

En Madrid, a 7 de diciembre de 2011.

Visto en juicio oral y público, el presente procedimiento sumario núm.84/2005 procedente del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 correspondiente al Rollo de Sala 11/08 por un delito contra las personas y tenencia ilícita de armas con finalidad terrorista, y pertenencia a banda armada.

Han sido partes el Ministerio Fiscal ejercitando la acusación pública, representado por el Ilmo. Sr. Don Pedro Rubiera Nieto.

Ejercitando la acción particular el Procurador de los Tribunales Don Esteban Jabardo Margareto en nombre de Doña María Estíbaliz, Don Alain y Don Ander, asistidos del Letrado Don Rubén Múgica Heras.

El ya citado Procurador en nombre del Ayuntamiento de Andoain, ejerciendo la acusación popular, mediando la asistencia del Letrado Don José M^a Múgica Heras.

Interviene la Asociación de Víctimas del Terrorismo, también como parte acusadora popular, que es representada por la Procuradora Doña Esperanza Alvaro Mateo y sostiene la Letrada Doña M^a del Carmen Ladrón de Guevara Pascual.

El acusado:

- Gurutz, DNI ..., nacido en la ciudad de San Sebastián (provincia de Guipúzcoa), el día 13 de diciembre de 1977, hijo de José y María Mercedes, declarado solvente parcial en la pieza de responsabilidad civil, quien se encuentra en privado de libertad por esta causa desde el 3 de agosto de 2010.

Es representado por el Procurador Don Javier Cuevas Rivas mediando la asistencia del Letrado Don José María Elosua.

Ha sido Ponente la Sra. Barreiro Avellaneda, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El JCI núm. 3 por auto de 8 de febrero de 2003 resolvió incoar procedimiento sumario que registró bajo el núm. 3/2003, en virtud de la comunicación recibida en este Juzgado de la Policía Autónoma Vasca, Ertzaintza que participaba el atentado terrorista perpetrado a las 9,50 horas del mismo día, por un desconocido que había disparado en varias ocasiones contra un sargento de la Policía local de la localidad de Andoain, Guipúzcoa, cuando se encontraba en el interior del bar "Daytona" sito en la calle Agustín Leitzza núm. 27 de la citada localidad. La comunicación expresaba que la Ertzaintza había abierto diligencias policiales núm. ...

SEGUNDO.- Luego de haber resultado acreditado el fallecimiento de la víctima, Don Joseba y la práctica de las diligencias de investigación que fueron consideradas pertinentes, fue elevado el sumario en 3 de marzo de 2008 compuesto de un tomo y dos piezas separadas, una de ellas de intervenciones telefónicas. La sala acordó la práctica del trámite de instrucción al Ministerio Fiscal y partes personadas, procediendo a dictar auto confirmando el de conclusión del sumario y a petición de la acusación pública, fue acordado el sobreseimiento provisional de la causa.

En 19 de mayo de 2011 fue reenviado el sumario a esta sala compuesto de 1899 folios en cinco tomos, y las piezas separadas coetáneas, entre ellas la de situación personal y responsabilidad civil atinentes al procesado Gurutz; en las actuaciones remitidas constaba que por auto de 30 de marzo de 2011 fue declarado procesado el ya mencionado por los hechos objeto de este sumario.

TERCERO.- Luego de ser practicado el trámite de instrucción sucesivamente fue dictado auto de 27 de julio de 2011 confirmando el de conclusión del sumario por delito de asesinato terrorista, acordando la apertura del juicio oral. El Ministerio Fiscal formuló escrito de conclusiones provisionales, así como las restantes partes personadas, ya enunciadas, y se concedió igual trámite a la Defensa del procesado.

CUARTO.- Por auto de 21 de octubre de 2011 hubo pronunciamiento de admisión sobre los medios de prueba propuestos y se fijaron los días 14 y 15 de noviembre para la celebración de la vista oral. Llegado el momento procesal se celebró el acto conforme refleja el acta y la grabación que reproduce la imagen y sonido de las sesiones del juicio en su integridad.

Practicada la prueba, el Ministerio Fiscal mantuvo íntegramente sus conclusiones provisionales que elevó a definitivas, y quedan así reflejadas:

A.- Un delito de pertenencia a banda armada previsto y sancionado en los artículos 515.2 y 516.2 del Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre de 1995, vigente al cometerse los hechos.

Con arreglo a la legislación actualmente vigente se corresponde con el artículo 571.2 del Código Penal (modificado por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

B.- Un delito de asesinato terrorista previsto y sancionado en el artículo 572.1.1 y 2, en relación con el artículo 139,1 del Código Penal de la citada Ley Orgánica 10/95, vigente al cometerse los hechos.

Con arreglo a la legislación actualmente vigente se corresponde con el artículo 572.2.1 y 3 del Código Penal (modificado por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

C.- Un delito de tenencia de armas con finalidad terrorista, previsto y sancionado en el artículo 573 en relación con los artículos 564, 566, 567 y 568 del Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre de 1995, vigente al cometerse los hechos.

En la conclusión tercera consideraba autor material del artículo 28 del Código Penal a Gurutz.

Sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Solicitó para el dicho acusado Gurutz, diez años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, conforme al artículo 55 del Código Penal por el delito A. Treinta años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, conforme al artículo 55 del Código Penal por el delito B.

Se interesó conforme a los artículos 48 y 57 del Código Penal la imposición a Gurutz de una pena de alejamiento por 10 años una vez cumplida la condena.

Por el delito C, solicitó ocho años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, conforme al artículo 56 del CP.

Finalmente por los delitos B y C postuló la imposición conforme al artículo 579 del Código Penal, la pena de inhabilitación absoluta por 10 más sobre el total de las condenas, y el pago de las costas procesales.

En materia de responsabilidad civil, reclamó que el acusado indemnizara en 500.000 euros a la viuda y familiares directos en la proporción que en su momento fuera fijada.

La acusación particular elevó sus conclusiones a definitivas, coincidentes en un todo con las de la acusación pública, a salvo que:

1º. Solicitó la aplicación de la agravante del artículo 22.4 del Código Penal, consistente en haber obrado el acusado por motivo de la discriminación ideológica.

2º. Postuló una indemnización de un millón de euros a la viuda e hijos de Don Joseba.

3º. Pago de costas procesales, incluyendo las de la acusación particular.

Ambas acusaciones populares elevaron a definitivas sus conclusiones del mismo tenor que el Ministerio Fiscal.

QUINTO.- La Defensa postuló la libre absolución. En último lugar se concedió la palabra al acusado.

Hechos Probados: Gurutz, mayor de edad, condenado en sentencia de 03/11/05 dictada en el Juzgado de lo Penal núm. 2 San Sebastián por delitos de atentado, lesiones, amenazas condicionales y daños cometidos en 12/03/05, inmerso en el movimiento de liberación vasco de la izquierda abertzale, M.L.N.V, sin que conste acreditada su integración en la organización terrorista ETA y siguiendo instrucciones de la banda, ideó el plan para acabar con la vida del sargento de la Policía Municipal de Andoain, Don Joseba. En ejecución del plan, sobre las 9:30 horas del sábado 8 de febrero de 2003, Gurutz accedió al bar Daytona, sito en la calle Agustín Leiza de la localidad de Andoain, tomó asiento en un taburete de la barra, cerca de la puerta de

entrada, donde pidió un café con leche, vistiendo al efecto ropas oscuras y un gorro en la cabeza, que tapaba parte de su rostro, y procedió a leer un periódico que había sobre la barra, haciendo uso de unas gafas correctoras.

Transcurridos varios minutos, en torno a las 9:53 horas, cuando solo quedaban en el mostrador dos clientes y la empleada del establecimiento, bajó del taburete y se dirigió hasta la mesa situada enfrente del mostrador, donde se hallaba sentado leyendo D. Joseba y, de pie enfrente de dicha persona, extrajo el arma de fuego que portaba escondida y le disparó cuatro proyectiles, de arriba abajo, penetrando tres por la cabeza y el cuarto por el hombro izquierdo, que alcanzando zonas vitales de la víctima Don Joseba, causaron su fallecimiento el mismo día en el Hospital Nuestra Señora de Aránzazu de San Sebastián.

Los periódicos Gara, Deia y el Diario Vasco publicados el día 19 de marzo de 2003 recogieron el comunicado de ETA reivindicando el atentado.

Los proyectiles blindados localizados en el cuerpo de la víctima y en el bar fueron disparados mediante una pistola semiautomática, 9 milímetros parabellum, de la marca HS o similar que no ha sido localizada.

Don Joseba estaba unido en matrimonio con Doña María Estíbaliz y eran padres de dos hijos, Don Alain y Don Ander.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Valoración de la prueba practicada y calificación jurídica de la resultante probatoria.

La realidad del atentado al Sargento de Policía Local se ha manifestado merced a la prueba directa ofrecida por los testimonios de tres testigos protegidos que presenciaron in situ el crimen. El identificado con núm. ...47, nos ha destacado como una vez que accedió al bar había cazadores y que se fueron, seguidamente entró D. Ander, luego más gente que también salió y, entre los que entraron “el chico a su lado hasta que disparó”; “desde que vio al chico hasta que disparó pasaría un cuarto de hora”. Sostuvo que ya estaba dentro cuando el testigo accedió al bar, y que tenía delante un café. El chico se hallaba “a su lado en la mitad de la barra, cuando se dio cuenta vio al chico tirando de gatillo “. “El hombre estaba sentado leyendo el periódico y no pudo reaccionar.” “Había una taza de café en la barra que era del chico que

disparó”. Hasta que llegó la Ertzaintza nadie tocó nada”. “Se cerró el bar para que nadie entrara, y solo se quedó la señora de la barra y otro cliente”.

“Cree que la persona ya estaba cuando entró el señor de la mesita”. Sabe que llevaba “un gorrillo o braga oscuro”.

En el mismo sentido el testigo protegido bajo el núm. ...48 manifestó: “que trabajó ese día como camarera. Joseba entró y pidió una consumición y se sentó.” Recordaba que entró un chico pidiendo en euskera “kafe esnea”. “Coincide con el anterior en que varios clientes salieron, concreta con más claridad que permanecieron el sargento, el del café con leche, otra persona en la barra (que se corresponde al testigo anterior) y otro más en la puerta; cuando suceden los disparos, indicó a los dos que se quedaron en el bar “no toquéis nada”.

Primero llegaron los sanitarios, y luego la Ertzaintza a quien informó de la existencia de la taza. Vio consumir el café con leche. Leída a instancia de la Defensa su declaración del párrafo segundo del folio 826, insiste pese a que se recoge “no pudo alcanzar si la persona que salió corriendo hubiera estado minutos antes consumiendo en la barra” insiste en que “le vio consumir café y que no le pudo ver correr salir corriendo porque ella estaba dentro”. “Solo quedaba en la barra la taza del café con leche a mitad de la barra”, los zumos están siempre a la vista, no sabe recordar si había otra consumición, desde luego en el centro de la barra solo la taza de café. Escuchó la primera detonación, pegó un manotazo a cortina y por el miedo ante la situación bajó de nuevo la cortina. Por si hubiere contradicción, se leyó la declaración del folio 61 en su párrafo segundo: “sobre las 9.15 accedió al bar la persona que luego fue la víctima del atentado pidiendo una consumición y sentándose en una mesa frente a la barra” y la declaración judicial del folio 826 “ cuando recuperó la visión sobre el lugar estaban las mismas personas, observó a una persona salir corriendo golpeando los taburetes”, insiste en que “solo vio al del café con leche, delante del sargento y como había escuchado un disparo, imaginó lo que pasaba”, insiste en que no vio a la persona correr, “cuando oyó los taburetes, fue cuando salió”.

“Cerró el bar para que nadie entrara, bajó las persianas para que no se viera el cadáver desde la calle, atravesó con un palo y cerró con llave, solo abrió primero a los sanitarios que se pusieron a auxiliar a Joseba y luego la Ertzaintza encapuchada, a quien les dijo esto es lo que ha quedado, ha habido disparos de un chico, ha pedido un café con leche, ha entrado por aquí, ha salido por aquí y no hemos tocado nada”.

El testigo ocular núm. ...49, “entre 9 y 9.30 entra un señor, se sentó a su lado y estuvo leyendo el periódico, esta persona salió corriendo hacía el que se hallaba en la parte de atrás del bar, y realiza los disparos y salió corriendo del bar”. “Cuando entró el

declarante, ya estaba el sargento, sabe que era cliente habitual como él.” “Cuando se produjeron los disparos tomaba un café y leía la prensa como el otro.” Salió para avisar en la librería contigua que dieran aviso, luego llega la Ertzaintza y después los sanitarios. “Llevaba gafas de ver” “graduadas” y “dejó allí la consumición”, lo suyo también estaba en la barra. La Ertzaintza le dijo cuando llegó que tenía que estar dentro, permaneció fuera unos diez minutos. Iban uniformados, enseguida llegaron los sanitarios. Llegaron un total de diez o doce personas. “El que realizó los disparos estaba a su izquierda, el declarante más cerca de la puerta.”

El último testigo protegido núm. ...51: “Estaba fuera de Andoain, era la camarera de las mañanas, pero ese día no estaba porque el día antes había salido para Extremadura”. “El sargento de la Policía local era cliente habitual, llegaba, decía los buenos días, pedía un cortado y se sentaba en la mesa que tenía enfrente de la barra. Normalmente en esa, el no le explicó por qué, imagina que se sentaba porque desde allí se veía toda la perspectiva del bar. Llegaba más o menos a la misma hora. Cree que los sábados también acostumbraba a ir al bar, porque ella estaba de lunes a sábado”. “D. Ander era una persona importante.” La perspectiva del crimen es completada por el testigo núm. ...99, desde su calidad de instructor del atestado ... que ordenó las primeras diligencias de comprobación, entre ellas la toma de declaración de los testigos presentes en el bar Daytona, una vez que “el responsable del cordón le facilita los datos de tres probables testigos de los hechos, mientras los sanitarios trataban dentro de reanimar, deciden trasladar a los testigos a Hernani, centro policial más próximo, espera al equipo de inspecciones oculares que llega a las once porque un testigo había hablado que el autor de los disparos se había sentado en una posición y que había manipulado una taza con café con leche y un periódico, por eso espera a los de inspecciones oculares para preservar las evidencias”.

“No entró en el local hasta que los sanitarios no sacan a la víctima. Preservan un platillo, con su taza, una cucharilla, un ejemplar del Diario Vasco de esa fecha y dos colillas hasta que llegan los de inspección ocular.” “Recogió los efectos personales de la víctima, una pistola marca Astra y su correspondiente cargador, metida en funda hasta la empuñadura, una agenda, unas gafas sin el cristal izquierdo, un paquete de cigarrillos y un móvil Samsung, ayudado por el funcionario 64.701 en su presencia.” El informe de autopsia a los folios 190 a 205 de autos, nos acredita las marcas de los disparos, habiendo sido ratificado en la vista oral por los Médicos Forenses del Instituto Vasco de Medicina Legal que habían realizado el informe.

Tenemos pues las observaciones directas de dos testigos protegidos que alcanzaron a ver como el hombre que estaba sentado en la barra en el centro de la misma materializa los disparos y, la camarera que oye el primer disparo y percibe visualmente al agresor activo entre la primera y la segunda detonación. El informe de autopsia de la víctima nos detalla la trayectoria de entrada y salida de los disparos, tres de ellos en la cabeza, uno en la parte ciliar izquierda bajando por el interior del cráneo hasta cuello izquierdo, otro afectando al globo ocular izquierdo que es destruido, siguiendo la

misma trayectoria en ambos casos, inicialmente sin lesiones rápidamente mortales, el tercer disparo penetra por la cara a través del pómulo izquierdo, seccionando en su trayecto la médula y lesionando estructuras vasculo nerviosas-cervicales, lo que supuso el compromiso global de las funciones vitales y, su muerte sobre las 19:30 horas. El cuarto disparo entra por el hombro izquierdo, el único que no provocó lesiones internas de entidad. Los especialistas ratificaron sus conclusiones, y como la víctima estaba en un plano inferior al del agresor y que resultó atacado de arriba abajo, frente a la víctima. También explican la distancia de los disparos en razón de las heridas, igual o superior a 50 centímetros, aunque en razón de las dos primeras heridas, la ciliar y ocular, podría alcanzar la distancia de un metro.

Afirmamos en razón de este conjunto de pruebas, sin obviar como ha señalado la cuarta testigo, que la mesa estaba justo enfrente de la barra, dicho en otros términos, la más próxima al mostrador (las otras están separadas del pasillo por una celosía adicional), que el ejecutor material de los disparos entró en el bar después que su objetivo. El único que ha dicho lo contrario es el informante núm. 50. 647, expresando "cree que la persona ya estaba cuando entró el señor de la mesita", pero es manifiesto que no está seguro, en la primera declaración se definió por el mismo orden que los anteriores. Además, de no haberlo asegurado, los dos testigos restantes, desde su óptica presencial, han establecido de manera invariable el dato y creemos imposible que yerren, dado que la camarera encargada de servir a los clientes, delimita con mayor propiedad el orden de llegada, porque presta servicio en el mostrador y en mesa, lo mismo el testigo núm. ...49 porque era cliente, coinciden ambos y éste conocía a la víctima también cliente, y ambos fueron asociados por la camarera como tales. Igualmente la empleada nos marca la hora de entrada del sargento. El instructor policial ha resaltado que desplazado al lugar comprobó que era sacado el agredido y solo entonces permitió el acceso al equipo de policía científica.

Disponemos de una certeza absoluta sobre los siguientes extremos previos a los disparos: el autor sabía que D. Alain estaba dentro del bar por tratarse de una persona conocida en Andoain y así lo manifestaron dos de los testigos protegidos, que se ubicada en una posición casi enfrente al del lugar que ocupaba la víctima, aunque ésta le podía visualizar dado que el atacante se situó en el centro de la barra, casi en sentido perpendicular a la mesa del sargento, (folios 104 y 114) entre dos clientes y por tanto, esperó para generar una atmósfera de tranquilidad y de cercanía a la víctima, pues si el ancho total del bar es de 7,30 metros descontando el ancho entre la pared derecha y la barra que supone 0,84 metros de ancho más el espacio físico de la barra que añade 0,51 metros y por lo menos otro tanto es lo que ocupan una banqueta, implica que en cuatro metros, o menos, estaba ubicado frente a la mesa de la víctima, siendo indiscutible que no pudo reaccionar como bien ha señalado uno de los testigos, resultando estéril el arma de fuego que portaba consigo legítimamente.

La circunstancia de haber propiciado el agresor un rato de espera como cliente, periódico en mano y con una taza de café con leche, dio lugar a que la víctima

abandonara cualquier medida de vigilancia. Las localizaciones apreciadas son detalladas por el acta de inspección ocular levantada por los agentes policiales núm. ...56 y ...57 (I.P. 03/0387-002), también ratificada en el plenario, y en su complementario sobre trayectoria de los disparos. Además la desprotección de la víctima se consiguió empleando proyectiles blindados, lo que supone una mayor potencia destructiva. Ambos agentes convergen en el decir del instructor en el sentido de ser los recolectores de las evidencias, tanto de la taza y plato de porcelana, más cucharilla, cuatro casquillos y dos proyectiles blindados con camisa metálica de color gris y núcleo de plomo, más dos colillas.

Lo anterior nos avoca a definir los hechos como un delito consumado de asesinato terrorista pues la lesión de centros vitales produjo la muerte del sargento en el curso del día del acometimiento, previsto en el artículos 572.1.1 y 2 del Código Penal vigente en la época de la comisión delictiva (actual artículo 572.2.1º y 3 del Código citado, según redacción introducida por Ley Orgánica 5/2010). La concurrencia del elemento alevoso que modifica la figura básica del homicidio en asesinato conforme al 139.1 del Código Penal no ofrece dudas al haber sido empleado un medio comisivo para asegurar la ejecución y evitar cualquier riesgo para el sujeto activo, siendo su actuar una circunstancia de carácter objetivo que dota a la acción de una mayor culpabilidad, denotando de manera tangible el propósito del agente, de modo que en la antijuricidad hemos de apreciarla junto a la culpabilidad, y por eso se anticipa su aplicabilidad, debido a su condición de carácter mixto. La alevosía concurre con un dolo directo en razón de los cuatro disparos efectuados y el empleo de proyectiles de mayor poder de penetración.

Dado que se comete en un ámbito de organización criminal armada, conduce por aplicación del principio de complejidad del artículo 8.3 del Código, a discriminar el concurso de normas con un delito de asesinato del artículo 139.1 del Código Penal, considerando de aplicación el primero de los preceptos, en razón de ser ETA la comitente del ilícito penal y también porque concurre la circunstancia agravante del apartado tercero del citado artículo 572 habida cuenta que la víctima era miembro de la Policía de un Ente Local, el Ayuntamiento de Andoain. El autor no podía desconocer esta condición por haber sido perpetrado el ilícito penal por cuenta de la organización terrorista ETA, lo que evidencia el comunicado de reivindicación y en consecuencia necesariamente le fue transferida información previa sobre su identidad y rutinas, desde esta óptica se aprecia el subtipo agravado, dándose así el elemento subjetivo de menoscabar el principio de autoridad.

No puede argumentarse la ausencia de alevosía apoyándose en apreciaciones como la sentencia del Alto Tribunal núm. 892/07 de 28/10/2007: "...Al respecto esta Sala ha dicho también (Cfr. STS núm. 815/2006, de 15 de junio) que la utilización de un arma de fuego frente a quien se encuentra inerme, esto es, sin ninguna clase de arma defensiva, ha de considerarse ordinariamente una acción alevosa. Y también (Cfr. STS núm. 848/2007, de 31-10-2007), que en los casos en que el autor dispone de un arma,

que aumenta considerablemente su capacidad agresiva, y la víctima carece de instrumentos idóneos que aumenten su capacidad defensiva, la seguridad de la agresión es máxima, dándose los elementos propios de la agravante". (F. J. 4.4º)." En el supuesto el clima de confianza generado, la ausencia de confrontación previa y la posición ventajosa del ofensor alzado frente a una víctima sentada, desvirtúan el argumento de la defensa sobre la ausencia de este elemento que agrava la etiología homicida de la conducta en razón de haber sido recogida el arma reglamentaria que portaba la víctima y que fue extraída por el equipo sanitario con motivo de las maniobras de auxilio a la víctima.

SEGUNDO.- Así mismo, los hechos constituyen en régimen de concurso real, un delito de tenencia ilícita de armas con finalidad terrorista, previsto y sancionado en el artículo 574 en relación con los artículos 564.1.1º del Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre de 1995, vigente al cometerse los hechos y ello sobre el presupuesto de la pericial conjunta de los expertos en balística. En igual sentido que los funcionarios que levantaron el acta de inspección ocular, informaron acerca de los proyectiles empleados que al ser blindados (envueltos en latón) tienen mayor poder de penetración, así lo recogieron y expresaron los cuatro y ello consta por escrito por vía de los agentes de la Policía Autónoma núm. ...55 y ...54 quienes concluyen en su informe I.P 03/387 (folios 129 a 134 de las actuaciones) que las cuatro vainas metálicas percutidas, los llamados casquillos, y los dos proyectiles blindados hallados en la inspección ocular y otros dos extraídos del cuerpo del fallecido habían sido percutidas con la misma pistola semiautomática 9 milímetros parabellum, y los proyectiles habían sido disparados con la misma. Los agentes de la Guardia civil, núm. ...84 y ...14 del Departamento de Balística del Servicio de Criminalística en relación a las muestras recibidas (folio 276 y siguientes) establecieron que los casquillos y proyectiles fueron percutidos y disparados con el mismo arma que lo hizo con los casquillos y proyectiles recogidos en la inspección ocular de otro atentado acontecido en Zaragoza en el año 2001. Los peritos in fine nos describen que la pistola semiautomática se inscribe en la marca HS o similar.

Se ha cuestionado por la Defensa la aplicación del artículo 573 del Código Penal asociado a un delito de depósito de armas o municiones o a la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios que no es objeto de acusación. La calificación procedente es con arreglo al artículo 574 del Código Penal que castiga a los que actuando al servicio de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas cometieren cualquiera otra infracción con alguna de las finalidades expresadas en el artículo 571, es decir, subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública serán castigados. El precepto es de aplicación pues la detención ilícita de un arma de fuego en manos de una persona que sigue los dictados de la organización ETA, llena este precepto. Esta calificación no viola el principio acusatorio habida cuenta la homogeneidad de ambos tipos penales, que solo pretenden castigar más severamente los delitos, de todo género o en especie, cometidos por personas con distintos grados de concomitancia respecto de una

organización terrorista cuya pretensión es dual, subvertir el orden constitucional, y en cuanto necesario, alterar el orden público.

La STS núm. 573/08, Ponente Sr. Delgado García, admite la discrepancia en la configuración jurídica respecto de la calificación de la parte, si la pena imponible es menor, lo que es el caso, vista la determinación penológica de los artículos 573 y 574 del Código Penal, y abunda en ello la STS núm. 61/09, Ponente Sr. Granados Pérez, en cuanto que “la homogeneidad es expresamente reconocida en Sentencias de esta Sala. Así en la Sentencia 167/2007, de 27 de febrero- se dice que ambas figuras delictivas son homogéneas y al tener señalada pena inferior el delito de coacciones, su apreciación no vulnera el principio acusatorio. Y con ese mismo criterio se pronuncia la Sentencia 448/2004, de 2 de abril, en la que se expresa que es de meridiana claridad que el hecho de que se condene por una infracción más leve, cual es la de coacciones frente a la detención ilegal, por mucho que ambas figuras delictivas típicamente difieran, dada la homogeneidad de ese sustento fáctico común, hace que no se advierta, en este caso, la existencia de obstáculo alguno al ejercicio del derecho de defensa del recurrente, ni perjuicio procesal derivado de la calificación definitiva llevada a cabo por los Jueces -a quibus-”, lo que se anuda mutatis mutandi al supuesto que nos ocupa, el depósito a que hace referencia el artículo 573 y la relación del artículo con la tenencia de la pistola semiautomática, nos habla de sendos delitos de peligro, cuya homogeneidad se manifiesta en el marco de una organización terrorista.

Reproduciendo el tenor de la sentencia 573/08 “en la sentencia no puede condenarse más gravemente que lo que por ley corresponda conforme a todos esos elementos concretados por los acusadores. No se puede condenar por un delito distinto, ni se puede apreciar en la sentencia un grado de perfección o de participación más grave, ni apreciar una circunstancia de agravación no pedida, salvo supuestos de homogeneidad entre lo solicitado por las acusaciones y lo recogido por el Tribunal, que supongan tal semejanza que impida la posibilidad de indefensión, porque todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación.” Ambas figuras delictivas, el asesinato y la tenencia ilícita de armas actúan en concurso real porque no existe concurso medial, dado que uno de los delitos tiene la consideración de infracción de peligro.

Como nos enseña la STS núm. 297/07: “Antes de determinar la relación en que se hallan los delitos es necesario realizar algunas consideraciones sobre el concurso medial -teleológico o instrumental- fenómeno que en el fondo constituye un concurso real asimilado a efectos penológicos a las reglas del concurso ideal de delitos (art. 77 C.P.). Para su delimitación conceptual la doctrina más caracterizada y la jurisprudencia de esta sala han venido afirmando que la mera conexión instrumental entendida en clave subjetiva como preordenación de un delito a la realización de otro se reconoce insuficiente para colmar el presupuesto del concurso medial. Es necesario contemplar la interconexión de los delitos también en clave objetiva. Esta Sala en términos generales nos dice que para que proceda la estimación del concurso instrumental no

basta la preordenación psíquica, o sea que la necesidad medial no ha de ser contemplada solamente desde el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino también al aspecto objetivo o real, de manera que al aplicar el juicio hipotético negativo resulte que el segundo delito no se hubiera producido de no haber realizado previamente el delito precedente. Por consiguiente, no es suficiente con que las diversas acciones aparezcan concatenadas por un propósito delictivo previo, sino que resulta inexcusable que se hallen ligadas por elementos lógicos, temporales o espaciales“. Sobre este particular consideramos que detentar un arma determinada no es medio ineludible para la comisión delictiva en el delito que nos ocupa, susceptible de ser cometido mediante un arma lícitamente poseída.

TERCERO.- Huérfana de prueba está la acusación por delito de pertenencia a organización terrorista, no hay datos que permitan ubicarlo en un comando, talde o cualquier otra agrupación. Sólo hemos dispuesto de la información suministrada por el agente 64.542 quien realizó un informe sobre los hechos, en razón de la investigación reiniciada en marzo de 2010:”con motivo de la recepción de las identificaciones de un comando, había un perfil genético anónimo, para buscar el que faltaba, se repasa la documentación de las bases de datos, de entre ellas se examina la documentación ocupada a Ibon, ”Susper” es hallada una referencia sobre el comando “Basajaun”, coordinador de otros, y una carta de un liberado de ese comando que hace a la organización y hace referencia a varios comandos, entre ellos, a uno denominado como el equipo de rugby; comprueban que en ese comando formado por Beinat y Joanes, se sabe que en 2002 y 2003 eran miembros del equipo de rugby de Hernani, y en una foto del equipo se encuentra a Gurutz, pero además hay una referencia de Ptaxi, en esa documentación a Aitziber Ezquerria como colaboradora de ETA.

A consecuencia de ello, en octubre de 2003, después del asesinato de Pagaza, cuando Aitzibel fue detenida por el Cuerpo Nacional de Policía por esas referencias, en su casa se encontraba Gurutz, pues en esa época eran pareja, eran dos casualidades que lo vinculaban a ETA. En 2002 y 2003, repasando las investigaciones de la Ertzaintza sobre la Kale borroka en la zona de Andoain, Urnieta y Hernani, hay una cita entre Jon y Gurutz en el Bar Txibili de Hernani, y en esa fecha también, a finales de 2010, Lizarribar es detenido en Francia armado como miembro de ETA, y se ordena realizar vigilancias y seguimientos a Gurutz y obtener su ADN, lo que se consigue con una botella de agua mineral recogida en un bar de Irún, sorprendentemente no coincide con la evidencia anónima del comando Susper, sino con la del asesinato de Joseba.

El instructor del atestado confeccionado por la detención de Gurutz ha resaltado que no se ha encajado a esta persona como integrante de otros comandos, es más, los datos ofrecidos por este testigo y los que se desprenden de las declaraciones de A. Ezquerria en el atestado solo se refiere una vinculación tenue consistente en que el dinero ocupado al imputado Gurutz en su domicilio con motivo de su registro ordenado

por el JCI núm. 3 en agosto de 2010 _5869,65 euros- procede de las recaudaciones en una caseta de fiestas (txozna) obtenidas como ayuda para los presos.

No se llenan los requisitos exigidos doctrinalmente para establecer una comunión estable entre el acusado y la organización antes de agosto de 2010, iter temporal de la detención del acusado, que cabe descomponerlos en “los siguientes:

a) Substrato primario, que exige la existencia de una banda armada u organización terrorista, compuesta por una pluralidad de personas entre las que median vínculos de coincidencia ideológica con establecimiento de relaciones de jerarquía y subordinación.

b) Sustrato subjetivo o voluntad de pertenencia o integración del sujeto activo en dicha banda de manera permanente o por tiempo indefinido, nunca episódicamente, en que el militante accede a participar en los fines propios de la asociación ilícita.

c) Elemento material u objetivo. Realización o posibilidad de realización o de llevar a cabo actividades de colaboración con la banda, que contribuyan a alcanzar la finalidad que el grupo persigue.” así nos lo recuerda la STS núm.886/07 de 2 de febrero de 2007-Ponente Sr. Soriano Soriano.

En el atestado ...3 que culminó con la detención del procesado y la mencionada que resultó en su día incurso en procedimiento judicial por colaboración en la organización, se reflejan sus declaraciones ofrecidas en 05/08/10, inicialmente encartada en este sumario, y afirmó que “antes de ser detenida en 2003, Gurutz le confesó que había pertenecido a un grupo que había acabado mal porque “ellos” (el grupo) querían trabajar de forma independiente y la organización les dijo que tenían que irse de liberados (eso es lo que entendió ella) negándose ellos.

Acabaron mal con la organización, por eso pensaba Gurutz que un amigo suyo se iba a enfadar con él, Asier...(los puntos suspensivos no están en lo literal) alias XAXI, el cual se encontraba huido. No le dijo quienes formaban el grupo, ni que ekintzas habían realizado.” Estas manifestaciones transcritas en la diligencia de exposición del atestado se documentan en la declaración de la investigada al folio 1023, en la que se afirma ante el JCI núm. 3 (prueba documental en el folio 1.114). En todo caso, este es un dato periférico, sin ningún tipo de indicio de corroboración más allá del gravísimo hecho que se enjuicia; esta acción en sí no puede servir como muestra de estabilidad, sino de un episodio aislado que no colma el requisito temporal, es decir, la relación permanente y las manifestaciones aludidas vendrían a poner de manifiesto, aun tangencialmente, la desagregación más que la asociación delictiva, siendo ésta la que

se define por la actividad de colaboración a favor de la organización terrorista, es decir, implicación en su estructura, a lo que resulta ajeno el encausado.

CUARTO.- De estos delitos, de asesinato y el de tenencia ilícita de armas con finalidad terrorista es responsable en concepto de autor el acusado Gurutz, por su participación directa en términos del artículo 28 del Código Penal, en su párrafo primero. Se alcanza esta conclusión naturalmente en razón de la pericial genética conjunta de la Policía Autónoma Vasca que no ha sido desvirtuada por el contra informe de la Defensa, igualmente ratificado en el plenario.

El primer informe de los rastros biológicos del responsable del asesinato se ubica en el de 26 de febrero de 2003, folios 139 y siguiente (I.P. 03/0387.004), en el que obtienen rastros biológicos en la evidencia 1.2, la taza que manipuló el autor al decir del testigo protegido núm. ...48, que custodió el instructor núm. ...99, y fue llevado a dependencias policiales por los funcionarios encargados de la inspección ocular ...56 y ...57, permaneciendo en la dependencia hasta que el lunes se entregó a la Sección de Genética del mismo departamento. Luego tenemos que se respetaron las medidas necesarias de preservación y custodia de esta evidencia, porque uno de los testigos protegidos y el instructor del atestado coinciden en la llegada de una patrulla por aviso telefónico informando del atentado, patrulla que se quedó en el exterior hasta el momento que llegaron los sanitarios que fueron los que accedieron al bar, y es por ello que cobra sentido lo dicho por el segundo de los testigos protegidos: “primero llegaron sanitarios que prestaron auxilio y luego los de la Ertzaintza encapuchados”, léase el equipo de inspecciones oculares de la Unidad de Policía Científica, que se mantuvo en el exterior con la patrulla que organizó el cordón de seguridad. En sentido convergente la Sra. O., médico que auxilió a la víctima confirma que dentro solo estaban los de la atención sanitaria y la persona atendida. Sólo después del trabajo científico se recogieron los efectos personales de la víctima.

Los expertos núm. ...14 y ...15 ratificaron el informe inicial, en el que desvelaron un perfil biológico dubitado, que sobre una muestra de 30 pg/ul (picogramos) se obtienen siete marcadores fiables y el de la amelogenina determinante del factor sexual, el portador de ese conjunto de caracteres genéticos es un varón. Concluyeron que con esos siete “locis” de ADN, la probabilidad de concordancia de una persona elegida al azar que presentara esas características genéticas es 11,4 millones de entre la población española (I.P.03/0387-004). Este perfil se comparó con el ofrecido por las muestras indubitadas biológicas obtenidas de sendas botellas de agua mineral de las que bebió el acusado, cuyos resultados se documentan en las ampliaciones periciales I.P.10/1358-002 y el I.P.10/1358/024.

De la primera botella las acusaciones han propuesto al testigo ...30 que realizó el seguimiento de Gurutz, expresivo de como el día 26 de mayo de 2010, dejó

abandonada una botella de agua en la barra del bar Iñaki, en la localidad de Irún y como la entrega al equipo instructor, procedimiento de obtención de restos biológicos válido con arreglo al Acuerdo no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 31-01-06 a que se refiere la Sentencia núm. 949/06 de 04-10-06, Ponente Sr. Berdugo de la Torre.

La defensa ha considerado insólito el recorrido que la evidencia consistente en la botella de agua, obtenida a resultas del auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción para obtener muestras biológicas del detenido, para completar la identidad con las muestras de la taza (folio 1132 a 1135). Con o sin impugnación, hemos de considerar que fue adecuado el modo en que se preservó esta fuente de prueba con arreglo a las explicaciones ofrecidas por los testigos agentes núm. ...24, ...19, ...87.

La corrección del agente núm. ...24 es patente, al tratarse de un viernes, una vez recibe la botella de agua en el Juzgado, la deja en lugar apto para su conservación y la entrega al día siguiente, 7 de agosto, al funcionario ...18 y que se hizo cargo durante el fin de semana, y este al agente ...87, quien la recibe en Oyarzun que la lleva hasta Erandio y se la entrega el lunes. También lo expresó el agente ...87: "traslada la evidencia desde Oyarzun hasta Erandio y se la entregó al agente ...24." Dicho agente que había recibido el encargo judicial acreditó en juicio como efectuó la comprobación relativa a que "los precintos estaban en su sitio" y añadió que el día 9 de agosto (lunes) sitúa la botella en la Unidad de Policía Científica. Coincide el agente ...19 quien dijo: "Recibió de su compañero ...18 una botella y la lleva a dependencias policiales de Oyarzun, en un armario del que solo él tiene llave y el lunes la entrega al funcionario ...87".

Los funcionarios ...21 y ...48 (presentes en la pericial de genética conjunta), quienes a través de técnicas de visualización y de iluminación obtienen una muestra biológica de la botella de aquarel BOT2GAP, que consiste en un hisopo con muestra del borde superior, denominado M BOT2GAP. Extraído el ADN por los agentes núm. ...15 y ...14 (informe 10/1358-024 y folios 1252 en adelante) concluyen en que hay coincidencia de los dieciséis marcadores más el gen de la amelogenina con los mismos de la muestra del hisopo obtenido de la botella rescatada en el curso de la investigación y, lo importante, con siete marcadores identificados en el hisopo pasado por la taza que manipuló el ejecutor de los disparos, denominada muestra 1.2ª del I.P.03/0387.

La pericial de adverso ha cuestionado la cantidad de ADN extraído, pero aun a riesgo de incurrir en una tautología es suficiente, puesto que se extrajeron siete marcadores. También los peritos de la Defensa cuestionaron el resultado de dos marcadores del electroferograma, el de amelogenina y el TPOX. De contrario, los peritos policiales nos hablan de que no existe un perfil de mezcla con el de una mujer, se explica que el

desbalance no es superior al 50% y cuando es superior, lo desechan y así actuaron con dos marcadores que desecharon, y no así en los que se cuestionan. Finalmente el informe de los técnicos de la Defensa incrementa al doble la probabilidad de coincidencia de ese índice de características genéticas, derivado de excluir al 50% por tratarse población femenina, es decir la probabilidad de la coincidencia sería de 5,68 millones de entre la población masculina española.

Así las cosas, con una muestra de ADN suficiente aunque no ideal y si la probabilidad de coincidencia es de más de cinco millones y medio, se manifiesta que la prueba genética reputa la responsabilidad del acusado reforzada la misma con otros indicios de su persona y periféricos al hecho, pero significativos: se trata de una persona que trabajaba en aquellas fechas en Andoain(reconocido por el acusado en el juicio), por tanto conocía sobradamente los caminos de huida; vivía en Hernani a diez kilómetros de Andoain; se localiza una cifra cercana a los seis mil euros, que la inicialmente coimputada relaciona con recaudaciones para los presos (al menos tres mil euros), resultando extravagante su versión (ahorros) frente a la de adverso. Además la documentación ocupada en su domicilio, concita la proximidad del acusado al movimiento independentista de la izquierda radicalizada, destacamos un CD del Gazte Topagunea o8 que se relaciona como evidencia E.53 y la fotografía con presos de ETA, Amnistía ETA Askatasuna (evidencia núm. 23), elementos asociados al activismo del movimiento radical vinculado al independentismo violento.

In fine la condena por atentado a agente de la Autoridad y lesiones del año 2005 nos muestra una aptitud franca de quebrantamiento de las normas penales que abona las anteriores consideraciones.

La suma de estos indicios dotan de mayor potencia probatoria el resultado de las comprobaciones genéticas, pues para encontrar un perfil concurrente, sobre una población española de 23 millones de varones en cifras globales, habría que postular una posibilidad de coincidencia de un ciudadano distante de cualquiera de las provincias y todas las regiones colindantes y, también las adyacentes, pese a que en la vista del juicio haya negado cualquier participación en el hecho como igualmente aconteció ante el órgano judicial instructor sin otra línea defensiva, a salvo negar los extremos que lo comprometían en razón de lo que había sido declarado por otra persona encartada. In fine el indicio de haber pedido la consumición en euskera poco antes de cometerse el crimen, nos habla de una persona radicada en la comunidad autónoma donde se localiza Andoain, elemento que no es periférico como los anteriores y que de nuevo nos acerca al acusado y sus restos biológicos.

El dato favorable de la edad del agresor que los testigos protegidos atribuyen “de treinta y cinco a cuarenta años”, siendo obvio que el acusado contaba veinticinco se comprende desde el punto de vista de su indumentaria: se ve matizada porque la parte

superior de la cara estaba tapada, "sabe que llevaba un gorriño o braga oscuro", el tercero de los testigos indicó que llevaba gafas al tiempo que leía, el segundo testigo que "iba como de frío" y desde luego, la fotografía aportada obrante al rollo de Sala y que se adscribe al año 2003, pudiera desviar la atención sobre la edad, pues el retratado no semeja a una persona en buen forma física, es decir, puede aparentar ser menos joven en una observación superficial, casi instantánea sobre un rostro difuso. En tal sentido, el testigo protegido núm. ...49 afirmó en su declaración del folio 829 que llevaba "un gorro tipo pasamontañas que le cubría la frente".

QUINTO.- No concurren en el acusado Gurutz circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

La acusación particular sostiene la aplicación de la agravante del núm. 4 del artículo 22 del Código Penal, consistente en haber cometido el hecho por motivo de discriminación ideológica y hemos de anticipar que su aplicación resultaría inoperante a efectos punitivos como más adelante se expondrá. Esta pretensión se apoya en las declaraciones testimoniales de la esposa y hermana de la víctima y en la información que suministran los Sres. D. y A., expertos en comunicación y politólogo, respectivamente, ambos conocedores del terrorismo en España. La primera nos señala que su esposo además de estar afiliado al Partido Socialista, era miembro de la iniciativa "basta ya"; la hermana nos habla de su miedo, especialmente desde el asesinato de José Luis y en agosto de 2002 sufrió amenazas y le dijeron "ya te pillaremos". De ella así como de su hermano expresó que "estábamos amenazados por una fórmula de acoso integral".

Sin perjuicio de obrar la sentencia de condena dimanante del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Tolosa, por la agresión verbal y física sufrida por D. Ander en la sede del PSOE sita en la plaza Arrate de Andoain, el día 28 de agosto de 2002, cuando el fallecido en unión de otra persona retiraba carteles de contenido injurioso y amenazante instalados por una persona (sostenido por un grupo numeroso) en la que se aplica la agravante del apartado cuarto por: "el propósito consistente en cerrar la sede de este partido político en la localidad de Andoain", debemos recordar que para su apreciación han de conocerse las motivaciones del responsable penal, lo que requiere una prueba acerca de los sentimientos que constituyeron el motivo de la comisión del delito, pues la acción se inscribe en un marco más amplio por encargo de una organización terrorista, lo que dificulta conocer las motivaciones personales del autor; por contra si resultaron conocidas en la expresada sentencia donde se individualizaba una conducta no desplegada en el seno o marco afín de una organización terrorista.

Es patente que desde el ámbito de la banda gestora del crimen, los especialistas en el fenómeno terrorista de ETA, por ratificación de su informe, nos hablan de que dicho asesinato se inscribe en el deseo de castigar su actividad política en el PSOE y de la

Plataforma Basta Ya, por su defensa del marco constitucional, es decir que las creencias individuales, manifestadas a través de sus actuaciones públicas, son las que persigue ETA; y ésta lo consigue a través de un proceso de ideologización por medio del adoctrinamiento, que es un componente necesario en el proceso de fanatización preciso para cometer una transgresión moral y social como la que supone una sistemática campaña de asesinatos como la mantenida por ETA.

Se dice que ETA selecciona sus víctimas en función de la ideología de las mismas, es la que aporta coherencia a la autojustificación acometida por el terrorista para infligir tal brutal agresión(vid. páginas 15 in fine, 16, 19 y 20 del informe); en consecuencia a través de este asesinato se buscaba extender su influencia mediante la coacción de sus adversarios políticos (página 22). Los informantes concluyen que el asesinato está motivado por la militancia política de la víctima y por su activismo público en defensa de la Constitución.

Sin desconocer la profundidad del estudio sobre el fenómeno, consideramos que la finalidad de la organización terrorista es subvertir el orden constitucional (en la medida necesaria alterar el orden público), lo que se realiza a través de diferentes vías, que se exponen al comienzo del dictamen (página 9): “En una situación de crisis, la banda terrorista decidió atentar contra dirigentes políticos de partidos no nacionalistas, siguiendo el esquema de algunas propuestas habidas en el debate interno como las reflejadas en el boletín interno núm. 67, de julio de 1993.” y se complementa en el folio 10: “Aunque es este documento (boletín Zuzen número 79) los objetivos fijados se refieren a representantes de los partidos, PP, PSOE, Unidad Alavesa y Unión del Pueblo Navarro, la práctica efectiva de ETA incluirá también a otras personas y grupos como periodistas, profesores universitarios, militantes de plataformas ciudadanas como Basta Ya o el Foro de Ermua que tienen en común la condición de no ser nacionalistas y tener una actividad política y social activa de rechazo al terrorismo.”

Todo lo anterior supone que aun cuando el autor de los hechos haya podido actuar fanatizado por su ideología al servicio de ETA, el objetivo perseguido por la organización no es per se eliminar el adversario ideológico, sino que su silenciamiento es medio para obtener su hegemonía con vistas al objetivo final de subvertir el orden constitucional, es decir, aterrorizar a base de infligir miedo hasta la eliminación física de cualesquiera personas, representantes políticos y no políticos, al servicio de otras instituciones como son las fuerzas policiales y armadas, o de movimientos ciudadanos, como la Plataforma Basta Ya, cuya significación pueda concertar que las acciones violentas del ámbito orgánico de la banda o de sus grupos satélites sobre toda clase de personas, constituyan un vehículo en aras a la subversión constitucional y la ruptura con España-Nación.

Desde esta óptica, las sucesivas reformas del Código Penal han tratado de amparar a cualesquiera ciudadanos y se han creado nuevos tipos penales en búsqueda de una protección de sus personas y bienes, también agravar las respuestas punitivas ahondando en la pena de inhabilitación. La selección de objetivos de la banda por discriminación ideológica forma parte de la propia actividad terrorista, no existiendo causa legal para agravar el asesinato enjuiciado.

SEXTO.- La individualización de la pena.

En atención al arco penológico previsto en el artículo 572.1.1 y 2 del Código Penal, la acreditada comisión alevosa y la necesaria elevación de la pena en la mitad superior por tratarse la víctima de un funcionario encargado de la seguridad ciudadana al servicio de un Ayuntamiento se fija una pena como la solicitada, que es el máximo imponible en atención a la alevosía doblemente desplegada para conseguir implacablemente el objetivo. Por disposición del artículo 564.1 del CP en relación con su artículo 574, la previsión mínima es de un año, seis meses y un día, siendo el límite máximo de dos años. En armonía con el criterio expuesto, nos atenemos a la cuantía extrema.

Para aplicar el artículo 579.2 del CP solicitado por las acusaciones, se ha determinado el máximo de la inhabilitación absoluta por la misma concordancia de motivo.

Las partes acusadoras solicitan la aplicación de los artículos 48 y 57 del Código Penal; tendente a evitar acercamientos a la víctima o a los perjudicados. Prevé el apartado 2º del artículo 48 la prohibición de acercarse al lugar en que resida la familia si es distinto al lugar de comisión del delito y ello como señala el artículo 57 del CP, en determinados delitos como el enjuiciado hasta un máximo de diez años y mínimo de uno pero siempre superior al de la pena impuesta. En el caso es procedente atender la petición en relación a la familia nuclear, los perjudicados principales por el asesinato de D. Alain, cónyuge e hijos, por razones obvias de garantizar su tranquilidad y no estar sometidos a perturbaciones adicionales a las ya padecidas. En consecuencia, se fija un periodo de diez años, una vez alcanzada la libertad, con prohibición de aproximarse a menos de 50 kilómetros de las personas y bienes de Doña María Estíbaliz, Don Alain y Don Ander, así como de comunicarse con ellas por cualquier medio y de privación del derecho a residir en San Sebastián de conformidad al artículo 48.2 y 3 del CP.

SÉPTIMO.- Responsabilidad civil ex delicto.

El quantum se acerca a las pretensiones de la acusación particular, tras haber valorado la edad de los hijos menores en el momento del fallecimiento de su progenitor y la propia edad de la víctima, fijando un montante de 800.000 euros, pues son los familiares vivos los que tienen un interés directo en la persona del fallecido, dado que el derecho a la indemnización se acuerda no sólo por la muerte- concepto de herederos expectantes- sino por la concurrencia de otras circunstancias, incluido el daño moral por la pérdida, amén de la incidencia económica como eje de una familia, que se valoran post mortem.

En consecuencia, es de aplicación el artículo 110.3 del CP que obliga a indemnizar los daños asociados al artículo 115 del mismo texto (elementos de prueba para cuantificar) y se distribuye en una mitad a favor de la viuda y entre los hijos a partes iguales respecto de la otra mitad.

OCTAVO.- Por imperativo del artículo 240.2 de la Ley Procesal Penal y 123 del CP las costas originadas han de ser impuestas al condenado, incluidas las de la acusación particular.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Absolviendo del delito de pertenencia a banda armada, debemos condenar y condenamos a Gurutz como autor responsable de un delito de asesinato terrorista sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de treinta años de prisión y, por un delito de tenencia ilícita de armas con finalidad terrorista a la pena dos años de prisión, así como a la de inhabilitación absoluta durante ese tiempo y diez años adicionales desde su puesta en libertad.

El límite máximo de la pena privativa de libertad para este condenado no excederá de treinta años, siéndole de abono el tiempo de privación de libertad que se haya devengado en esta causa.

Se le impone, una vez alcanzada la libertad, la prohibición de aproximarse a menos de 50 kilómetros de las personas y bienes de la viuda y los dos hijos de la víctima, así como de comunicarse con estas personas por cualquier medio y de privación del derecho a residir en San Sebastián, lugar de residencia de los perjudicados por tiempo de diez años.

En concepto de responsabilidad civil deberá indemnizar a María Estíbaliz en 400.000 euros, a Don Alain y Don Ander, respectivamente, en la cantidad de 200.000 euros, más intereses legales de todo ello.

Le son impuestas 2/3 partes las costas procesales, incluidas las causadas por las acusaciones, declarando de oficio el resto.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma se puede interponerse recurso de casación ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, anunciándolo ante esta Audiencia dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última notificación.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos. F. Alfonso Guevara Marcos.- Ángeles Barreiro Avellaneda.- Clara E. Bayarri García.