esta causa.

Hierro y Saiz Oceja están representados por el Procurador D. Juan Torrecilla Jiménez y defendidos por el Letrado D. José Anibal Alvarez, mientras que Hens y Corujo 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. SEGUNDO MAREY SAMPER**, representado por la Procuradora D^a. Dolores Martín Cantón y defendida por los Letrados Da Olga Tubau Martínez y D. Francesa 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. José Alberto Cruz

Bravo, D^a María Teresa Toda Iglesias, D. Carlos Paris Amador, D^a María de las Nieves San Vicente Leza, D. Carlos Gerardo Vila Calvo, D^a María Alicia Gómez Benitez, D^a María Inmaculada de la Cruz Muñoz, D. José López Arranz, D^a Julia Iglesias Lombardo, D^a Amalia Alejandre Casado, D. Jose Antonio López Candeira, D^a Francisca Villalba Merino, D^a Danielle Lacascade Maucourt, D. Luis Herranz Organista, D. José Ramón Martínez Perio, D. Juan Ibañez Martínez Conde, D. Jesús Ibañez Alonso, D^a Esperanza Martínez Conce Martínez Conde, D. Andrés Julio López Rodríguez, D. Melchor Fernández Larrinoa Linaza, D. Luis Enrique Mañero Rodicio, D^a Isabel D'Olhaberriague Ruiz de Aguirre, D. Gabriel Pedro Albiac Lopiz, D. Santiago Alba Rico, D. Enrique González Duro, D^a María Angeles Mata Bilbao, D. Carlos Fernández Liria, D^a Pilar Panes Casa, D. Jorge Francisco Gordon Nuevo, D. Jaime Pastor Verdu, D^a Margarita Diaz Pérez, D. Adolfo Fernández Marugan, D. Pedro Feced Martínez, D^a María Mercedes Gascón Sturtze, D^a Josefa Martínez Conde Martinez Conde, D^a Isabel Marin Ibáñez, D^a Micaela Martínez Conde Martínez Conde, D. Enrique Galvez Cañero Arrazola, D. Gabriel Maria Ortiz España, D^a María Manueco Santurtun, D. Alejandro García Reyes, D. Gonzalo Abril Curto, D. José Manuel Salvador González, D. Marcos Roberto Roitman Rosemann, D. Fernando Alvarez Uria Rico, D^a Julia Varela Fernández, D. Fernando Galan Martin, D^a María Isabel Feced Martínez, D^a María Rosario Beatriz Carrascado Bulliso, D. Leopoldo Pardo Serrano, D. Jose Luis Galan Martínez, D^a María de los Angeles López Alvarez, D. Jose Luis Morales Suárez, D. Luis Sancho Mantilla, D. Manuel Revuelta Moreno, D^a Maria Luisa García Diaz, D. Ernesto Portuondo Pérez, D. Francisco Javier Alvarez Dorronsoro, D. Ernesto Rosenber Steinberg, D. Antonio O'Connor Oliveros, D. Francisco Jose Baena Muñoz, D. María Esperanza Galarraga González, D^a Isabel Esther Liberal Pignatelli, D. Carlos Pérez Losada, D^a Maria Ana Sánchiz Garrote, D^a María Isabel Concepción Cabo Lombana, D^a Mara Elena Rodríguez Villa, D. Carlos Javier Vaquero Narros, D. Jaime Alberto Zamora Sancha, D^a Paz Pastor Saenz de Buruaga, D. Jorge del Cura Antón, D. Fernando Oliete Fernández, D^a María del Echegaray Pagola, D. Fernando García Echegaray, D. Juan Ignacio Guerrero Llorente, D. Juan Manuel Hernández Rodero, D. Fernando Fernández Llebregz González, D. Pedro Alvite Rueda, D. Carlos Vidania Dominguez, D^a Carmen Leonor Grimau Martínez, D. Albert Rodríguez Rodríguez, D^a María Angeles González Santamaria, D. Abelardo Guil Fuentes, D^a María del Pilar Fernández Poncela, D. Gonzalo Martínez Fresneda Ortiz de Solirzano, D. Luis Maria Figueroa Cuenca, D. Angel Carcedo Saiz, D. Agustin Pantaleón Fernández Fernández, D^a Marta Angeles Méndez Batan, D. Joaquín María de la Peña García, D^a Angela Saiz Sitio, D^a Marta Ontañón Peredo, D^a Marta Peredo Escobedo, D. Marcelino Manuel Redondo Serna, D^a María Josefa Ares Fernández, D^a M^a Elvira Trula Basurto, D. Pedro Venero Martínez y D^a María Luisa Pérez de la Parra, D^a Cristina Castanedo Pfeiffer, D^a María Luz González Regato, D^a Ana María Estebanez Ortega, D. Jose Ramón Burgues Mogro, D^a Julia López Quijano y D^a Angeles Solorzano Vegas.

Como **segunda acusación popular**, el Procurador D. José Manuel de Dorremochea Aramburu y los Letrado D. Pedro M^a Landa Fernández y D. Miguel de Castell Arteché en nombre y defensa de D. Miguel Lasa Arostegui, D. José Luis Echaide Esteibar, D^a María Begoña Arbelaz Arbelaiz, D. Antonino Asteasuinzarra Pagola y D. Miguel Angel Pérez de Arenaza Sogorb.

EI 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 DE HECHO.

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. José Alberto Cruz Bravo y 103 personas más, dirigida contra D. José Amedo Fouce, D. Michel Domínguez Martínez 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. Segundo Marey Samper, 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. Segundo Marey Samper, 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. José Amedo Fouce y D. Michel Domínguez Martínez, 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 33 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 Amedo y Domínguez se autoinculparon y además, implicaron en el citado secuestro de D. Segundo Marey a los ahora también acusados Sancristóbal, Alvarez, Planchuelo, Hierro y Saiz Oceja, 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. Sancristóbal 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. Alvarez 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.*

Planchuelo 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. Juan de Justo, secretario personal de D. Rafael Vera, 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. Rafael Vera, 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. Rafael Vera Fernández-Huidobro, 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. Ricardo García Damborenea, 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. Luis Hens Serena y D. Juan Ramón Corujo Rodríguez, por haber custodiado al secuestrado en la cabaña donde permaneció durante nueve días, tras sus respectivas declaraciones y consiguiente careo con D. Michel Domínguez, 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 Vera, Sancristóbal y Juan de Justo, 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. Segundo Marey 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 Miguel Planchuelo Herresánchez, 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 Planchuelo, concretamente Hierro, Saiz Oceja, Hens, Corujo, Sancristóbal y Alvarez, y el siguiente día 20 hace lo mismo G^a Damborenea.*

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. Barrionuevo Peña, diputado del Congreso, y también contra el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, D. Felipe González Márquez, y contra los también diputados, Excmos. Sres. D. José María Benegas y D. Narcís Serra, 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 García Damborenea, Sancristóbal, Alvarez, Planchuelo y Vera, 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. José Barrionuevo Peña, a lo que esta Sala accedió.*

XV.- Concedida la mencionada autorización, dicho Instructor acordó el procesamiento del mencionado Sr. Barrionuevo, así como ampliar el que el juzgado Central de Instrucción n^o 5 antes había decretado contra D. Rafael Vera.

XVI.- *La representación de la primera de las acusaciones populares y la del procesado D. Ricardo García Damborenea solicitaron que se recibiera declaración en calidad de imputados a los Excmos. Sres. D. Felipe González Márquez, D. Narciso Serra Serra y D. José M^a Benegas Haddad, 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. Segundo Marey, 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 1^a), continuó tal escrito en los términos siguientes:*

- 2^a -

Los hechos relatados son constitutivos de los siguientes delitos:

- 1°.- 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. 1°.1 y 2 c) y 7°.1 de la LO 9/1984, de 26-12 contra la actuación de bandas armadas, equivalente al art. 174.3° del CP de 1973, según la redacción dada por Ley O. 3/1988, de 25-1995, considerando como más beneficiosa la primera calificación..
- 2° Un delito de detención ilegal de los arts. 480 y 481.1° del CP de 1973, equivalente a los arts. 164 y 167 del CP de 1995, sancionándose conforme a este último.
- 3° Un delito de malversación de caudales públicos del art. 394.4° 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:

- 1°. Del delito de pertenencia a banda armada los procesados Barrionuevo, Vera, Sancristóbal, García Damborenea, Alvarez y Planchuelo.
- 2°. Del delito de detención ilegal, los mismos del delito anterior, y, además, los procesados Amedo, Domínguez, Saiz Oceja, Hierro, Corujo y Hens.
- 3°. Del delito de malversación los indicados respecto al primero, excepto García Damborenea y, además, Amedo.

- 4ª -

Concorre en el delito de pertenencia a banda armada, respecto a cinco de sus autores (excluido García Damborenea) 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:

- 1°. Por el delito de pertenencia a banda armada a García Damborenea, 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.
- 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 Amedo, 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 Barrionuevo y Vera, a cada uno, cinco años de prisión e inhabilitación absoluta por ocho años, a Sancristóbal cuatro años de prisión e inhabilitación absoluta por ocho años, y a Alvarez, Planchuelo y Amedo, 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 Segundo Marey Samper 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 Barrionuevo y Vera, 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. Segundo Marey Samper, 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.
- 3°. 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 BARRIONUEVO, VERA, SANCRISTOBAL, GARCIA DAMBORENEA, ALVAREZ Y PLANCHUELO.
- 2.- Del delito de detención ilegal, los mismos del delito anterior, y además, los procesados AMEDO, DOMINGUEZ, SAIZ OCEJA, HIERRO, CORUJO Y HENS.
- 3.- Del delito de malversación, los indicados respecto al primero, excepto GARCÍA DAMBORENEA y, además, AMEDO.

CUARTA.- Concorre en el delito de pertenencia) a banda armada, respecto a cinco de sus autores (excluido GARCÍA DAMBORENEA) 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 GARCIA DAMBORENEA, 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 AMEDO, 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 BARRIONUEVO y VERA, a cada uno, cinco años de prisión e inhabilitación absoluta por ocho años, a SANCRISTOBAL, cuatro años de prisión e inhabilitación absoluta por ocho años; y a ALVAREZ y PLANCHUELO Y AMEDO, 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 SEGUNDO MAREY SAMPER 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 Barrionuevo y Vera, 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 Barrionuevo, Vera, Sancristóbal, Alvarez, Planchuelo y Amedo del delito de malversación de caudales públicos del art. 394.4º o, alternativamente, del art. 396, párrafo 2º, d el- - 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 Barrionuevo y Vera, las de 5 años de prisión y 8 años de inhabilitación absoluta, para Sancristóbal 4 años de prisión y los mismos 8 años de inhabilitación absoluta, y para Alvarez, Planchuelo y Amedo, 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 hablan 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, región 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 BARRIONUEVO, VERA, SANCRISTOBAL, GARCIA DAMBORENEA, ALVAREZ, PLANCHUELO, HIERRO y SAIZ OCEJA.
- 2.- Del delito de detención ilegal, los procesados BARRIONUEVO, VERA, SANCRISTOBAL, GARCIA DAMBORENEA, ALVAREZ, PLANCHUELO, HIERRO, SAIZ OCEJA AMEDO, DOMINGUEZ, CORUJO y HENS.
- 3.- Del delito de malversación, los procesados BARRIONUEVO, VERA, SANCRISTOBAL, ALVAREZ, PLANCHUELO, y AMEDO.
- 4.- De los delitos de proposición para el asesinato y tenencia y explosivos, el procesado ALVAREZ.

IV

- 1.- En el delito de pertenencia a banda armada concurre, respecto de todos sus autores, excepto de GARCÍA DAMBORENEA, 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 22.5º 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:

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

A los procesados BARRIONUEVO, VERA, SANCRISTOBAL, ALVAREZ y PLANCHUELO, doce años de prisión menor y multa de 750.000,-Ptas.

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

Al procesado GARCIA DAMBORENEA, diez años de prisión mayor y multa de 500.000,-Ptas.

2°.- Por el delito de detención ilegal:

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

3°.- Por el delito de malversación:

A los procesados BARRIONUEVO, VERA y SANCRISTOBAL, ocho años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de veinte años.

A los procesados ALVAREZ y PLANCHUELO, seis años de prisión e inhabilitación absoluta por quince años.

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

4°.- Por el delito de proposición para el asesinato, Val procesado ALVAREZ, la pena de cinco años de prisión.

5°.- Por el delito de tenencia de explosivos, al procesado ALVAREZ, 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. Segundo Marey Samper.

XXII.- La otra acusación popular, la del Procurador D. José Manuel de Dorremochea Aramburu, hizo su propio relato de hechos en su la 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:

JOSE BARRIONUEVO PEÑA

RAFAEL VERA FERNANDEZ HUIDOBRO

JULIAN SANCRISTOBAL IGUARAN

RICARDO GARCIA DAMBORENEA

FRANCISCO ALVAREZ SANCHEZ

MIGUEL PLANCHUELO HERRESANCHEZ

FRANCISCO SAIZ OCENA

JULIAN HIERRO MOSET

JOSE RAMON CORUJO RODRÍGUEZ y

LUIS HENS SERENA

De detención ilegal:

Los anteriores citados, y además

JOSE AMEDO FOUCE y

MICHEL DOMINGUEZ MARTINEZ

De malversación de caudales públicos:

JOSE BARRIONUEVO PEÑA

RAFAEL VERA FERNANDEZ HUIDOBRO

JULIAN SANCRISTOBAL IGUARAN

FRANCISCO ALVAREZ SANCHEZ

MIGUEL PLANCHUELO HERRESANCHEZ y

JOSE AMEDO FOUCE

CUARTO: Concorre en el delito de pertenencia a banda armada, respecto de todos sus autores menos GARCIA DAMBORENEA, la agravante de prevalerse del carácter público que tenga el culpable, n° 10 del artículo 10 del Código Penal vigente en el momento de los hechos, 22-7° 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 GARCIA DAMBORENEA, 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. José Barrionuevo Peña 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 acusaba 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. Rafael Vera Fernández-Huidobro 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. Julián Sancristóbal Iguarán 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. Segundo Marey, 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. Francisco Alvarez Sánchez, 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. Miguel Planchuelo Herresánchez 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. Segundo Marey pusieron los responsables políticos del País Vasco y que no tuvo acceso a los fondos reservados, solicitando en conclusión su absolución.*

XXVIII.- D. Ricardo García Damborenea 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. José Amedo Fouce y D. Michel Domínguez Martínez, 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 Amedo, 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 Amedo como cooperador necesario de este último delito y de Domínguez 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. Julio Hierro Moset y D. Francisco Saiz Oceja 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. Luis Hens Serena y D. Juan -Ramón Corujo Rodríguez, 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.*

[Otras alegaciones y cuestiones procesales varias]

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. Segundo Marey 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 García Damborenea.*

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. Francisco Alvarez.

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 Hens y Corujo, Planchuelo, Hierro y Saiz de Oveja, García Damborenea, Sancristóbal, Vera, Barrionuevo 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 Corujo y Hens: 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 Corujo y Hens 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.

XXXXI.- *La defensa de Amedo y Domínguez, mediante sendos escritos separados hace unas calificaciones definitivas nuevas para cada uno de sus defendidos:*

1. Respecto de Amedo, 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. Segundo Marey 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 Domínguez, 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.

XXXXII.- *La defensa de Alvarez 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.*

XXXXIII.- 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.

XXXXIV.- *Por último, el Presidente de la Sala preguntó a los procesados si tenían algo que manifestar al Tribunal, contestando afirmativamente los Sres. Saiz Oceja, -Amedo, Vera y Barrionuevo, 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. José Barrionuevo Peña, que por entonces tenía 41 años llevaba poco más de un año ejerciendo el cargo de Ministro del Interior.
2. D. Rafael Vera Fernández-Huidobro, 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. Julián Sancristóbal Iguarán, 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. Rafael Vera fue designado Subsecretario del mismo Departamento.
4. D. Ricardo García Damborenea, 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. Sancristóbal.
5. D. Francisco Alvarez Sánchez, 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. Miguel Planchuelo. 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. Julián Sancristóbal.
6. D. Miguel Planchuelo Herresánchez, 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. Francisco Alvarez. Cuando éste último, en febrero de 1.984, pasó a Madrid al destino antes referido, D. Miguel Planchuelo fue nombrado Jefe Superior de Policía de Bilbao.
7. D. José Amedo Fouce, de 37 años, Subcomisario del mencionado Cuerpo Nacional de Policía, estaba destinado en dicha Brigada Regional de Información a las órdenes directas del Sr. Planchuelo 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. Francisco Saiz Oceja, 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. Miguel Planchuelo.
9. D. Julio Hierro Moset, 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. Miguel Planchuelo.
10. D. Luis Hens Serena, 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. Miguel Planchuelo, trabajando en el grupo del Sr. Hierro.
11. D. Juan Ramón Corujo Rodríguez, de la misma edad y categoría profesional que el anterior, con el mismo destino, también en el grupo que mandaba el Sr. Hierro.
12. D. Michel Domínguez Martínez, 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 Dos Segundo Marey, 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. Martín Barrios, 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 Amedo Fouce, el Gobernador Civil de Vizcaya, Sr. Sancristóbal, y los Jefes Policiales, Sres. Alvarez y Planchuelo, consideraron que era posible la detención en Francia para su posterior traslado a España, por medio de efectivos policiales españoles, del dirigente de ETA Larretxea Goñi. Sancristóbal lo consulta con Vera y Barrionuevo en Madrid, éstos aceptaron tal plan y se encargó de organizarlo el Jefe Superior de Bilbao, D. Francisco Alvarez, que logró traer a un policía destinado en Barcelona, Gutiérrez Arguelles, 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 Martín Barrios. 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 Martín Barrios.

Cuarto.

Ante tal fracaso y asesinato, Sancristóbal, Alvarez, Planchuelo y Amedo, 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 Amedo contactaba, en el que confiaban porque las informaciones, que dicho Comisario había proporcionado relativas al asunto Larretxea Goñi, habían sido correctas, concretándose en la persona de Mikel Lujua Gorostola, para lo cual Saiz Oceja, por orden de Alvarez, 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, Planchuelo y Amedo, con la aprobación de Sancristóbal y Alvarez, 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. Sancristóbal, en uno de sus frecuentes viajes a Madrid, trata la cuestión con Vera y Barrionuevo, lo mismo que en el precedente caso Larretxea, 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 Sancristóbal un maletín con la mencionada cantidad de un millón de francos, de los cuales, ya en Bilbao, este último dio quinientos mil a Amedo para su posterior entrega al Comisario francés que se había concertado con quienes materialmente iban a efectuar el secuestro de Lujua Gorostola y otros 50.000 para que se los diera a Pedro Sánchez, 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 Pedro Sánchez, Mohamed Talbi y Jean Pierre Echalié se acercaron al domicilio que en Hendaya tenía Segundo Marey, 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 Marey inmovilizándole ayudándose de un spray que le echó al rostro. En el forcejeo Marey perdió las zapatillas y se le rompieron las gafas. Rápidamente entre Talbi y Echalié le introdujeron en un coche próximo donde les esperaba al volante Pedro Sánchez, marchando el vehículo del lugar y dirigiéndose hacia la frontera española, a donde llegó dicho Pedro 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 Segundo Marey 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 Echalié y Marey mientras Talbi 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. Talbi 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. Talbi 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. Luis Roldán Ibáñez, que hizo otra llamada telefónica, a D. Rafael Vera en Madrid, recibiendo como contestación el mensaje de que nada hicieran porque se trataba de una operación de Bilbao, lo que Roldán transmitió al Comisario y éste a Dancharinea.

Sobre la una de la madrugada llegó a esta frontera José Amedo Fouce, que había recibido el encargo de recoger al secuestrado y secuestradores, quien antes había estado con la misma misión en dos puestos fronterizos de la provincia de Guipúzcoa. Amedo encontró a Talbi, fueron los dos juntos en el coche que traía el primero hasta el lugar donde habían quedado

Echalier 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 Marey en los pies humedecidos para calentárselos y le introdujo en el vehículo, trasladándose todos hasta el puesto de Dancharinea, ya mencionado, donde Amedo había recibido una llamada del Gobernador de Vizcaya Sr. Sancristóbal, quien le preguntó cómo se llamaba la persona detenida, contestándole que Segundo Marey Samper, según éste le había dicho momentos antes, lo que confirmó a Sancristóbal y a quienes con él se hallaban reunidos en lo que había dicho Vera 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. Alvarez, éste, Sancristóbal y Planchuelo, y allí sobre las 9,30 horas se recibió la mencionada llamada telefónica de D. Rafael Vera que recogió Planchuelo y éste pasó a Sancristóbal, 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 Lujua Gorostola, sino un señor llamado Segundo Marey, según le habían comunicado de Francia.

En ese momento entre Planchuelo, Alvarez y Sancristóbal se plantea la duda de qué hacer con la persona secuestrada, llama entonces Sancristóbal a García Damborenea diciéndole lo que había ocurrido, éste se presenta enseguida en el despacho de Alvarez y allí se delibera sobre lo que es más conveniente, resolviendo los tres allí presentes (Planchuelo entraba y salía de su despacho al de Alvarez cuando sus superiores le requerían), es decir, Sancristóbal, Damborenea y Alvarez, que lo más conveniente era quedarse con D. Segundo Marey y llevarlo a la cabaña que tenían preparada para Lujua, 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 Larretxea Goñi, como ya se ha dicho. Para ello estiman necesaria la autorización de Madrid, que obtienen mediante una conversación telefónica de Sancristóbal con Barrionuevo. Durante esa noche y en todo el tiempo que duró el secuestro el Gobernador Civil de Vizcaya habló con frecuencia con los señores Vera y Barrionuevo que de este modo participaban en las decisiones y seguían las incidencias del caso.

Séptimo.

En el despacho de Planchuelo, en esa misma noche del 4 de diciembre, se encontraban los inspectores Saiz Oceja y Hierro, que habían sido llamados por aquél. Planchuelo pasó al despacho de Alvarez a recibir instrucciones. Al cabo de unos minutos o media hora salieron Alvarez y Planchuelo. Aquél, dirigiéndose a tales dos inspectores, les dijo que tenían que ir al túnel de Basauri y esperar allí la llegada de Amedo, 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. Alvarez, dirigiéndose a Saiz Oceja, 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 Amedo.

Cumpliendo lo así ordenado, Saiz Oceja y Hierro se trasladaron al túnel de Basauri, llegó allí Amedo con el secuestrado y los dos secuestradores franceses y, yendo delante el coche conducido por Hierro, en el que iba Saiz Oceja que conocía el camino, y detrás Amedo 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 Marey que era un etarra, que cobraba el impuesto revolucionario y que se reunía en Sokoia con los de ETA, lo que éste negó diciendo que se llamaba Segundo Marey 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 Marey que eran Policías, ni entonces ni en los días posteriores. Después Hierro y Amedo en sus respectivos vehículos regresaron a Bilbao y Saiz Oceja con los franceses Talbi y Echalié 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 Sancristóbal, Alvarez, Planchuelo y Hierro, quienes desde la carretera avisaron a los de abajo para que subieran los franceses con quienes habló el Comisario Alvarez, que concretó con ellos su regreso a Francia al día siguiente.

Noveno.-

Luis Hens y Juan Ramón Corujo, que habían pasado unos días de permiso, el día 6 de diciembre, llamados por Hierro, su jefe de grupo, fueron al despacho del jefe de la Brigada, Sr. Planchuelo, 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 Saiz Oceja, en la custodia de un detenido que, aunque no se lo dijeron, Hens y Corujo 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 Saiz Oceja estuvieron varios días custodiando a Segundo Marey. Hierro se encargaba de traer comida, tabaco y demás enseres necesarios, viniendo casi diariamente hacia la cabaña, desde donde Hens o Corujo subían hasta la carretera para recoger lo que su jefe les traía. Saiz Oceja les decía a Hens y Corujo 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 Segundo Marey, 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, Marey 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, Amedo, obedeciendo órdenes recibidas recogió de la cabaña a los dos franceses, Talbi y Echalié, y los llevó a una habitación del hotel Ercilla. Amedo avisó a Alvarez y Planchuelo, y éstos subieron a dicha habitación donde todos estuvieron conversando y al final Alvarez les entregó a cada uno 10.000 francos franceses del millón que había traído Sancristóbal de Madrid, cantidad inferior a la acordada porque los mercenarios no habían traído a la persona cuya detención había sido pactada. Luego Amedo llevó a tales dos franceses hasta la frontera que pasaron sin dificultad.

Undécimo.

En la misma fecha del 6 de diciembre, Amedo recibió de manos de Sancristóbal un papel que había sido redactado entre el propio Sancristóbal y Ricardo García Damborenea, en el que éste escribió de su puño y letra lo siguiente: "Escuche, le hablo del secuestro de Segundo Marey. 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 Sancristóbal dos palabras: "los implicados".

El Gobernador Civil dio tal papel escrito a Amedo, 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 Talbi en los términos expuestos, quedándose Amedo 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, Barrionuevo, Vera, Sancristóbal, Alvarez, Planchuelo y García Damborenea, 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 Segundo Marey, 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.

[Falta palabra] aparece probado que Amedo participara en la confección o transmisión de este último comunicado, pero sí que conoció su existencia, como más tarde 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, tal como se ha dicho, cuando trataban de secuestrar a Larretxea Goñi el 18 de octubre [falta palabra], quienes inmediatamente regresaron a España.

Décimotercero.

La privación de libertad de Segundo Marey continuó en el primitivo inmueble de la montaña de Cantabria con el conocimiento de todos los procesados, incluso de los señores Vera y Barrionuevo que estaban al tanto de todo a través de las conversaciones telefónicas mantenidas con Sancristóbal, como ya se ha dicho.

Así las cosas, el día 13 de diciembre, Sancristóbal, Vera y Barrionuevo deciden poner en libertad al secuestrado. Alvarez y Planchuelo contactan con Michel Domínguez, 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.

Alvarez, que ya había hablado con Domínguez y éste había aceptado pasar a la Brigada de Información que mandaba Planchuelo, se lo presenta a éste que le pone en contacto con Amedo, quien le dice que tienen detenida a una persona a la que hay que poner en libertad y trasladar a Francia. Domínguez 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 Segundo Marey, cumpliendo las órdenes recibidas, tratando de sosegar el ánimo de éste y permaneciendo en la cabaña o en sus intermediaciones todos, es decir, Marey, Domínguez, Saiz Oceja, Corujo y Hens.

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 Marey, 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, Planchuelo y Amedo y Hierro, montan en uno de ellos Hierro, Saiz Oceja, Domínguez y Segundo Marey, mientras que lo hacen en otro Amedo y Planchuelo, 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 Marey por el mal estado en que se encontraba. Llegaron a las intermediaciones 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 Domínguez había traducido al francés un comunicado que Amedo había recibido de manos de Sancristóbal y cuya traducción el propio Amedo había metido en uno de los bolsillos de Marey 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 Segundo Marey, 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 Marey 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 Domínguez hizo varias llamadas telefónicas a la gendarmería y al puesto francés de la misma aduana hasta cerciorarse de que D. Segundo Marey Samper 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. Segundo Marey Samper, 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 3°.

Pie izquierdo y tobillo hinchados, con rigidez en la articulación del tobillo y principios de escara en los dedos 1°, 2° y 4°.

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 Sancristóbal de Rafael Vera, que era la cantidad convenida para pagar a los mercenarios que iban a participar en el secuestro de Lujua Gorostola, 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 Amedo recibió para entregar anticipadamente a dicho Comisario, otros 50.000 dados también por Amedo a Pedro Sánchez y 10.000 más que entregó Alvarez en el Hotel Ercilla y recibieron cada uno de los dos franceses que pasaron a España con Segundo Marey, 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 Sancristóbal devolvió a Vera.

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. Rafael Vera 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 Vera, 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 Barrionuevo y Vera), completadas con las de algunos testigos, singularmente el perjudicado D. Segundo Marey Samper, 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 Barrionuevo y Vera. 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) Barrionuevo y Vera han declarado siempre no haber tenido relación alguna con el pretendido secuestro de Lujua Gorostola que realmente se produjo en la persona de Segundo Marey.

Por el contrario, los coacusados Sancristóbal, Damborenea, Alvarez y Planchuelo, 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 Marey (Hierro, Saiz Oceja, Hens y Corujo), 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. Barrionuevo y Vera, 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 Sancristóbal, Damborenea, Alvarez y Planchuelo. 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 Sancristóbal, Damborenea, Alvarez y Planchuelo, por las que implicaban en los hechos aquí examinados a Barrionuevo y Vera, 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 Barrionuevo y Vera. 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 Barrionuevo 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 Larretxea Goñi, también preparado y realizado por la Policía de Bilbao con aprobación de Barrionuevo y Vera e información a éstos de sus incidencias por parte de Sancristóbal, lo que tales máximos dirigentes del Ministerio del Interior reconocieron, llegando incluso a aceptar la responsabilidad por estos hechos el propio Barrionuevo 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. Segundo Marey, 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 talos 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 Lujua, en una nota de trámite interno hecha unos días antes (16 de noviembre) de la operación de secuestro que iba dirigida contra Lujua Gorostola y que realmente lo fue contra Segundo Marey Samper.

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 Sancristóbal, Damborenea, Alvarez y Planchuelo): el que desde el Ministerio del Interior no se hubiera promovido ninguna investigación seria sobre la posible estancia en España de D. Segundo Marey 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 Pedro Sánchez. 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 Barrionuevo y Vera.

F) Para realizar la operación de secuestro de Lujua Gorostola, 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 corroborados es el hecho de que el propio Vera en el acto del juicio oral haya reconocido que llamó por teléfono a Sancristóbal esa noche del 4 de diciembre para dar a éste la noticia del secuestro de Segundo Marey. Allí se encontraban presentes Planchuelo que cogió el teléfono y Alvarez en cuyo despacho se hallaban (Damborenea aún no había sido llamado). ¿Qué hacía en tal despacho a donde había llamado Vera, 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 Lujua Gorostola 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 Vera 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 Segundo Marey.

En conclusión, respecto de esta primera cuestión, estimamos que hay prueba directa, consistente en las declaraciones de los coimputados Sancristóbal, Damborenea, Alvarez y Planchuelo, robustecidas por el resultado de los careos que los dos primeros mantuvieron con Barrionuevo 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 Segundo Marey 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 Larretxea Goñi para trasladarlo a España e interrogarlo sobre el paradero del secuestrado por ETA, Capitán de Farmacia Martín Barrios, cuyo cadáver apareció al día siguiente.

Sancristóbal, García Damborenea, Alvarez, Planchuelo y Amedo 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 Amedo, que dijo que el comunicado lo dio Alvarez por instrucciones de Sancristóbal y Vera, los demás antes referidos afirmaron, de modo tajante, que ninguno de los que habían participado en la detención de Marey 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 Sancristóbal 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 Segundo Marey, de 51 años, de Irún". Evidentemente no se tenía intención de cumplir esta amenaza, sino de influir en las autoridades francesa"".

Ante tal lectura, D. Julián Sancristóbal 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 Martín Barrios. 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 Segundo Marey 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 Segundo Marey cuando fue liberado, en el que se habla del "gesto del Gobierno francés" como razón de ser de la liberación de Segundo Marey (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 Segundo Marey "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, Barrionuevo, Vera, Sancristóbal, García Damborenea, Alvarez y Planchuelo, 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. Segundo Marey 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 Vera, Barrionuevo y Domínguez, 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. Segundo Marey Samper, y hemos de hacer alguna consideración específica sobre la declaración de Planchuelo en relación con la implicación en los hechos del Sr. Barrionuevo.

SEGUNDO.-

En todo el trámite del sumario hubo una denuncia constante por parte de la representación de D. Rafael Vera 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 Barrionuevo 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 Domínguez 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. Rafael Vera 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. José Barrionuevo Peña, 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 Amedo y Domínguez implicaran a Rafael Vera 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.

Estimarnos 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 caber 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. Rafael Vera, 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. Juan de Justo por unos hechos relativos al mal uso de los fondos reservados, cuya disponibilidad en el Ministerio del Interior (del que era funcionario dicho D. Juan de Justo) tenía el Sr. Vera.

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 Rafael Vera 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 Rafael Vera 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 Vera, 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 n° 8° del art. 219 LOPJ considera como causa de abstención y de recusación.

3°. 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 5°, 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. Rafael Vera 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 n° 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 Barrionuevo) radica en la, a su juicio, retención indebida de la causa por el Juez Garzón una vez que ya existían datos que implicaban a Barrionuevo, Diputado del Congreso y por ende aforado ante esta Sala de lo Penal del T.S., concretamente desde la declaración de Amedo, 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 Barrionuevo y Corcuera hacía Amedo 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 Barrionuevo 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 Vera y Barrionuevo, que en tal declaración de Amedo hubo una referencia a la participación de este último en el secuestro de Segundo Marey cuando, como expresa el propio escrito de la defensa de Vera con todo detalle (página 62 y 63), dicho funcionario policial afirma que "Julián Sancristóbal le dice que lo ha decidido Ricardo García Damborenea 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 Amedo repite y Sancristóbal 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 Amedo 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 Amedo, 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 Barrionuevo alega que, pese a considerar Garzón insuficientes las manifestaciones de Amedo en las que se implicaba al ex-Ministro Barrionuevo, 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. Barrionuevo, si bien luego rectificó excluyendo a este último. Cierto 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 n° 1° 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. Rafael Vera 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. Amedo Fouce 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. Domínguez.

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. José Amedo Fouce.

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 Amedo y Domínguez 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. Rafael Vera.

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 Amedo quiere publicar como tales memorias. No ofrecen ninguna garantía de la veracidad de su contenido. Son unas reflexiones personales hechas por escrito que Amedo 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 Michel Domínguez.

También hemos de poner aquí de relieve que en la declaración de Domínguez a las preguntas de la defensa de Vera, en el acto del juicio oral, tales preguntas están tomadas de lo que en los referidos manuscritos se dice. Domínguez, al declarar viene a afirmar lo que en dicho manuscrito largo Amedo 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 aquellas 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 Michel Domínguez, hay que decir que, respecto de los hechos de autos, el secuestro de Segundo Marey, 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. Marey. Nada dijo, ni podía decirlo, que pudiera implicar en los hechos a los únicos acusados que niegan su intervención, los Sres. Barrionuevo y Vera, 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 Domínguez, hechas por el Magistrado Garzón, hubieran en realidad existido, en nada podrían

afectar a la prueba existente contra Vera o Barrionuevo, simplemente porque contra ninguno de estos dos en ningún momento dicho Sr. Domínguez nada manifestó.

En cuanto a Amedo, en tales manuscritos, que repudió en el acto del juicio, aparte de lo que dice por referencias de las amenazas o coacciones hechas contra Domínguez, 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. Domínguez o Amedo.

Por último, hemos de referirnos a la tan debatida entrevista del Magistrado Garzón y del Sr. Domínguez 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. Domínguez, 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 Amedo, a penas de prisión de larga duración y a la enfermedad que sufría su mujer y también la de Amedo, 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. Domínguez, 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 Michel Domínguez en base también a estas pretendidas amenazas y coacciones.

OCTAVO.

La representación del Sr. Barrionuevo 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. Vera y Barrionuevo, 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 Damborenea, Alvarez, Saiz Oceja, Hierro, Hens y Corujo ya se encontraban en libertad cuando confesaron lo ocurrido en dicho mes de julio, y los otros dos, Planchuelo y Sancristóbal, 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 Barrionuevo, 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. Rafael Vera, 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. Rafael Vera, D. José Barrionuevo y D. Michel Domínguez.

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. José Barrionuevo y oídas las demás partes sobre el tema, esta Sala acordó expulsar del procedimiento la prueba documental propuesta por 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. Barrionuevo y Sancristóbal, 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 n° 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 Sancristóbal 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. Barrionuevo 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 Sancristóbal.

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, pose 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. Eligio Hernández Gutiérrez, la parte que lo había propuesto, la defensa de D. Rafael Vera Fernández-Huidobro, 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 n° 3° 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 n° 3° del art. 729 en que la misma se fundó.

4ª. Y esta es la fundamental: no nos encontramos ante un documento que Rueda 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.

DUODÉCIMO.-

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

Planchuelo, 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. Barrionuevo, 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 solo 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 Planchuelo a que respondiera a las preguntas que pudiera formularle la defensa del Sr. Barrionuevo.

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 Planchuelo 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 Barrionuevo, 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. Vera y Barrionuevo.

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 Sancristóbal, García Damborenea, Alvarez y Planchuelo, 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 Barrionuevo de la declaración de Planchuelo, la conclusión habría de ser la misma: entender acreditada la participación de aquél (Barrionuevo) en los hechos aquí enjuiciados por las declaraciones de los otros tres (Sancristóbal, García Damborenea y Alvarez) 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 Planchuelo la que menos eficacia probatoria podía tener respecto de Barrionuevo, porque se trataba de una persona (Planchuelo) 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 Sancristóbal con el Sr. Ministro había sido con Vera que había llamado unas horas antes y él (Planchuelo) 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. Segundo Marey Samper presentado en la fase última del juicio oral como consecuencia del contenido del informe oral de uno de los Abogados, D. José Aníbal Alvarez, defensor de tres de los acusados, los Sres. Planchuelo, Hierro y Saiz Oceja.

Tal escrito se queja de determinadas expresiones de dicho Letrado ofensivas contra el Sr. Marey 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. Segundo Marey Samper 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:

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

2°. Sobre la malversación de caudales públicos

3°. 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 n° 1° del art. 515 del CP 1.995 que repite lo que ya venía estableciendo el mismo n° 1° 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 n° 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, entendiendo 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 Segundo Marey 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. Segundo Marey 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. Hens y Corujo 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. Barrionuevo, Vera, Sancristóbal, Alvarez, Planchuelo y Amedo, 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. Amedo 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 Lujua Gorostola 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 Sancristóbal, Alvarez y Planchuelo (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 Vera, con el consentimiento de Barrionuevo, entregó a Sancristóbal, fueron gastadas en lo que en definitiva fue el secuestro del Sr. Marey, 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.

DECIMOSÉPTIMO.

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 sí 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.

3°. 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 Sancristóbal, por parte de Vera con el consentimiento de Barrionuevo, 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.

4°. 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 1°, 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 concurrió, 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 hallarnos 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 calificada. 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 referirnos 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. Segundo Marey 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:

1°. Los únicos autores propiamente dichos son los Sres. Barrionuevo y Vera. 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 Sancristóbal un millón de francos franceses. Aquél (Barrionuevo) porque estuvo al tanto de todo lo ocurrido, al menos desde el momento en que Sancristóbal 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 1° del análisis de la prueba hecho en el capítulo de los hechos probados, nos obligan a creer lo que Sancristóbal 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 Sancristóbal, los Sres. Alvarez y Amedo.

No cabe exigir responsabilidad criminal al Sr. Barrionuevo 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, Vera y Barrionuevo, 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.

2°. 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 Barrionuevo y Vera, recibiendo de este último el dinero que luego distribuyó en Bilbao.

También actuó como cooperador necesario Alvarez, Jefe Superior de Policía de esta última ciudad que, además de colaborar con Sancristóbal en la distribución de ese dinero (entregó 10.000 francos a cada uno de los dos franceses que habían traído a Marey), antes había participado con Planchuelo y Amedo en la planificación de la operación Lujua que llevaba consigo el acuerdo con los mercenarios, siendo él quien como subordinado inmediato conectó con Sancristóbal 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 Planchuelo y Amedo que fueron quienes negociaron y directamente llegaron al mencionado acuerdo con los tan repetidos mercenarios, primero mediante las relaciones de Amedo con el Comisario francés y luego por las que ambos (Planchuelo y Amedo) 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 (Planchuelo en las páginas 3, 5 y 6 y Amedo en las 6 y 7) y también las hechas en el mismo plenario por Sancristóbal (página 11) y Alvarez (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. Amedo y su superior jerárquico el Sr. Planchuelo, 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 Vera a Sancristóbal: también Planchuelo es cooperador necesario aunque no hubiera tenido intervención alguna en el reparto del dinero una vez que éste llegó a Bilbao.

Además, Amedo asimismo colaboró en la distribución de ese dinero recibido en Bilbao, mediante las entregas que hizo al Comisario francés y a Pedro Sánchez, 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. Segundo Marey Sarnper (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 Larretxea Goñi 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 Martín Barrios pudiera constituir una causa de justificación. Pero ni esa necesidad, ni otra semejante, existía en el caso que nos ocupa: el de Lujua Gorostola, luego convertido en el secuestro de Marey Samper.

- 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 Segundo Marey 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 (Saiz Oceja, Hens y Corujo) y quien con el suministro correspondiente hacía posible la subsistencia del secuestrado y de sus vigilantes (Hierro). Luego nos referiremos en un apartado diferente a la participación de Domínguez.

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 Segundo Marey (incluso aunque realmente hubiera sido Míkel Lujua Gorostola), era manifiestamente ilegal.

Todos los funcionarios policiales (desde Alvarez a Domínguez) 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 notariamente 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. Vera, 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 García Damborenea.

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. Michel Domínguez, 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 Domínguez, 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 Domínguez.

VIGÉSIMOCUARTO.

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

1º El que comprende a Barrionuevo, Vera, Sancristóbal, García Damborenea, Alvarez, Planchuelo y Amedo, 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 Amedo que lo conoció después), y dado por alguno de ellos, como ya se ha dicho. Amedo declaró que ese comunicado fue idea de Sancristóbal y Vera y que Alvarez 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 Sancristóbal mantenía con su superiores en el Ministerio y con García Damborenea con el que le unía particular amistad, así como los que, por otro lado, terciaban entre sí Alvarez, Planchuelo y Amedo, 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 Segundo Marey 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 Segundo Marey sometían la supervivencia, y consiguientemente la libertad de éste, al hecho de que salieran de la prisión francesa donde se encontraban reclusos 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 Hierro, Saiz Oveja, Hens, Corujo y Domínguez.

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 Segundo Marey.

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 García Damborenea, incluido en el grupo de los seis primeros, pero que no era autoridad ni funcionario público, y Domínguez.

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".

García Damborenea 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, sesión 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. Ricardo García Damborenea 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. Michel Domínguez Martínez 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 Domínguez 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. Michel Domínguez fue sentado al lado de Segundo Marey, en la puerta de atrás del coche que conducía Julio Hierro, cumpliendo la misma tarea de sosegar al secuestrado. Bajados todos del vehículo, ayudo a llevar a Marey a través del campo pasando la frontera hasta dejarlo junto a un árbol.

Domínguez 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 Marey y de que iban enseguida a recogerlo, como así ocurrió. Desde luego, ayudó en el secuestro de Segundo Marey.

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, Saiz Oceja, Hens y Corujo, 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. 14.3° CP. de 1973. El delito ya se había cometido y casi consumado en su totalidad. Domínguez 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 Michel Domínguez en esa última jornada.

Nos hallamos ante un caso claro de complicidad (arta 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. 70.2°), 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 Domínguez, 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 Michel Domínguez, 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. Segundo Marey Samper, 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. Francisco Alvarez, simplemente porque no ha quedado probado nada de lo que se pudiera deducir que obró con arrebato, obcecación y otro móvil pasional.
- D) La misma parte, la defensa del Sr. Alvarez, 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. José Amedo, simplemente porque falta el requisito cronológico exigido al respecto. Cuando Amedo confesó la infracción implicando a otras personas y aportando el documento del primer comunicado manuscrito por García Damborenea y con unas palabras añadidas por Sancristóbal, 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. Michel Domínguez 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. Segundo Marey, en el que tan corta intervención tuvo.
- F) Las defensas de Amedo y Domínguez y la de Alvarez 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 Barrionuevo, Vera, Sancristóbal, Alvarez, Planchuelo y Amedo, 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 Marey 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 Hierro, Saiz Oceja, Hens y Corujo, 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 Saiz Oceja y Hierro, por su mayor intervención en los hechos, procede imponerles prisión de 5 años y 6 meses más inhabilitación absoluta por 9 años, mientras que Hens y Corujo, 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 Michel Domínguez, 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. Barrionuevo, Vera, Sancristóbal, Alvarez, Planchuelo y Amedo, 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 Segundo Marey.

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. Barrionuevo, Vera, Sancristóbal, Alvarez, Planchuelo y Amedo.

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 infrahumanas 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 Segundo Marey una vez conocido que no se trataba del etarra Lujua Gorostola, 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 Larretxea Goñi), 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 querrela 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 querrela que objetivamente se refería a varias actuaciones del grupo llamada GAL, entre ellas expresamente al hecho del secuestro de Segundo Marey (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 querrela aparece dirigida nominalmente contra D. José Amedo Fouce y D. Michel Domínguez Martínez, y como se sospechaba que tales miembros del Cuerpo Nacional de Policía no habían actuado por su cuenta, la querrela 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 querrela fue admitida a trámite por auto de 13 de Mayo de ese año de 1988.

A la vista de los términos de esa querrela, 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 Segundo Marey, quedó interrumpida la prescripción por los dos delitos por los que aquí condenamos, no sólo contra Amedo y Domínguez 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. Barrionuevo, Vera, Sancristobal, Alvarez, Planchuelo y Amedo, 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. 131.2°).

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 Eufemiano Fuentes, en cuyo Fundamento Jurídico 1° 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, entendiendo 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. Segundo Marey Samper, 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. Barrionuevo, Vera., Sancristóbal, Alvarez, Planchuelo y Amedo.

Los 30 millones de pesetas para D. Segundo Marey 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 Domínguez, 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, Hierro, Saíz Oceja, Hens y Corujo; 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 García Damborenea y Amedo, aquél por su relevante actuación en el momento en que se decidió el envío de Marey 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.

TRIGÉSIMO.

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, entendiendo 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. Segundo Marey: 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, prevaliéndose 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. Segundo Marey Samper, 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. José Amedo Fouce y D. Michel Domínguez Martínez 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 Amedo y Domínguez, 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.

Fallo.

CONDENAMOS al Excmo. Sr. D. José Barrionuevo Peña, a D. José Vera Fernández-Huidobro y a D. Julián Sancristóbal Iguarán, 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. Francisco Alvarez Sánchez, a D. Miguel Planchuelo Herresánchez y a D. José Amedo Fouce, 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. Ricardo García Damborenea, 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. Julio Hierro Moset v a D. Francisco Saiz Oceja, 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. Luis Hens Serena y a D. Juan Ramón Corujo Rodríguez, 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. Michel Domínguez Martínez, 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. Barrionuevo, Vera, Sancristóbal, Alvarez, Planchuelo y Amedo 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. Segundo Marey Samper en treinta millones (30.000.000) de pesetas, señalando las siguientes cuotas: medio millón de pesetas a cargo del cómplice Domínguez, un millón de pesetas a cargo de cada uno de los otros cuatro coautores del delito de detención ilegal: Hierro, Saiz Oceja, Hens y Corujo y el resto, veinticinco millones quinientas mil pesetas que abonarán por partes iguales los siete autores del delito de secuestro: los Sres. Barrionuevo, Vera, Sancristóbal, García Damborenea, Planchuelo, Alvarez y Amedo. Los autores del delito de secuestro y de detención ilegal, que son todos los acusados a excepción de Domínguez, 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 Domínguez. 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. Barrionuevo, Vera, Sancristóbal, Alvarez, Planchuelo y Amedo 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. Segundo Marey Samper, 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