

En la villa de Madrid, el día 6 de octubre de dos mil once.

En el Sumario núm. 12/02, seguido por delitos de asociación ilícita, estragos y detención ilegal en el que han sido partes: como acusador público el Ministerio Fiscal, y como acusados Luis, nacido el 19-12-75 en Pamplona hijo de José y de M^a Ángeles con D.N.I. núm. ...-N; defendido por la letrada D^a Atxarte Salvador; Xavier, nacido el 07-10-75 en San Sebastián, hijo de Alfonso y de Juana con D.N.I. núm. ..., defendido por la letrada D^a Onintza Estolaza Arruabarrena; y Roberto, nacido el 26-9-75 en Vitoria, hijo de Javier y de Sara, defendido por la letrada D^a Atxarte Salvador y todos ellos representados por el procurador Sr. Cuevas Rivas.

Los acusados Luis y Roberto se encuentran en libertad provisional por esta causa, estando privados de libertad por otras causas, y Xavier se encuentra en prisión provisional por esta causa desde el 14-05-09.

Ha sido Ponente la Magistrada Sra. Fernández Prado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 4 inició las actuaciones del Sumario 12/02 dictándose auto de procesamiento en fecha 20-11-09 contra Luis, Roberto, Xavier, Javier y José.

Se declaró la busca y captura a nivel nacional e internacional de José, y posteriormente su rebeldía. El 14.12.2009 se revocó el procesamiento de José, al denegar las autoridades francesas la ampliación de su entrega por esta causa.

Se concluyó respecto de Luis, Roberto y Xavier por auto de 11-01-2010 rectificado por resolución de 15-01-2010.

SEGUNDO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal se acordó la apertura de Juicio oral, formulando el Ministerio Fiscal su escrito de calificación y, dentro del plazo legal por la representación de Xavier se formuló, como artículo de previo pronunciamiento, la excepción de cosa juzgada interesando el sobreseimiento respecto del referido acusado. El Ministerio Fiscal informó que procedía la estimación de la excepción de cosa juzgada por el delito de pertenencia a organización terrorista. En Auto de fecha 1 de octubre de 2010 se acordó estimar la excepción de cosa juzgada planteada por la defensa de Xavier, en relación al delito de pertenencia a organización terrorista, debiendo continuar el curso de la causa en relación a los demás delitos, por los que figuraba acusado.

TERCERO.- Una vez presentados escritos de conclusiones por las defensas, el día 29 de septiembre de 2011 se celebró la vista oral, con presencia de los acusados asistidos de sus Letrados, practicándose las pruebas propuestas por las partes y admitidas por la Sala.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de:

A) Delito de asociación ilícita, pertenencia a banda armada, de los artículos 515.2 y 516.2 CP;

B) Delito de estragos del artículo 571 CP en relación con el 346 CP, en concurso de normas con un delito de tenencia de explosivos, del artículo 573 CP y 579 CP;

C) Delito de detención ilegal del artículo 572.1.3 CP y 579.2 CP.

Estimó responsables en concepto de autores: a Luis de los delitos B y C; a Roberto de los delitos B y C, retirando la acusación en relación a este procesado por el delito A, al constarle que había sido ya condenado en sentencia firme por ese delito en otro procedimiento; y a Xavier de los delitos A, B y C.

Al no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad solicitó la imposición de las penas siguientes:

Por el delito A) a Xavier nueve años de prisión, inhabilitación especial para empleo o cargo público durante diez años;

Por el delito B) a Luis, Roberto y Xavier diecisiete años de prisión, inhabilitación absoluta durante veinte años, conforme al art. 579.2 CP.

Por el delito C) a Luis, Roberto y Xavier doce años de prisión, inhabilitación absoluta durante veinte años, conforme al art. 579.2 CP.

Además solicitó la imposición a todos de la prohibición de acudir a la localidad de Lacunza durante cinco años, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 57 y 48 C.P.

QUINTO.- Las defensas de los acusados solicitaron su absolución.

De las pruebas practicadas en el Juicio han quedado acreditados los siguientes hechos que se declaran probados:

En el año 2001, Luis y Roberto, mayores de edad, entonces sin antecedentes penales, se encontraban integrados, formando desde la clandestinidad un comando, de la organización Euskadi Ta Askatasuna, E.T.A., grupo que, de forma organizada, y mediante acciones armadas contra personas y bienes, reivindica la independencia del País Vasco del resto de España, hecho por el que ambos han sido condenados en sentencia firme en otros procedimientos.

Para llevar a cabo sus acciones se valían de los miembros de un comando de apoyo, denominado Haitza, formado por tres personas, uno de ellas era Xavier, condenado en la sentencia dictada por el Tribunal de Gran Instancia de París de fecha 28 de junio de 2004, por el delito de asociación de malhechores, para perpetrar actos de terrorismo.

Siguiendo las instrucciones que desde la organización les habían hecho llegar, Luis y Roberto decidieron llevar a cabo una acción contra la discoteca Universal, sita en la carretera nacional 240, carretera V. s/n, a la altura del km. 36, en el término municipal de Lacunza, Navarra, para lo cual, tras comprobar los horarios del guarda, que vivía en un apartamento en mismo edificio de la discoteca, prepararon tres mochilas con unos 20 kilos cada una de Titayn 30-A, con dispositivos de iniciación eléctrico por retardo.

El día 27 de septiembre de 2001, sobre las 22 horas, Luis, Roberto y una tercera persona, que no consta acreditado que fuese Xavier, abordaron al guarda de la discoteca, cuando éste volvía del pueblo y se disponía a entrar en su apartamento, y exhibiendo una pistola le obligaron a entrar en la cocina, donde le maniataron y le pusieron una capucha en la cabeza para que no pudiese ver. Mientras uno permanecía vigilándole, los otros dos colocaron las tres mochilas con los explosivos en el vestíbulo, pista de baile, y lateral izquierdo del local, preparando los mecanismos de iniciación para que hiciesen explosión unas tres horas después. A continuación le trasladaron en el coche Ford Scort que llevaban, siempre maniatado y con la capucha, por una pista forestal, hasta una zona de monte situada a unos 3 km., donde le abandonaron. Luis, Roberto y la tercera persona a continuación huyeron del lugar.

El guarda, tras liberarse de sus ataduras y desprenderse de la capucha, bajó andando hasta el pueblo de Lacunza, y sobre las 24,30 horas ya pudo avisar de lo sucedido al encargado de seguridad de la discoteca, quien avisó a los propietarios del negocio y a la Guardia Civil.

Cuando esa noche a la 1,23 h. se produjo la explosión ya se encontraban a pocos metros, junto a la entrada de la discoteca, el Jefe de Seguridad y uno de los socios, y estaban llegando el guarda y otros empleados, junto con la primera patrulla de la Guardia Civil.

Como consecuencia de la explosión el edificio de la discoteca sufrió importantísimos daños, valorados en 889.009 euros, resultando en situación de siniestro y con riesgo de desplome. Este inmueble era propiedad de Ismael, Arsenio, Antonio y Alfonso, y era explotado en régimen de alquiler por la sociedad Isanejo 4 S.L. En el interior de la discoteca había material audiovisual, propiedad de Andreas, valorado en 18.000 euros, que resultó destruido. Además se causaron daños en las pertenencias del guarda, que han sido valorados en 3.000 euros.

El diario Gara recibió un comunicado de Euskadi Ta Askatasuna, E.T.A., publicado el día 28 de octubre de 2001, en el que la organización asumía 11 atentados, entre ellos la destrucción de la discoteca Universal, por ser lo que calificaban de un punto importante de la red de narcotráfico.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Antes de entrar en el examen de la prueba debe señalarse que el T.S

viene admitiendo la posibilidad de valorar las declaraciones prestadas por los acusados en sede policial, desde el Pleno no jurisdiccional del día 28 de noviembre de 2006: "Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la Jurisprudencia." Este criterio, aceptado también por el propio Tribunal Constitucional, se base en que además de la incorporación de la declaración al juicio oral, se dé efectiva oportunidad a los acusados para que en el acto de la vista declaren sobre esas manifestaciones hechas en la fase de investigación y puedan explicar las discrepancias.

Pero esta posibilidad de valoración no significa que estas declaraciones policiales puedan ser consideradas como pruebas por sí mismas, sino que cuando proporcionan datos objetivos, que hagan posible su comprobación, servirán como fuente de prueba para que el Tribunal se forme su convicción, como señala la sentencia del T.S. de 8-7-2010, que invoca a su vez Sala en la STS 1106/2005, de 30 de septiembre las declaraciones prestadas en sede policial, asistido de letrado, por un imputado, no pueden ser consideradas, por sí mismas, prueba de cargo, por tratarse de actividad preprocesal... Ello no quiere decir, sin embargo, que carezcan de cualquier valor atinente a la misma investigación, pues en el caso de tratarse de declaraciones autoincriminatorias, si proporcionan datos objetivos de donde obtenerse indicios de su veracidad intrínseca, la prueba de cargo se obtendrá a través de esos otros elementos probatorios, que conformarán la convicción judicial, y no estrictamente de su declaración policial.

En cuanto a la valoración como prueba de cargo de las declaraciones de los coimputados y su suficiencia para enervar la presunción de inocencia el T.S y el T.C. (Sentencias del T.C. 111/2011, de 4 de julio de 2011, y 126/2011, de 18 de julio de 2011) vienen señalado como estas declaraciones no poseen solidez plena como prueba de cargo suficiente cuando, siendo únicas, no están mínimamente corroboradas por algún hecho, dato o circunstancia externa, y ello porque el imputado, a diferencia del testigo, no tiene la obligación de decir la verdad sino que, por el contrario, le asiste el derecho a guardar silencio total o parcialmente y no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad. Además esa mínima corroboración ha de recaer, precisamente, sobre la participación del acusado en los hechos punibles que el órgano judicial hubiera considerado.

SEGUNDO.- Entrando ya en el examen de las pruebas practicadas:

A) Sobre la forma en que se llevó a cabo la explosión y sus consecuencias:

Han comparecido como testigos en el acto del juicio oral los miembros de la Guardia Civil que instruyeron el atestado, folio 15, que lo han ratificado, y que han realizado el informe sobre la reivindicación, folio 180, aparecida en el diario Gara, en el que se recoge como un comunicado remitido por Euskadi Ta Askatasuna, asumía 11 atentados, entre ellos la destrucción de la discoteca Universal, por ser lo que calificaban de un punto importante de la red de narcotráfico. También han comparecido los guardias civiles que realizaron la inspección ocular, folio 74, y el reportaje fotográfico, folio 82. De sus manifestaciones se desprende que en la

discoteca, que se encuentra situada junto a la carretera nacional 240, carretera V. s/n, a la altura del km. 36, en el término municipal de Lacunza, Navarra, se colocaron tres artefactos explosivos, que tomaron restos de cada uno de ellos, y que encontraron huellas de rodadas de neumático recientes a 2 km. de la discoteca, en el acceso a la pista forestal, que llevaba al lugar donde dejaron al guarda de la discoteca, y que en ese lugar encontraron las mismas rodadas, dando la vuelta. Sometidas estas huellas de rodadas a informe pericial, también ratificado en el juicio oral, se ha establecido que pueden corresponder a un Ford Escort.

Ha comparecido uno de los peritos técnico en desactivación de explosivos de la Guardia Civil, que ha ratificado el informe que consta al folio 69 y del que se desprende que cada uno de los tres artefactos explosivos utilizados contenía una cantidad entre 15 y 20 kg. de un explosivo rompedor tipo dinamita, con un dispositivo de iniciación eléctrico por retardo.

En cuanto al material empleado para la explosión consta el informe del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil en los folios 208 y 687, que han sido ratificados en el acto del juicio oral, así como el informe realizado por los peritos designados por la defensa. Las conclusiones de ambos informes concuerdan en relación al resultado de los análisis sobre los restos encontrados, que llevan a establecer que se trataba de una dinamita tipo Titadyn, y sólo difieren en que para los peritos de la acusación la ausencia de nitroglicerina permite establecer que podría tratarse de Titadyn-30 A, mientras que para los peritos de la defensa la ausencia de nitroglicerina no permite descartar que se tratase de otro tipo de Titadyn, porque las conclusiones han de establecerse con los restos encontrados y no con lo que no se encuentra.

Sobre esta cuestión el Tribunal llega a la conclusión de que se puede estimar acreditado que el explosivo utilizado era Titadyn-30 A, con base por un lado en las manifestaciones de los peritos de la Guardia Civil, cuando indican que su experiencia les lleva a concluir que siempre que se emplea nitroglicerina, aparece algún vestigio, y por otro lado porque concuerda con la intervención de 5 kilos de Titadyn-30 A, en una buhardilla en el registro del domicilio de quien resultó ser miembro de un comando de apoyo a los autores, y al que se hará referencia en el apartado siguiente. Así en el folio 631 consta que se encontraron 5 kilos de explosivo de esta marca en la buhardilla del domicilio de Javier, registro realizado con autorización judicial, folio 410 y siguientes, el día 19 de octubre de 2001.

El guarda de la discoteca no ha podido declarar en el juicio oral, ni tampoco ante el Juez de Instrucción, porque había fallecido, en su lugar se ha leído la declaración prestada ante los dos miembros de la Guardia Civil, folio 32, que han comparecido como testigos. Del contenido de estas manifestaciones se desprende que él siempre afirmó que había sido abordado por tres jóvenes, sobre las 22 h., cuando de vuelta del pueblo, iba a entrar en el apartamento que tenía en el local de la discoteca, que le amenazaron con una pistola, le colocaron una capucha y le ataron las manos, reteniéndole en la cocina, acompañado de uno, hasta que volvieron los otros diciendo que se iban, y que finalmente en un coche

le trasladaron a una zona de monte, donde le dejaron. Los describe como de unos 20 años, dos más bajos y uno alto, y con mayor detalle respecto a este último dice que era corpulento, de cara redonda, sin bigote, ni barba, ni gafas, de pelo negro y corto. También relata como ya estaba llegando a la discoteca cuando la explosión se produce.

Ha comparecido como testigo el Jefe de Seguridad de la discoteca, que ha relatado como, alertado por el guarda, estaba junto a la discoteca con uno de los dueños del negocio cuando la explosión se produce, aunque dice que resultó afectado por la onda expansiva, no quiso ser reconocido por el Médico Forense, ni reclamar nada, con lo que sus lesiones no pueden estimarse acreditadas. Este testigo también manifiesta que el guarda le dijo que había sido secuestrado por tres individuos. Extremo que también confirma uno de los socios de la sociedad Isanejo 4 SL, que tenía alquilado el local, al declarar como testigo.

Además también ha declarado como testigo uno de los propietarios del local, que ha manifestado que ese local pertenecía a 4 socios, aunque por error se hizo constar 5 en su declaración anterior.

En el folio 674 consta la valoración pericial de los daños en la vivienda del guarda y sus enseres, y en el material audiovisual existente en la discoteca.

Aunque estos hechos se producen en una zona aislada, ya estaban algunas personas presentes en el lugar cuando la explosión se produce. Esto se debe a que desde que sobre las 22,20 h., el guarda es abandonado en el monte a 3 km. del pueblo, hasta que la explosión se produce a la 1,23 h., tuvo tiempo de liberarse, bajar andando al pueblo y alertar al personal de la discoteca de lo ocurrido. La llegada de estas personas, antes de que la explosión se produzca, y que se encontraban a pocos metros, cuando estalla una carga explosiva tan importante, como la aquí utilizada, de unos 60 kilos de explosivo, que destroza todo el edificio, supuso un riesgo para su vida o su integridad física. Este riesgo fue provocado por los autores al retardar unas tres horas la explosión, lo que les facilitó encontrarse a muchos kilómetros del lugar, pero aceptando el riesgo que implicaba que en ese periodo tan largo, necesariamente la alerta se habría de producir y habrían de estar llegando las primeras personas, como efectivamente sucedió.

B) Sobre la participación de los acusados. Declaraciones de los acusados:

1º) En el acto del juicio oral Luis se negó a contestar a las preguntas del Ministerio Fiscal. A preguntas de las defensas admitió haber llevado a cabo esta acción, pero sólo entre tres, negando que participase el tercer acusado Xavier, del que afirma que sólo era un colaborador, que no estaba integrado en un comando, y que su función iba a ser buscarles un local, lo que no había llegado a hacer cuando él y Roberto fueron detenidos. Que Haitza era el nombre de otro colaborador pero no de un comando, y que es cierto que tenía anotaciones con los nombres de los colaboradores. Para explicar su declaración policial dice que sufrió golpes y amenazas y que contra su voluntad hizo esa declaración que

contiene cosas ciertas y otras falsas.

En la declaración que prestó ante la policía, tras su detención en octubre de 2001, folio 284, reconoció su pertenencia a ETA, el adiestramiento recibido, también que constituía con Roberto un comando de liberados, y que les pusieron en contacto con un comando de legales, denominado Haitza, compuesto por Xavi, Javi y Joseba, a los que identifica como Xavier, folio 555; Javier, folio 553; Joseba, folio 557. Sobre Xavier afirma que en algunas citas venía con un Ford Escort blanco, mientras que Javi lo hacía en un Golf. Sobre la acción contra la discoteca Universal en aquel momento afirmó que la realizaron él, Roberto, y los tres del comando Haitza, relatando la forma en que prepararon tres mochilas de 20 kilos cada una con material explosivo, como esperaron la llegada del encargado, intimidándole con las pistolas, que le ataron las manos y le metieron en la casa mientras colocaban los explosivos, y que después le trasladaron a un monte cercano decidiendo no atarlo ya que su estado físico no era bueno.

En el momento de pasar a disposición judicial Luis, folio 424, dijo que había declarado ante la policía porque le amenazaron, y que algunas cosas eran ciertas, para luego decir que todo era inventado. Al ser preguntado sobre su pertenencia a ETA la siguió admitiendo, pero se negó a contestar a otras preguntas, entre ellas cuando fue preguntado por su participación en la explosión de la discoteca Universal, o la colaboración en ese hecho del comando Haitza. Finalmente cuando le preguntaron por los motivos de atacar a la discoteca Universal dijo que no los sabe que la organización cuando lo reivindique ya los dará, pero que a él cuando cometió la acción no le dijeron los motivos.

Tras reabrirse estas diligencias se le tomó declaración en abril de 2009, y se acogió a su derecho a no declarar, folio 464.

2) Roberto, igual que Luis, en el juicio oral se negó a contestar a las preguntas del Ministerio Fiscal, pero a preguntas de las defensas admitió haber llevado a cabo esta acción, afirmando que la llevaron a cabo entre tres, negando que participase Xavier, al que dijo conocer por ser un colaborador, que no estaba integrado en comando alguno. Sobre Haitza dice que no era un comando sino otro colaborador, pero que dejó que la policía lo creyese así, para protegerle.

Este acusado, que había sido detenido en octubre de 2001, junto con Luis, en su declaración policial, folio 374, también se refirió al comando de legales Haitza, integrado por Xavi, Javi y Joseba, identificando a Xavi como Xavier, folio 521. Sobre la acción contra la discoteca Universal manifiesta: Que mandaron al comando Haitza elaborar la información, y que tras comprobarla llevaron a cabo la acción colocando tres artefactos explosivos, de 20 kilos de dinamita cada uno, tras reducir al vigilante y conducirlo a un lugar apartado. Que los artefactos los colocaron Joseba y Luis, mientras que él Xabi y Jabi llevaron al vigilante al monte. Que para realizar esta acción utilizaron el Ford Escord de Xavi, y el Golf, ocupado por Javi y Joseba.

En el momento de pasar a disposición judicial se negó a declarar, y no contesto a

las preguntas que se le formularon, folio 423.

Tras reabrirse estas diligencias se le tomó declaración en abril de 2009, y se acogió a su derecho a no declarar, folio 470.

3) Xavier, en el acto del juicio oral, ha manifestado que no participó en la acción contra la discoteca. Reconoce que conocía a Luis y a Roberto, y que había aceptado colaborar con ellos, proporcionándoles locales, pero que no llegó a materializar esta actividad por la detención de Luis y Roberto. También admite que conoce a Javier, siendo amigos desde niños, que estaba con él cuando ambos fueron detenidos en Francia, por su integración en ETA, y a Joseba desde la Ikastola. Que en la época de los hechos no tenía coche, aunque a veces conducía un Renault 21, verde, que era de su padre.

Después de ser entregado por Francia, donde cumplió condena por su integración en asociación de malhechores, declaró ante el juez en esta causa en mayo de 2009, manifestando que sólo quería declarar que no tenía nada que ver con los hechos que se le imputaban y que no era autor de los mismos, folio 565.

Valoración:

Debe estimarse plenamente acreditada la participación en estos hechos de Luis y de Roberto. Ambos la han reconocido en el juicio oral, y la forma en que relataron, ya en declaraciones anteriores, que habían llevado a cabo esta acción, concuerda en cuanto al explosivo empleado, tres mochilas con 20 kilos de explosivo, y a la forma en que abordan y retienen al guarda, con el resultado de las pruebas antes expuesto.

Sin embargo sobre la participación de Xavier existe un margen de duda, que impide estimar acreditada su participación, por los siguientes motivos:

En el juicio oral Luis y Roberto han afirmado que esta acción la llevaron a cabo entre tres, sin mencionar el nombre del tercero. La acusación sin embargo atribuye esta acción a cinco personas, a los dos miembros liberados, Luis y Roberto, y a los tres que integraban el comando de legales Haitza, entre los que se encontraría el acusado Xavier. Para ello se basa en las declaraciones policiales tanto de Luis como de Roberto.

Al valorar estas manifestaciones, aunque no existen datos en los informes forenses, que hagan temer que hubiesen sido forzadas, debe tenerse en cuenta que no fueron ratificadas en presencia judicial, ya que sólo el primero de ellos ratificó su intervención en esta acción, pero no contestó a las preguntas sobre la participación de otros. Buscando elementos que corroboren su contenido debe aceptarse que Xavier integraba con otras dos personas, que podrían ser Javier y Joseba, un comando de legales, que respondía a la denominación Haitza, porque ello se ve confirmado por las anotaciones que figuran en la agenda que se interviene a Luis, folio 327 y ss, y en la que aparece la mención Haitza con cantidades, y además aparecen citas, contactos y, en otra página, los apodos de

los tres. A lo que se añade que Xavier reconoce tener amistad desde niño con Javier y Joseba, y que, cuando fue detenido en Francia, iba con Javier. Detención que se refleja en el folio 265, donde aparece que el 17 de enero de 2003 ambos habían sido detenidos en Bourges, Francia, con documentación falsa y armados, cuando intentaban robar una furgoneta.

También consta así en la sentencia dictada por el Tribunal de Gran Instancia de París de fecha 28 de junio de 2004, que su defensa aporta en el artículo de previo pronunciamiento. No resultando verosímil la explicación que hoy dan de que Haitza era otro colaborador, cuya identidad deciden ocultar, y que el acusado Xavier, aunque colaboraba con ellos, no estaba integrado en un comando, porque no hay motivos para ocultar esta identidad y no la de otros colaboradores, cuando parece que todos tuvieron el mismo tiempo para huir, y por otro lado la amistad de estas tres personas y la detención de dos de ellos, actuando juntos en Francia, parece la propia de los miembros de un comando, que llega a perdurar al menos entre dos de ellos.

Sin embargo no encuentra el Tribunal elementos que corroboren que los tres miembros del comando Haitza interviniesen en esta acción con los ya mencionados Luis y Roberto porque:

- 1) Las manifestaciones del portero se refirieron exclusivamente a la presencia de tres asaltantes, no de cinco.
- 2) Se detectó por las marcas de neumático que los asaltantes había utilizado un Ford Escor, pero no consta la utilización de un segundo coche.
- 3) Xavier ha negado que en la fecha de los hechos utilizase un Ford Escord, y nada se ha aportado que pueda desvirtuar esta manifestación.

Al no poder estimar corroborado que los autores de los hechos hayan sido cinco, en lugar de tres, no puede llegar a establecerse que el tercer autor haya sido el acusado Xavier, ya que podría serlo él o cualquiera de los otros dos miembros de Haitza. Precisamente los explosivos se guardaban en el domicilio de otro de los miembros de Haitza, como ya se ha hecho referencia. Este margen de duda es suficiente para no poder estimar enervada la presunción de inocencia, en aplicación del principio "in dubio pro reo", y en consecuencia no cabe declarar probada la intervención del acusado Xavier en estos hechos.

Todo ello lleva a estimar que probados los hechos en la forma antes expuesta.

SEGUNDO.- Calificación de los hechos:

1º Delito de pertenencia a banda armada. El Ministerio Fiscal, que no acusaba de este delito a Luis, por haber sido ya condenado en sentencia firme, en el acto del juicio oral ha retirado esta calificación en relación con Roberto, también por haber sido ya condenado por su pertenencia a ETA.

En cuanto a Xavier, aunque formalmente el Ministerio Fiscal no ha retirado la acusación por el delito de integración en banda terrorista, sin embargo tampoco en relación a este acusado puede estimarse la existencia de este delito, ya que su defensa planteó, como artículo de previo pronunciamiento, la excepción de cosa juzgada, con base en la sentencia dictada por el Tribunal de Gran Instancia de París de fecha 28 de junio de 2004, que condenó a su representado por el delito de asociación de malhechores, para perpetrar actos de terrorismo, por hechos cometidos hasta el 17 de enero de 2003. El Ministerio Fiscal informó que procedía la estimación de la excepción de cosa juzgada por el delito de pertenencia a organización terrorista, por no constar una ruptura, separación o exclusión de la organización por parte de Xavier desde la fecha de los hechos objeto de esta causa, septiembre de 2001, hasta su detención en Francia, en enero de 2003. Este Tribunal resolvió el artículo de previo pronunciamiento en Auto de fecha 1 de octubre de 2010 y acordó estimar la excepción de cosa juzgada planteada por la defensa de Xavier, en relación al delito de pertenencia a organización terrorista, debiendo continuar el curso de la causa en relación a los demás delitos, por los que figuraba acusado.

Con ello ya no cabe más que su absolución por este delito. 2º Delito de estragos:

El art. 572.1 CP, redactado por la L.O. 5/2010, y antes el art. 571 con la misma pena, dentro de los delitos de terrorismo, contiene una agravación específica de los delitos de estragos e incendios, de los arts. 346 y 351, cuando son cometidos por personas que pertenecen o colaboran con bandas terroristas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

En cuanto al delito de estragos del art. 346, exige la utilización de determinados medios, entre ellos las explosiones, y también la producción de determinados efectos, y además aparece como un delito de peligro abstracto, que exige que los estragos comporten necesariamente un peligro para la vida o integridad de las personas, pues si no concurriera tal peligro, se castigarán como daños previstos en el art. 266 de este Código.

Los efectos de los estragos deben ser: la destrucción de aeropuertos, puertos, estaciones, edificios, locales públicos, depósitos que contengan materiales inflamables o explosivos, vías de comunicación, medios de transporte colectivos, o la inmersión o varamiento de nave, inundación, explosión de una mina o instalación industrial, levantamiento de los carriles de una vía férrea, cambio malicioso de las señales empleadas en el servicio de ésta para la seguridad de los medios de transporte, voladura de puente, destrozo de calzada pública, perturbación grave de cualquier clase o medio de comunicación, perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental.

En este caso se ha producido la destrucción de un local público, y además existió un riesgo para la vida de las personas, porque cuando la explosión se produce ya personal de la discoteca se encontraba en las inmediaciones. Este riesgo debe

reputarse necesario, esto es obligado por la dinámica de los hechos, porque vino provocado por la hora a la que los autores colocan el sistema de iniciación. Así los autores tuvieron tres horas para huir, pero también provocaron que las primeras personas se presentasen antes de que la explosión se produjese, circunstancia fácilmente previsible, en un periodo de tiempo tan dilatado.

Los hechos son constitutivos de un delito de estragos terroristas previsto actualmente en el art. 572.1, en relación con el art. 346 del C.P. Delito que se encuentra en concurso de normas con el delito de utilización de explosivos del art. 573, debiendo pensarse el delito de estragos, por ser el precepto penal más amplio, y de mayor gravedad, art. 8.3 y 4 del C.P.

3º Delito de detención ilegal:

El art. 572.2 del C.P., redactado por la L.O. 5/2010, y antes el art. 572.1 con la misma pena, castiga dentro de los delitos de terrorismo, a los que perteneciendo ...a grupos terroristas atentaren contra las personas, distinguiendo en el núm. 1 si causaran la muerte de una persona, en el núm. 2 si causaran lesiones de las previstas en los artículos 149 y 150 o secuestraran a alguna persona, y en el núm. 3 si causaran otra lesión o detuvieren ilegalmente, amenazaran o coaccionaran a una persona.

En este caso el guarda estuvo privado de su libertad de ambulación desde que a las 22h fue abordado al entrar en su apartamento de la discoteca, maniatado y encapuchado, hasta que unos 20 minutos después es abandonado en el monte, a unos 4 km.

Por ellos los hechos también deben estimarse constitutivos de un delito de detención ilegal terrorista, del art. 572.1 del C.P.

TERCERO- Son autores de los delitos de estragos y detención ilegal terrorista los acusados Luis y Roberto por haber realizado la acción típica, art. 28 del C.P.

No cabe reputar autor a Xavier, al no haberse estimado probada su participación en estos hechos.

CUARTO.- Aunque Luis y Roberto fueron detenidos en octubre de 2001, y ya constaban sus declaraciones policiales sobre esta acción, este procedimiento siguió archivado hasta 2009, lo que puede reputarse una dilación indebida, a los efectos de estimar la circunstancia atenuante actualmente contemplada en el art. 21.6, redactado por la L.O.572010.

Las penas, teniendo en cuenta la existencia de la circunstancia atenuante, lleva a estimar aplicables los mínimos legales.

La prohibición de acercarse a la localidad de Lacunza, solicitada por el Ministerio Fiscal, no se estima procedente, por haber fallecido, la víctima de la detención ilegal, y no constar que su familia resida en esa localidad.

QUINTO.- Toda persona penalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente y está obligada a indemnizar los daños y perjuicios causados, y también está obligada al pago de las costas, a tenor de lo establecido en los arts. 109 y ss. del C.P.

FALLO

En atención a lo expuesto y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española, hemos decidido:

Que debemos condenar y condenamos a:

Luis:

Como autor de un delito de estragos terroristas, con la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de 15 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, y además la inhabilitación absoluta durante los 6 años siguientes; y

Como autor de un delito de detención ilegal terrorista, con la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de 10 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, y además la inhabilitación absoluta durante los 6 años siguientes.

Se le impone el pago de la parte proporcional de las costas.

Roberto:

Como autor de un delito de estragos terroristas, con la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de 15 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, y además la inhabilitación absoluta durante los 6 años siguientes.; y

Como autor de un delito de detención ilegal terrorista, con la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de 10 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, y además la inhabilitación absoluta durante los 6 años siguientes.

Se le impone el pago de la parte proporcional de las costas.

En concepto de responsabilidad civil Luis y Roberto deberán indemnizar conjunta y solidariamente a Andreas en 180.000 euros, a los herederos del guarda de la discoteca (testigo protegido 1-28/09/01) en la cantidad de 3.000 euros, y a los propietarios de inmueble donde se encontraba la discoteca Universal (Ismael, Arsenio, Antonio y Alfonso) en la cantidad de 889.009 euros.

Que debemos absolver y absolvemos a:

Roberto del delito de pertenencia a banda armada; y a Xavier de los delitos de pertenencia a banda armada, estragos, y detención ilegal, declarando de oficio la parte proporcional de las costas.

Póngase en libertad a Xavier por esta causa, librando los mandamientos oportunos.

Notifíquese esta resolución a todas las partes, con instrucción de los derechos que les asisten frente a la misma.

Así por ser esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.
Manuela Fernández Prado.- Nicolás Poveda Peñas.- Ramón Sáez Valcárcel.

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