



Roj: **STS 4936/2007 - ECLI:ES:TS:2007:4936**

Id Cendoj: **28079120012007100611**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/07/2007**

Nº de Recurso: **2402/2006**

Nº de Resolución: **656/2007**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5272/2006,**
STS 4936/2007

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Julio de dos mil siete.

En el recurso de casación por Ley que ante Nos pende, interpuesto por ASOCIACIÓN VICTIMAS DEL TERRORISMO, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Primera, que absolvió a los acusados, por un delito de apología al terrorismo; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Vista, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Vila Rodríguez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado Central número 5, incoó Procedimiento Abreviado con el número 34 de 2004, contra Eugenio , Juan Enrique , Carlos Manuel Matías , Emilio Y Pedro Jesús , y una vez concluso lo remitió a la Sala Penal, Sección Primera de la Audiencia Nacional, con fecha 21 de noviembre de 2006, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: Probados, y así expresamente se declaran, los siguientes hechos:

En 1988 se formó en Vitoria el grupo musical "SOZIEDAD ALKOHÓLIKA", de línea "punk rock", cuya trayectoria musical se ha mantenido hasta el día de hoy, entre cuyos componentes se encuentran:

Eugenio , (Vocal del Grupo " Eugenio "). Mayor de edad, nacido el 20 de septiembre de 1968 en Vitoria, hijo de Miguel Angel y de María Lucía. Sin antecedentes penales.

- Carlos Manuel (Guitarra, " Bola "). Mayor de edad, nacido el 5 de septiembre de 1968 en Vitoria, hijo de José María y María Rosa. Sin antecedentes penales.

- Emilio , (Guitarra, " Emilio "). Mayor de edad, nacido el 21 de julio de 1973 en Arrigorriaga (Vizcaya), sin antecedentes penales.

- Juan Enrique , (Batería, " Juan Enrique "), mayor de edad, nacido el 7 de marzo de 1967 en Vitoria, hijo de Eladio y de Teresa, sin antecedentes penales, y

- Matías , (Bajo, " Santo "). Mayor de edad, nacido el 8 de diciembre de 1971 en Vitoria, sin antecedentes penales.

Siendo el Mánager, o representante artístico del grupo Pedro Jesús , mayor de edad, nacido el 20 de noviembre de 1965 en Guipúzcoa, hijo de Javier y María Concepción, sin antecedentes penales.



Dicho grupo musical fue inscrito en el registro de Patentes y Marcas en fecha 4 de noviembre de 1994, y, hasta el día de hoy, han creado un centenar de letras de canciones, producidas a través de la empresa discográfica "MIL A GRITOS RECORDS, S.L.", recogidas en una decena de discos y un vídeo musical. Han colaborado como soporte musical de películas, así como en el recopilatorio de Amnistía Internacional "Los queremos Vivos," junto con otros autores. Entre ellos, se encuentran los discos cuyas canciones son objeto de acusación:

- 1).- Disco "Y ese que tanto habla, está totalmente hueco, ya sabéis que el cántaro vacío es el que más suena". Grabado en 1993. Forman parte de dicho disco las canciones " Síndrome del Norte" y "Ya Güelen"
- 2).- Disco "Ratas" grabado en 1995, en el que se incluye la canción " Explota Zerdo!"
- 3).- Disco "No intente hacer eso en su casa" grabado en 1997, al que pertenece la canción "Palomas y Buitres" y
- 4).- Disco "Tiempos oscuros" grabado en 2003 y que incluye la canción "Stop criminalización"

Las letras, de dichas canciones, son las siguientes:

- "Síndrome del norte"

Siempre que sales de tu casa Tú vas todo acojonao mirando para todos los laos ese bulto del sobaco es poco disimulao

al llegar asta el cotxe dejas las llaves caer ¿no sea ke halla un bulto raro? y que te haga volar como a carrero, como a carrero ay que jodido es ser " madero" en un lugar donde me consideran extranjero ¡porromponpero!

esque la paranoia en tu cabeza es tal ke krees que todos te kieren matar, 'tú tio, ten cuidado! no hagas gestos raros mira que sako el fusko/y te vuelo el cráneo

¡Joder! con lo bien ke yo estaba, que estaba con mi mama pa'ke cono me han mandao pa'aka "virgen de la macarena! MARTXATE; VETE A ESPAÑA!..

- "Ya Güelen" Hay que ver ké divertido es vivir Rodeados de guardia civil Lo bonito que es pasear por la Ciudad, controlados por un municipal Es algo espectacular cuando ves al "beltza" matxacar, excitante ira un bar, y ke te sake a ostias la "nacional" ¡hay qué bien! ¡ké alegría! Me ha parao la policía Como casi todos los días.

¿Qué mas podemos pedir? Si ellos no hacen vivir Les debemos esta paz Y un montón de cosas más. Así pues, todo vá bien La seguridad es 100x100 No hace falta nada más Para vivir en un mundo en "paz"

- "Explota Zerdo!" Cualquiera día estará cerca de ti Y sentirás que no puedes soportar, su olor te hará vomitar, ¡explota zerdo! Algún día reventarás, ¡explota zerdo! Tus tripas se esparcirán. Huele a esclavo de la ley, zipaio, siervo del rey, Lameculos del poder, carroñero coronel, ¡explota zerdo! Dejarás de molestar, ¡explota Txota! Sucia rata morirás.

Por los bares se pasea, y se cree bien disfrazao, Nunca podrá camuflar, su cara de subnormal, Y ese tufo que akarrea, no es para nada normal, A quién kree que va a engañar, su hedor le delatará ¡ explota zerdo!.

"Palomas y Buitres" ¿Qué paz? ¿qué libertad es esa Que nos tratan de vender? La democracia esta del estao, No es real, huele a gato encerrao, Niega toda posibilidad a Euskal Herría, Para ejercer libremente su derecho a decidir Su futuro bajo amenaza militar. La paz era una paloma, y alrededor los buitres.

Fascistas disfrazados de pacifistas, Linchan arropados por la policía ¿y los tolerantes? ¿kienes son los tolerantes? ¿tal vez los que toleran las torturas? ¿la dispersión? ¿ También la guerra sucia? ¿o los que no son capaces de buscar una solución que no sea la represión?.

La peligrosa ignorancia de los que solo saben Lo que sale en televisión, Es aprovechada siempre por el estao, Pa seguir alimentando la rueda del odio, Manipulando la muerte de unos y otros, Si esto sigue así no veo el final, nada va a cambiar ¡no habrá paz! ¡no se respetan los derechos de los pueblos!

Su tolerancia consiste en anular Todo lo que ellos no pueden controlar. Su pacifismo se basa en reprimir otras alternativas Que puedan existir.

Sin respeto, nada va a cambiar Sin justicia no veo el final Sin libertad, nada va a cambiar Sin dialogar, no habrá paz.

- "Stop Criminalización" Viene a por mi, a mi me toca Es el perro echando espuma por la boca. Quieres que sea tu orinal y tu letrina quieres que esto quede bien grabado en mi retina. Estamos preparados ¡No va a ser fácil paramos! Me laegro de saber que mis palabras te hacen daño. Me gusta comprobar que te irrita lo que canto. A veces he pensado que caía en saco roto, Pero tu indignación le da sentido a todo. Escucho como ladran los perros a nuestro paso, eso sin duda es señal de que cabalgamos. El dedo en la llaga, vinagre en los ojos. El micro es el arma que tanto Les asusta, Sube el volumen si eso les disgusta. La sal en la herida, la palabra es



mía. Todos somos terroristas para Los fascistas! Todos somos sospechosos para los poderosos! Ellos atacan porque estamos Enfrente, Ellos atacan porque damos Donde duele. Libertarios, anarquistas, Anticapitalistas, Ocupas, comunistas, también Ecológicas. Los obreros, los inmigrantes Y los independentistas Todos somos terroristas para loos fscistas. Su estrategia para acabar con la disidencia Es muy simple, es mezclarla con la violencia. Todos somos terroristas para Los fascistas. Todos sospechosos para los Poderosos.

El grupo es titular de la página Web www.soziedadalkoholica.com en la están publicadas la totalidad de las letras de sus canciones, incluidas las antes transcritas. Así como sucesivos comunicados de prensa y declaraciones en las que los miembros del grupo expresamente repudian las acciones de E.T.A. y se muestran contrarios a todo tipo de violencia, entre otros, comunicados de diciembre de 2000, 4 de junio de 2002, 24 de abril de 2003, 23 de abril de 2003, 20 de octubre de 2003, 11 de mayo de 2004, así como extracto de la entrevista publicada en el n° 1 del año 2000 de la revista Rock Hard. En tales declaraciones, expresamente se manifiesta que "ninguna letra de Soziedad Alkohólíka hace apología del terrorismo... no apoyamos la existencia de ningún grupo armado en una democracia. Creemos que el diálogo es la mejor forma de solucionar conflictos." Ser vasco y tener canciones en contra de la policía y contra lo que no nos gusta, no es lo mismo que apoyar a E.T.A." especificando, respecto la canción " explota zerdo" que " El sentido que se quiso dar a esa canción en el momento de su composición, hace 14 años, no se sino el de expresar nuestra repulsa hacia un confidente de la policía que iba por los bares de nuestra ciudad, informando de los jóvenes que fumábamos porros".

Tales comunicados permanecen publicados en dicha página web, al igual que las letras de las canciones.

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

FALLO: En atención a lo expuesto, y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española, HEMOS DECIDIDO:

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Eugenio , Juan Enrique , Pedro Jesús , Carlos Manuel , Matías , Emilio , del delito de apología del terrorismo por el que venían siendo acusados en este procedimiento, con toda clase de pronunciamientos favorables, y declarando de oficio las costas procesales de él derivadas.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por ASOCIACIÓN VICTIMAS DEL TERRORISMO, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

UNICO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim . por errónea aplicación del art. 578 CP .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera. Con asistencia del letrado recurrente D. Carlos Rodríguez en representación de Asociación de Víctimas del Terrorismo que informa sobre los motivos. El Letrado recurrido D. José Luis Galán Martín por todas las partes recurridas, que informe sobre los motivos. El Ministerio Fiscal se ratifica de su escrito.

Sexto.- Señalada la Vista para el día siete de junio de dos mil siete, se suspendió por enfermedad del Letrado recurrente. Efectuado nuevo señalamiento se celebró la Vista y deliberación prevenida el día siete de junio de dos mil siete.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El motivo único al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim . por infracción de Ley por errónea aplicación del art. 578 CP ., dado que los hechos declarados probados, la letra de la canción "Síndrome del Norte", supone un acto de menosprecio y humillación de las víctimas del terrorismo.

El debate suscitado por las partes en orden a la extensión y límites del derecho a la libertad de expresión, hace necesario efectuar unas consideraciones generales sobre tales cuestiones a la luz de la jurisprudencia del TEDH, Tribunal Constitucional y de esta propia Sala Segunda.

Así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la doctrina sentada sobre el art. 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, tiene declarado que: "La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática, una de las condiciones principales de su progreso y del desarrollo de la persona. Con la salvedad del párrafo 2º del art. 10 , es válida no sólo para las informaciones o ideas aceptadas favorablemente o consideradas como inofensivas o



indiferentes, sino también para aquéllas que molestan, chocan o inquietan; así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no hay sociedad democrática. Tal y como la consagra el art. 10, lleva consigo excepciones que requieran, sin embargo una interpretación justa y la necesidad de limitarla debe encontrarse establecida de forma convincente". (sentencias casos Fressoz y Roire contra Francia de 21.1.99 ; Sürek contra Turquía y Basskaya y Okcuoglu contra Turquía, ambas de 8.7.99).

El mismo Tribunal puntualiza en las citadas resoluciones que allí donde las declaraciones litigiosas inciten al uso de la violencia con respecto a un individuo, un representante del Estado o una parte de la población, las autoridades nacionales gozan de un margen de aplicación más amplio en su examen de la necesidad de una inferencia en el ejercicio de la libertad de expresión.

El Tribunal Constitucional, por su parte, tiene declarado en sentencia 18.8.99, refiriéndose a las libertades de expresión y comunicación que: "la primera, como el derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos de poder expresar sus propios juicios de valor sin sufrir intromisiones por parte de los poderes públicos que no estén apoyadas en la Ley, e incluso, frente a la propia Ley si ésta intenta poner límites distintos a los que la Constitución admite (por todas STC. 12/82, FD.3º); la segunda (...), no cabe duda de que cuando esas libertades operan como instrumento de los derechos de participación política debe reconocérseles si cabe una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles «especialmente resistentes, inmunes a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar".

La STC. 159/86 dictada en un supuesto de condena por el delito de apología del terrorismo, art. 268 CP. 1973, declaró que "los derechos y las libertades fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único principio en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 CE como "fundamento del orden político y de la paz social". Se produce así, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos".

Igualmente y en referencia al derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE.), íntimamente ligado al anterior, su entidad propia ha sido señalada por el Tribunal Constitucional en algunas ocasiones. La libertad ideológica comporta "la adopción o el mantenimiento en libertad de una determinada ideología o pensamiento" (SSTC. 120/90 de 27.6, FJ. 10 y 137/90 de 19.7, FJ.8), e indudablemente "no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones", sino que "comprende, además, una dimensión externa de agere licere, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o de mérito sin padecer la comprensión o la injerencia de los poderes públicos". Entre las manifestaciones que conlleva esa dimensión externa de agere licere, se encuentra la libertad de expresión, y muy especialmente, figura la de expresar libremente lo que se piensa. A la libertad ideológica que consagra el art. 16.1 CE. le corresponde el correlativo derecho a expresarla que garantiza el art. 20.1 a) (STC.).

Este derecho fundamental a la libertad de expresión, aunque debe ser interpretado extensivamente, tiene como los demás límites que se fundan en lo dispuesto en el art. 20.4. Entre ellos el de que no se puede a través de su ejercicio cometer hechos punibles, como son la legitimación de acciones terroristas o la exculpación o minimización de su significado antidemocrático y de la violación de derechos fundamentales, que puede llevarse a cabo de modo implícito, mediante actos concluyentes.

Por su parte esta Sala en sentencia 398/96 de 9.5, referida también al art. 268 CP. 1973, estableció que requiere que la acción se refiera al comportamiento desviado de los autores de un delito otorgándoles un valor jurídico superior a los del ordenamiento jurídico vigente. Es decir se requiere que el comportamiento delictivo sea propuesto como modelo de comportamiento aprobable. En particular, precisa la misma sentencia, que no debe considerarse apología del delito una simple expresión pública de coincidencia con un programa político o ideológico, toda vez que ello resultará siempre amparado por el art. 20 CE., pero que una aprobación general que se extienda sin distinciones a toda la actividad de la banda y que no se limita sólo a compartir su ideología o sus ideales, implica necesariamente también la aprobación y exaltación de un delito, dado que



éstos ocupan un lugar preponderante de la actuación de aquélla; no siendo necesaria la utilización de los medios de comunicación social, bastando que el medio elegido tenga capacidad de difusión y alcance público.

En similar dirección la sentencia 2/97 de 29.11 (causa especial 840/96), recuerda que: Y es que, en efecto, frente a la tipificación del delito de apología no cabe -como algunos pretenden- oponer como absoluto el derecho a la libertad de expresión, pues éste -repetidamente lo ha declarado el Tribunal Constitucional y esta Sala- no tiene tal carácter, pese a que en ocasiones, variando anteriores posiciones, se ha afirmado su "posición preferente" cuando entra en conflicto con otros derechos o valores constitucionales, en la medida en que, junto a la libertad de información, contribuye a la formación de una opinión pública libre (SSTC 104/1986 y 171/1990 , por todas)

Ahora bien, en la definición legislativa e interpretación aplicativa conforme a la Constitución de qué apología -definida gramaticalmente por la Real Academia como "discurso, de palabra o por escrito, en defensa o alabanza de personas o cosas"- puede ser considerada delictiva, no puede perderse de vista que nunca podrá quedar afectado el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, concebido, como la expresión del disenso razonado o, dicho de otro modo, como la posibilidad de manifestar, sin sujeción o impedimento alguno, las opiniones que se profesan, o de expresar las propias ideas, sentimientos o creencias.

SEGUNDO: No obstante la Ley Orgánica 7/2000 de 22.12, introdujo el nuevo tipo penal de exaltación del terrorismo, art. 578 CP ., que dispone: " El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.."

En realidad se contemplan dos conductas diferentes. De un lado, en el párrafo primero se ubica la apología propiamente dicha definida como enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución. Corresponde a la ratio legis de reforzar la tutela en los delitos de terrorismo sancionando conductas que les favorecen en cuanto significan apoyo a estas graves infracciones punibles. Así el término enaltecer, según el Diccionario de la Real Academia, es sinónimo de ensalzamiento y ensalzar significa a su vez, engrandecer, exaltar, alabar. Exaltar, es elevar a alguien o a algo a gran auge o dignidad, realzar el mérito o circunstancias de alguien. Alabar es elogiar, celebrar con palabras. Se coloca así al sujeto pasivo en una posición preferente de virtud o mérito convirtiéndolo en referente y ejemplo a imitar. El sujeto activo con su comportamiento coloca a las acciones punibles, y a sus autores como modelo otorgándoles un valor de asimilación al orden jurídico, pese a contradecirlo frontalmente.

El otro verbo que utiliza el artículo, es justificar, que según el mismo Diccionario, es probar una cosa con razones convincentes o con testigos o documentos y también rectificar o hacer justo algo. En definitiva, argumentar a favor del sujeto, disculpar sus acciones y aproximarlas o incluirlas en los actos permitidos por el ordenamiento jurídico, pese a vulnerarlo de modo directo. Esto es, como ha dicho esta Sala, en reciente sentencia 149/2007 de 26.2 , hacer aparecer como acciones lícitas o legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal, bien entendido que el objeto de ensalzamiento o justificación puede ser cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo o cualquiera de las personas que hayan participado en su ejecución y puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

Y de otro lado, en un segundo párrafo, considera también punible un supuesto por completo diferente cual es; "la realización de actos que entrañen descrédito (esto es, disminución o pérdida de la reputación de las personas o del valor y estima de las cosas), menosprecio (equivalente a poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén), o humillación (herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún menoscabo) de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, esto es se trata de perseguir conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal (Exposición Motivos, apartado III, Ley 7/2000 de 22.12).

TERCERO: Expuestas estas consideraciones generales, la parte recurrente circunscribe su impugnación a la letra de la canción "Síndrome del Norte" por considerar que supone un acto de menosprecio y humillación a las víctimas del terrorismo, esto es, al párrafo 2º del art. 578 CP . De ello debemos deducir que desiste de las imputaciones realizadas en relación a otras letras, en particular "Explota Zerdo" que incardinaba en el primer párrafo del referido precepto de ensalzamiento y justificación.

El motivo deviene improsperable.

a) En primer lugar, un examen de las actuaciones permite constatar que el Juzgado Central de Instrucción nº 5 con fecha 11.2.2005 , con informe favorable del Ministerio Fiscal, dictó auto de sobreseimiento provisional,



que pasó a ser sobreseimiento libre, rectificándose el error padecido por auto de 17.2.2005 , confirmado por auto de 15.3.2005 .

Interpuesto recurso de apelación por la Asociación de Víctimas del terrorismo, la Sección 3ª de lo Penal de la Audiencia Nacional, con informe en sentido contrario del Ministerio Fiscal que había interesado la confirmación del auto recurrido, dictó en fecha 9.12.2005 , auto dando lugar al recurso, pero precisando en el Fundamento Jurídico Cuarto in fine: "Pero cuando hay una realidad social como la que existe creada por la banda terrorista ETA, ese deseo expresado en publico, que duda cabe demuestra una especie de connivencia o deseo conjunto con la banda terrorista que viene a enaltecer o justificar las acciones de ETA por el procedimiento aludido y por ello tales letras de las canciones señaladas, pudieran estar incardinadas en el art. 578 CP ., no en cuanto a lo que se refiere en dicho tipo penal a reflejar un descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas del terrorismo o de sus familias, sino en cuanto lo que supone de ensalzar una conducta que, en definitiva, implica justificar las acciones violentas llevadas a cabo contra los miembros de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.... lo que puede suponer un enaltecimiento de la actividad que crea esa realidad".

Consecuentemente se dictó auto de sobreseimiento libre, por el que se declaró que los hechos no eran constitutivos de ninguno de los dos subtipos penales previstos en el art. 578 CP . (enaltecimiento propiamente dicho y descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas), y el auto de la Sala si bien ordena continuar el procedimiento, lo es solo por si los hechos pudieran ser constitutivos del subtipo penal de enaltecimiento, confirmando, en definitiva, el sobreseimiento libre en cuanto al segundo subtipo de humillación a las víctimas.

Siendo así el recurso, en cuanto se refiere a un supuesto de humillación o menosprecio a las víctimas, modifica, el titulo de imputación al acusar por un tipo penal por el que no se abrió el juicio oral, dado el sobreseimiento libre previamente acordado.

En efecto conviene destacar en este punto que aún cuando el principio acusatorio esté íntimamente relacionado con otros principios básicos del enjuiciamiento penal, como la igualdad de partes procesales y de armas empleadas, la efectiva contradicción o el derecho de defensa, el principio acusatorio -dice la STS. 156/2007 de 25.1 - no debe ser entendido en un sentido omnicompreensivo, absorbiendo a estos otros principios, derechos o garantías, y tampoco debe confundirse con ellos. Esta errónea absorción o confusión desdibuja un principio procesal autónomo, minimiza otros principios constitucionales que tienen una enorme relevancia propia, como el derecho de defensa y confunde el principio acusatorio con el modelo procedimental acusatorio o adversarial, que constituye un sistema de enjuiciamiento y no un principio constitucional.

Es cierto que tanto la jurisprudencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional, al analizar el contenido del principio acusatorio lo han anudado frecuentemente al derecho de defensa o al principio de contradicción, pero ello únicamente significa que los principios básicos del proceso se encuentran esencialmente entrelazados, no que carezcan de autonomía propia o que estos otros principios constitucionales constituyan una mera emanación del principio acusatorio.

Con la STS 450/1999 de 3 de mayo , debemos recordar que el auto de transformación a procedimiento abreviado, es el equivalente procesal del auto de procesamiento en el sumario ordinario -en tal sentido SS de esta Sala de 21 de mayo de 1993 y 1437/98 de 18 de diciembre - , teniendo la finalidad de fijar la legitimación pasiva así como el objeto del proceso penal en la medida que, como se indica en la STC 186/1990 de 15 de noviembre : "...realiza (el instructor) una valoración jurídica tanto de los hechos como sobre la imputación objetiva de los mismos...". En definitiva, al igual que en el auto de procesamiento, se está en presencia de un acto de imputación formal efectuado por el Juez Instructor exteriorizador de un juicio de probabilidad de naturaleza incriminatoria y delimitador del ámbito objetivo y subjetivo del proceso. Se trata, en definitiva, de un filtro procesal que evita acusaciones sorpresivas o infundadas en la medida que sólo contra quienes aparezcan previamente imputados por los hechos recogidos en dicho auto se podrán dirigir la acusación, limitando de esta manera los efectos perniciosos que tiene la "pena de banquillo" que conlleva, por sí sola, la apertura de juicio oral contra toda persona.

En similar dirección la STS. 179/2007 de 7.3 , no dice que el apartado cuarto del numero primero del art. 779 LECrim . ordena dictar auto que transforme el procedimiento y continúe la tramitación por las normas del Capitulo IV cuando el hecho constituye delito comprendido en el art. 757. La nueva redacción de la LO. 38/2002 establece los extremos que, al menos, debe contener dicho auto: determinación de los hechos punibles y la identificación de las personas imputadas; además ordena que no podrá dictarse tal auto de transformación contra persona a la que no se le haya tomado declaración como imputada. El auto de transformación vincula a las partes en cuanto a los hechos imputados y en las personas responsables, pero no en las calificaciones jurídicas que el Juez formule, por cuanto el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado no tiene por finalidad y naturaleza suplantar la función acusatoria del Ministerio Fiscal y del resto de las acusaciones de modo que la ausencia de determinación expresa de un delito en dicho auto no impide



que pueda ser objeto de acusación, siempre que del hecho estuviese imputado cuando el acusado prestó su declaración y pudiera solicitar las oportunas diligencias sobre el mismo (STS. 1532/2000 de 9.11).

Por lo que se refiere al Procedimiento Abreviado, resulta patente esta doble finalidad, delimitación del objeto del proceso y los sujetos del mismo que tiene el auto de transformación. El actual art. 780.2 (antiguo art. 790-2º) prevé la posibilidad de diligencias complementarias a solicitud del Ministerio Fiscal cuando resulten indispensables para formular acusación, lo que incluye el supuesto de que se estime la imputación a otras personas no designadas en el auto de transformación, o la inclusión de otros hechos de los allí contenidos. Lo mismo se prevé para las otras acusaciones, si bien la petición del Ministerio Fiscal es vinculante para el Instructor, no así la de las otras acusaciones, trato diferente que no conculcaría el principio de igualdad de armas porque encontraría su justificación en los principios de igualdad e imparcialidad del Ministerio Fiscal y en la prevención de evitar dilaciones indebidas por peticiones abusivas de las partes privadas.

Es evidente por ello que el contenido delimitador que tiene el auto de transformación para las acusaciones, se circunscribe a los hechos allí reflejados y a las personas imputadas, no a la calificación jurídica que haya efectuado el Instructor, a la que no queda vinculada la acusación sin merma de los derechos de los acusados, porque como recuerda la STC 134/1986 , "no hay indefensión si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de delito señalado en la sentencia".

Con la única limitación de mantener la identidad de hechos y de inculpados, la acusación, tanto la pública como las particulares son libres de efectuar la traducción jurídico- penal que estiman más adecuada».

Véanse las sentencias de esta Sala de 20.3.2000, 23.10.2000, 26.6.2002 y 21.1.2003 . En esta última podemos leer: «en modo alguno prevé la Ley que el instructor califique los hechos, es decir, subsuma los mismos bajo un precepto penal y dicha calificación sea vinculante para las propias acusaciones. Sólo la declaración de sobreseimiento, total o parcial, una vez alcance firmeza, vinculará a aquéllas para el juicio oral».

En efecto el art. 779.1.1ª establece claramente la aplicación del sobreseimiento libre cuando el hecho no es constitutivo de infracción penal y del sobreseimiento provisional en los casos en que no aparezca suficientemente justificado su perpetración o cuando no es conocido el autor de un hecho constitutivo de delito debe acordarse el archivo provisional. Con ello, se resuelve la anterior confusión que propiciaba el derogado art. 789 sobre la posible equivalencia entre el sobreseimiento libre y el archivo, ya que ahora éste es una consecuencia del precedente sobreseimiento y no tiene autonomía propia. E igualmente, cuando el Juez adopta la decisión de continuar el proceso, art. 889.1.4 , también, rechaza implícitamente las otras resoluciones del art. 779.1, de modo especial la 1ª de sobreseimiento y archivo de las actuaciones. Por ello existe la posibilidad mediante la interposición de los recursos procedentes de oponerse ante el propio Juez instructor a la continuación del proceso y de alegar en él lo pertinente en orden a la procedencia del sobreseimiento (SSTC. 15.11.90 y 31.1.91), y el auto resolviendo la apelación pertinente contra el auto de transformación en procedimiento abreviado y que acuerde el sobreseimiento, se equipara en cuanto a los efectos a una sentencia absolutoria.

De esta forma podemos llegar a la conclusión de que, en efecto, el auto de referencia, contiene un juicio provisional y anticipado sobre los hechos que posteriormente el Juez o Tribunal está llamado a sentenciar, juicio provisional que en caso alguno vincula a las partes, sí siéndolo los pronunciamientos de sobreseimiento antes citados cuando alcanzan firmeza.

Por ello puede entenderse que el auto del juez de instrucción en el trámite del art. 779.1 , establece, en su caso, unos verdaderos límites a la acusación en un doble sentido: En primer lugar, no podrá seguir sosteniéndose acusación en las fases posteriores, intermedia y juicio oral respecto de aquellos hechos que el Juez instructor haya entendido que no son constitutivos de delito; Y, en segundo término, tampoco podrá prosperar la acción penal respecto de los delitos incluidos inicialmente en el escrito de acusación, cuando, en el parecer del órgano judicial de instrucción, no existan indicios racionales de criminalidad en el acusado. En ambos casos, el juez deberá dictar bien, en lugar del auto de transformación en procedimiento abreviado, un auto de sobreseimiento, bien auto de transformación respecto a unos delitos con sobreseimiento respecto a otros, auto de sobreseimiento total o parcial contra el que podrán las acusaciones interponer, en su caso, recurso de apelación.

En el caso presente por auto de 9.12.2005, la Sección Tercera de lo Penal de la Audiencia Nacional , si bien estimó el recurso de apelación interpuesto por la Asociación de Víctimas del terrorismo contra el auto del Juzgado Central nº 5 de 17.2.2005 , que acordó el sobreseimiento libre por considerar que los hechos no eran constitutivos de infracción penal, lo fue, no en relación al subtipo de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas del terrorismo o de sus familiares, sino solo y exclusivamente en cuanto al ensalzamiento y justificación de las acciones terroristas. Por ello de tal pronunciamiento no debió salirse, primero, el Juez Instructor al dictar los autos de transformación a procedimiento abreviado de fecha 19 de enero de 2006 , y



de apertura del juicio oral de fecha 15 de marzo de 2006, y después la Sala sentenciadora de instancia, so pena de vulnerar el principio acusatorio y el de defensa y congruencia, de contenido constitucional, no debieron tolerar una acusación por un subtipo penal que había sido firmemente sobreseído Pretender ahora en esta sede casacional la condena por dicho subtipo supondría conculcar aquellos derechos de los acusados.

b) En segundo lugar, y a mayor abundamiento si se partiera de que en el repetido auto de 9.12.2005, no obstante lo razonado en su Fundamento Jurídico cuarto in fine, en su parte dispositiva no se hace referencia de forma expresa a ningún sobreseimiento libre en relación a alguno de los subtipos del art. 578 CP., omisión que se reiteró en el auto de transformación a procedimiento abreviado, en los escritos de acusación provisional del Ministerio Fiscal y de la parte querellante, y en el auto de apertura del juicio oral que no excluyó expresamente el subtipo de humillación a las víctimas del terrorismo, que se deducía de aquellas acusaciones, lo que dio lugar a que en el juicio oral introdujese y debatiese por las partes, pudiendo la defensa contradecir y hacer las alegaciones pertinentes sobre la concurrencia y a que la sentencia se resolviese sobre el fondo de todas esas cuestiones suscitadas por las acusaciones, es decir, valorando la posible existencia de todos los hechos imputados y su calificación jurídica, por lo que, en definitiva el principio acusatorio no sufrió quebranto y el derecho de defensa no resultó afectado al no producirse indefensión alguna a los acusados, el recurso centrado por la propia parte a una sola de las letras de las canciones y referido al segundo inciso del art. 678 ("realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares"), no, por ello, debería estimarse.

CUARTO: La sentencia de instancia y en relación a esa concreta canción "síndrome del Norte", en el Fundamento Jurídico primero, apartado II razona porqué la letra de la misma no puede incardinarse en el tipo penal contemplado en el apartado 2º del art. 578 ("realizar actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares) distinguiendo entre "objetivos" y "víctimas" de ETA., no comprendiéndose entre estos últimos el colectivo policial en general.

Distinción correcta, pues una cosa es que los hechos a que se refiere la norma no se limiten a la dignidad o al honor de una persona individual y puedan referirse a un colectivo o generalidad de afectados (la STC. 183/95 de 11.12, recordó que el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito a las personas jurídicas) y otra muy distinta que puede extenderse el concepto de "víctima" a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que solo por su cargo ostentarían aquella condición, por cuanto ello implicaría -como el Ministerio Fiscal argumenta en su escrito de impugnación al recurso- que todos los ciudadanos serían "víctimas" en cuanto posibles sujetos pasivos de las acciones terroristas.

El concepto de "víctimas" debe, por ello, determinarse, conforme a la legislación específica en la materia, entre otras Ley 35/95, de 11.12, de Ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual; Ley 13/96 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 30.12., reformada por Ley 66/97 de 30.12, art. 48, sobre ayudas a los afectados por delitos de terrorismo, modificada por Ley 2/2003 de 12.3; Ley 32/99 de 8.10, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, modificada por Ley 2/2003 de 12.3, y Reglamento 288/2003 de 7.3, de ayudas y resarcimiento a las víctimas del terrorismo. De esta regulación se desprende que serían víctimas "directas" las personas que sufran lesiones corporales graves o daños graves en su salud física o mental como consecuencia de cualquier delito terrorista; y en caso de muerte, a título de víctimas "indirectas" diversos familiares (cónyuge o persona que viniera conviviendo con el fallecido de forma permanente, hijos o padres, según los casos).

Consecuentemente el texto de la letra, por más repulsa social que merezca, no expresa sino opiniones con excesos verbales hirientes y desafortunados, especialmente rechazables por el momento y ocasión, tanto en el año en que la canción se grabó 1993, como en la actualidad, sobre la actuación de determinados miembros de las fuerzas de seguridad en prevención de atentados contra sus personas, pero que tienen cabida en el derecho a la crítica y en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión, y son tolerables en una sociedad democrática que no pueden verse coartados por la acción penal ejercitada.

QUINTO: Desestimándose el recurso, se imponen las costas al recurrente, art. 901 LECrim.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por ASOCIACION VICTIMAS DEL TERRORISMO, contra sentencia de 21 de noviembre de 2006, dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Primera, que absolvió a los acusados como autores de un delito de enaltecimiento del terrorismo; y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.



Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Juan Saavedra Ruiz D. Carlos Granados Pérez D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Luciano Varela Castro D. José Antonio Martín Pallín

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ