



Roj: **STS 4012/2007 - ECLI:ES:TS:2007:4012**

Id Cendoj: **28079120012007100477**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/06/2007**

Nº de Recurso: **1303/2006**

Nº de Resolución: **585/2007**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **SIRO FRANCISCO GARCIA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Junio de dos mil siete.

En el recurso de casación por vulneración de Derechos Fundamentales e infracción de ley, que ante Nos pende, interpuesto por Diego contra la sentencia dictada, el 27 de abril de 2006 por la Audiencia Nacional, Sección Tercera, en el Rollo penal nº 12/2005, dimanante del Procedimiento Abreviado 310/05 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, por un delito de exaltación del terrorismo; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Siro Francisco García Pérez, se han constituido para la vista y fallo, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador D. Javier Cuevas Rivas.

I. ANTECEDENTES

1. El Juzgado Central de Instrucción número Cinco tramitó el procedimiento abreviado 310/05, por presunto delito de enaltecimiento de terrorismo, procedente del Tribunal Superior del País Vasco Sala de lo Civil y Penal y una vez concluso lo elevó a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que en el rollo de Sala 12/2005, dictó la sentencia nº 31/2006 de fecha 27 de abril de 2006 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

" I.- El imputado y ex parlamentario de Batasuna, Diego, mayor de edad, ha sido ejecutoriamente condenado, en Sentencia firme, de fecha 4 de abril de 1991, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, a la pena de 6 años de prisión mayor, por delito de detención ilegal, y por Sentencia firme, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 31 de octubre de 2005, a la pena de un año de prisión por delito de injurias al Rey.

II.- En Sentencia del Tribunal Supremo, dictada en fecha de 27 de marzo de 2003, por la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se declaró ilegal y se decretó la disolución de los partidos políticos, «Herri Batasuna», «Eskal Herritarrok» y «Batasuna», siendo confirmada su ilegalización por el Tribunal Constitucional, en fecha de 17 de enero de 2004. Por Decreto 2/2005, de 21 de febrero, fue disuelto el Parlamento Vasco y el imputado Diego, a la sazón parlamentario y miembro de la Diputación Permanente, dejó de ostentar dicha condición; declaración de ilegalidad que tuvo lugar por formar parte dichos partidos políticos del entramado que constituye el fenómeno terrorista y su vinculación con la citada banda armada organizada, y que con la finalidad de conseguir por métodos terroristas, y por ende fuera de la ley, la segregación de una parte del territorio español mediante la autodeterminación a través del llamado "Proceso de Construcción Nacional", participan todas y cada uno de las estructuras que la integran o la han integrado, con una distribución precisa de funciones en el autodenominado «Movimiento de Liberación Nacional Vasco o izquierda Abertzale», integrados en el complejo terrorista liderado por ETA, con funciones perfectamente definidas en sus diversas estructuras instrumentales.

III.- El domingo 21 de diciembre de 2005, con ocasión del acto que fue comunicado a la Dirección de Seguridad Ciudadana del Departamento de Interior del Gobierno Vasco, por Jose Ignacio y bajo el lema «Estatutaren 25 urte, bakar lortzeko, proposumen berriak» -a «los 25 años del Estatuto, unas nuevas propuestas para



conseguir la paz», y que se iba a celebrar en la plaza del Ayuntamiento de la localidad vizcaína de Arrigorriaga, llamada «Plaza Argala.», concurrió al mismo el imputado, Diego , portavoz de Socialista Arbetzaleak junto, aproximadamente, a unas 200 personas, para rendir homenaje a Juan Pablo («a» Argala), con motivo del 25 aniversario de muerte, quien fue miembro y dirigente de la organización terrorista ETA militar -banda terrorista y armada que con la finalidad de obtener la independencia de Euskadi por la vía de hecho realiza acciones violentas contra personas y patrimonio-, quien desempeñaría un papel relevante a partir de 1974, cuando tuvo lugar la escisión de la banda asesina en dos, ETA militar y ETA político militar, al rechazar la reforma política impulsada por los partidos democráticos y abrió un camino a favor de la ruptura democrática en la que se fundaban los cinco puntos principales de la denominada KAS -derecho a la autodeterminación, amnistía general para los presos de la banda criminal, el euskera como primera lengua, desaparición de la policía nacional y de los militares y mejora de vida de la clase obrera-, participando en la primavera de 1977 en una reunión a la que acudieron representantes del Movimiento de Alcaldes y partidos abertzales en Txiberta (Biarritz), en la que se propuso, la creación de una plataforma integrada por todas las formaciones arbetzales, con el objeto de redactar un Estatuto de Autonomía, para los cuatros territorios de Hegoalde, que impulsara la creación de un Parlamento provisional, en la que estarían representados partidos políticos, sindicatos y movimientos culturales, y promover una negociación bilateral entre Euskadi y el Estado para elaborar el Estatuto de Autonomía, frustrándose el acuerdo, fundamentalmente, por la banda criminal ETA y su dirigente y jefe militar Juan Pablo . («a» Argala.) que estableció como condición la amnistía efectiva de todos sus presos ("propuesta de Txiberta").

IV.- En el lugar fijado, plaza del Ayuntamiento, «plaza A.rgala», se instaló un escenario, donde se colocó una gran pancarta con el lema «Organizar la independencia y el socialismo. Luchar merece la pena. 1978-2003» así como una gran fotografía del encomiado miembro y jefe militar de ETA, Juan Pablo . («a» Argala.) , acto de homenaje que se inició con trilitularis, tocadores de cuerno, txalapartaris y betzolaris, auresku, dándose lectura a una poesía, depositando los asistentes y el hoy imputado y portavoz de socialista Arbetzaleak, Diego , un clavel rojo junto a la fotografía del dirigente de la organización criminal ETA, quien en un momento determinado tuvo una participación «muy especial», dirigiéndose a los allí concentrados y a la vista de la proximidad de las elecciones generales a celebrar en la primavera de 2004, presentarles y animarles a favorecer la llamada propuesta de Bergara», que supondría la formación de una lista conjunta de partidos arbetzales, con el objetivo relevante de «lograr la libre autodeterminación de Euskal Herría y la libertad de los presos políticos», resaltando el imputado las coincidencias existentes entre la mencionada propuesta con la realizada por el miembro de ETA «A.rgala» en Txiberta-Biarritz, en la primavera de 1977, y a quien dirigió manifestaciones de encomio y glosó como «persona con acertada visión de futuro y adecuados y ajustados planteamiento a favor de Euskal Herría», recordando que, «A.rgala» ya predijo el fracaso de la mencionada reunión, «que no se lograría la paz mientras las fuerza aberzales no se unieran para negociar con Madrid el encaje de Euskadi en el Estado, optando el PNV por apoyar el Estatuto y hoy se cumple 25 años de lucha» añadiendo, «teníamos razón, y ahora en vista de las elecciones de marzo, se plantea «la misma oferta», asegurando que "ETA apoyaría la formación de una candidatura electoral entre fuerzas abertzales, porque permitiría pasar página de la guerra y abrir la de la libertad para Euskadi", concluyendo el acto homenaje con «múltiples agradecimientos a los etarras que han dado la vida por Euskal Herría y con llamamientos de lucha contra el Estado Español», enfatizando que «la propuesta formulada tiene garantías de salir adelante, no importa que hayamos sido ilegalizados o que tengamos militantes muertos; la izquierda arbetzale es Euskal Herría y es el futuro de este pueblo...».

V.- En el mencionado acto homenaje al dirigente y jefe militar de la organización criminal ETA, se hallaron presentes y participaron significadamente, históricos militantes de la ilegalizada batasuna y representantes del sindicato abertzale Lab, Manuel , Paulino , Rodolfo , Sebastián , Jose María , el secretario de comunicación del sindicato Lab, Carlos Ramón y Antonieta , terminando al acto homenaje con el canto «euskogudaria».

VI.- Juan Pablo . («a» Argala.) , a pesar de ser amnistiado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid en febrero de 1978 , continuó dirigiendo la organización terrorista ETA hasta el momento de su muerte violenta, acaecida el 21 de diciembre de 1978, participando, en labores de 10 formación y adoctrinamiento político de los nuevos militantes en los cursillos de adiestramiento en el manejo de las armas y explosivos impartidos en el sur de Francia, y en la captación de los integrantes del denominado comando «itinerante», que perpetraron actos asesinos, produciéndose en este período un significativo aumento de la actividad de la banda asesina ETA, con un gran número de acciones en la que se utilizaron explosivos.

2. La Audiencia Nacional dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS AL ACUSADO Diego , como autor responsable penalmente de un delito de enaltecimiento de acciones terroristas ya definido, y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las pena principal de QUINCE MESES DE PRISIÓN, y accesoria de SIETE AÑOS Y TRES MESES DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA, así como al pago de las costas



causadas en este proceso.- Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y será notificada a las partes con la prevención de no ser firme y cabe interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, lo acuerdan, mandan y firman."

3. Con fecha 27 de abril de 2006 se dictó por la Audiencia Nacional Auto de Aclaración de la anterior sentencia, cuya parte dispositiva es como sigue: "-LA SALA ACUERDA: Que procede rectificar el apartado tercero de los Hechos Probados y que dice "el domingo 21 de diciembre de 2005", debiendo decir "21 de diciembre de 2003"-"

4. Notificada la sentencia a las partes personadas, se preparó por la representación de Diego , recurso de casación por infracción de Ley y vulneración constitucional, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución; formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

5. El recurso de casación interpuesto por la representación procesal del acusado se basó en los siguientes motivos de casación:

Primero.- Al amparo de lo establecido en el art. 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por haberse señalado en la sentencia como hechos probados, conceptos que por su carácter jurídico, implican predeterminación del fallo.

Segundo.- Al amparo de lo señalado en el art. 849-2º por entender que la admisión de las testificales de los policías se han admitido y practicado vulnerando normas de carácter penal sustantivo y normas jurídicas del mismo carácter que han llevado como consecuencia la vulneración del derecho de defensa del art. 24 la Constitución Española, al haberse vulnerado el art. 577 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Tercero.- Al amparo de lo señalado en el art.849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al existir error en la apreciación de la prueba

Cuarto.- Al amparo de lo señalado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por cauce de lo señalado en el art. 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por entender vulnerado el art. 24 de la Constitución Española en relación con los artículos 9 y 16 del texto constitucional .

Quinto.- Al amparo de lo establecido en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración de precepto constitucional, por el cauce del art. 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Sexto.- Al amparo de lo señalado en el art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por entender que la sentencia vulnera en su aplicación el art. 578 de la Ley Penal .

6. Instruido el Ministerio Fiscal, impugnó todos los motivos del recurso; quedando conclusos los autos pendientes de señalamiento de día para la vista y fallo cuando por turno correspondiera

7. Hecho el señalamiento ha tenido lugar la vista prevenida el día 7 de junio de 2007.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primer motivo de su recurso la defensa de Diego (Diego) denuncia, al amparo del artículo 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim .), el haber sido señalados en la sentencia, como hechos probados, conceptos que, por su carácter jurídico, implican predeterminación del fallo.

Dentro del subsistema procesal penal de España los arts. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 142 LECrim. imponen en la estructura de la sentencia un capítulo dedicado a la exposición de hechos probados; hechos que permitan, en otro capítulo, la calificación jurídica que, a su vez, conduzca al fallo. En consecuencia, que el factum determine, con la separada calificación jurídica que le siga, el sentido de la parte dispositiva que satisfaga la pretensión punitiva estimándola o desestimándola, no es un vicio sino una necesidad en la estructura de la sentencia.

Lo que el artículo 851.1º , inciso último, trata de evitar es que, confundiendo hechos y calificación jurídica, se reemplace la descripción de aquéllos por tan sólo la calificación.

Las frases a las que el recurso achaca el vicio, en el factum, de predeterminación son:

1º.- Que con la finalidad de conseguir por métodos terroristas, y por ende, fuera de la ley, la segregación de una parte del territorio español mediante la autodeterminación a través del llamado proceso de Construcción Nacional.

2º.- Concurrió al mismo el imputado Diego para rendir homenaje a Juan Pablo .



3º.- Teniendo una participación muy especial y dirigió manifestaciones de encomio y glosa a Argala.

4º.- Acto de homenaje al dirigente y jefe militar de la organización criminal ETA.

El giro "fuera de la ley" podría ser excluido del factum sin que ello trascendiere al fallo. Y la palabra "terrorista" no sólo tiene un significado jurídico sino que, desde largo tiempo atrás, pertenece al más común de los lenguajes.

Los términos homenaje, encomio y glosa también pertenecen al lenguaje común.

Y la jurisprudencia tiene sentado que el expresado motivo del recurso de casación presupone el que se consignen como hechos probados aquellos que coincidan con los empleados por el legislador para la descripción del núcleo del tipo, cuyo alcance y significación sólo puede ser conocido por quien tenga conocimientos jurídicos y que han sustituido a los hechos de tal medida que, de suprimirse, el relato histórico quedaría desposeído de la base necesaria para la calificación jurídica efectuada; véase la sentencia del 18-7-2000 y aquellas a que alude.

El motivo ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- El segundo motivo se refiere, bajo el invocado amparo del artículo 849.2º LECrim., a que la admisión de dos testigos miembros del Cuerpo Nacional de Policía, los "1380 y 1395", y la práctica de esa testifical ha vulnerado "normas de carácter penal sustantivo y normas jurídicas del mismo carácter" que han llevado como consecuencia la vulneración del derecho de defensa reconocido en el art. 24 de la Constitución (CE), al haberse asimismo vulnerado los arts. 566 y siguientes LECrim ..

Al respecto aduce el recurrente que, en la instrucción, el Ministerio Fiscal, que había solicitado la realización de los informes, no pidió identificar a los que los realizaron, tampoco que se ratificaran; los informes no estaban firmados y, con los datos que en ellos se aportaban, era difícilmente acreditable su autoría; el Ministerio Fiscal, en la proposición de prueba, no indicó nombre, apellidos y domicilio de los testigos, con lo que la Defensa no pudo realizar actuación legal alguna respecto a ellos, o proponer prueba sobre su imparcialidad y credibilidad; cuando llegó la notificación de la Policía con los datos identificativos, fue dado traslado al Ministerio Fiscal pero no a la Defensa; los testigos no lo eran tales.

Uno de los informes, recibido en el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco- Sala de lo Civil y Penal, el 2-6-2004, tiene membrete y sello de la Brigada Provincial de Información de Bilbao, y firma bajo la antefirma Inspector Jefe, Jefe de la BPI; el otro tiene fecha del 2-8-2004 y membrete de la Unidad Central de Inteligencia y fue recibido, en el TSJ, el 5-8-2004, acompañado de un oficio, firmado, con la antefirma "el Comisario Inspector Regional de Servicios" y membrete y sello de la Jefatura Superior de Policía del País Vasco. El Fiscal, en su escrito de acusación, fechado el 7-2- 2005, propuso, como prueba documental, aquellos informes e interés que se citara, en concepto de testigos, previa oportuna identificación, al Inspector Jefe de la BPI que firmó el primer informe y a quien hubiera realizado el otro. La representación del acusado, en su escrito de defensa, presentado el 22-6-2005, propuso, entre sus pruebas, la documental consistente en la lectura e inclusión de todas las actuaciones existentes en la causa, salvo las de mero trámite, y los medios de prueba propuestos por las demás partes, "haciendo mención expresa de su deseo de practicarlas aunque sean renunciadas por éstas".

El 14-3-2006 se recibió en la Sala de lo Penal-Sección Tercera de la Audiencia Nacional (AN) escrito de la Comisaría Provincial de Policía de Bilbao dando cuenta de haber sido citados los firmantes de aquellos informes, miembros del Cuerpo Nacional de Policía NUM000 y NUM001 .

El día señalado para el comienzo de las sesiones del juicio oral como "cuestión previa" propuso el Ministerio Fiscal la prueba consistente en la declaración del Inspector Jefe NUM000, autor del informe que obra en las actuaciones de fecha 27 de mayo de 2004 y que proceden de la Brigada Provincial de Información y al mismo tiempo, la declaración del Inspector Jefe nº NUM001 de la UCI de fecha 2 de agosto de 2004. La defensa se opuso. El Tribunal expresó que la prueba ya había sido propuesta y admitida con anterioridad. Declararon los miembros del CNP NUM000 y NUM001, contestando a las preguntas del Ministerio Fiscal y de la Defensa.

De todo ello se deduce que la Defensa tuvo suficiente conocimiento, en los elementos relevantes para su cometido, de la identidad de los firmantes de los informes, a tiempo de utilizar los medios oportunos para tacharlos; y, además, desde mucho antes, supo el contenido de los informes para poder interesar contrapruebas.

Por lo que concierne a si los informantes fueron legalmente tenidos como testigos, la jurisprudencia de esta Sala -sentencias de 4-12-2006 y las anteriores que cita- admite "in genere" la prueba de "inteligencia policial", que sirve para ilustrar sobre una realidad no directamente constatable por el Juez, sean los autores de los informes considerados como testigos, incluso de referencia, o peritos, y que queda sometida a la valoración



crítica, debidamente explicada y justificada, en los términos del art. 741 LECrim ., incluida la comprobación de las circunstancias de proposición, admisión y posible indefensión.

Hemos expuesto como la prueba que nos ocupa ha quedado sometida a las normas procesales sin originar indefensión alguna.

De otro lado, nada se plantea en este motivo abarcable en el art. 849.2 LECrim ..

TERCERO.- En el tercer motivo, deducido al amparo del art. 849.2 LECrim ., sostiene el recurrente la existencia de error en la valoración realizada por la sentencia de los documentos aportados.

Lo que mantiene el recurso (excediendo el cauce de impugnación utilizado) es que: los periódicos El Correo, El Mundo y Deia no son documentos, no se leyeron en el acto del juicio, en él no declararon los autores, el contenido de aquellos periódicos no ha sido contrastado con el de Gara, donde se habla de acto político para recordar el veinticinco aniversario del asesinato de Argala y cuya autora lo ratificó en el juicio, el autor de la crónica de El Mundo declaró que su director le dijo que había mandado Europa Press una comunicación y que tenía que realizar la noticia del modo señalado en la nota.

Los periódicos en sí no pueden ser reputados, sin más, prueba de lo que se dijera o hiciera en el acto; pero la existencia de la noticia en los diarios sí es prueba de la repercusión pública que tuvo el acontecimiento. Y además la declaración en el juicio del firmante de la crónica debe reputarse testimonio de lo ocurrido si (como sucede en el presente caso con el Sr. Pedro Miguel , de El Mundo) manifiesta en el Plenario que asistió al acto (porque la Dirección del periódico lo estimó oportuno).

Aunque no fuera leída la crónica en el juicio su contenido quedó sometido a los principios de oralidad, publicidad y contradicción a través de las preguntas que le fueron formuladas al periodista.

Pues bien, declara Sr. Pedro Miguel que hubo un acto de homenaje, recuerdo a Argala con motivo del 25 aniversario de su muerte, y que estuvo durante todo el desarrollo; que en el estrado había una foto de Argala en grande; que la participación de Diego fue la más destacada, por la duración y por el seguimiento de su alocución por parte del público; que lo que relata es lo de su propia percepción y lo entrecomillado lo que dijo Diego ; que puso homenaje refiriéndose a acto, "es algo que hace por estilo"; que, "aunque al ver el teletipo de EFE, les pareció en el periódico que era noticia y que tenía que titularlo así, pero el había estado presente y no iba a poner eso".

También compareció en el juicio como testigo la firmante de la crónica de Gara, Sra. Ángela . Y la traducción al castellano del texto fue leída en la vista. Doña. Ángela declara que estuvo presente en el acto, que fue político; que Diego habló, como uno más, no recuerda si elogió la figura de Argala; que varias personas dejaron un clavel en la foto de Argala, pero no sabe si Diego lo hizo.

En Gara, el lado de la crónica firmada por Doña. Ángela , aparece una fotografía de Diego con un clavel en la mano junto a una gran fotografía de Argala.

No cabe apreciar que el factum contradiga documento alguno. O que, de cualquier otra manera los medios probatorios hayan recibido una evaluación inadecuada. Pero ello enlaza con el siguiente motivo, en el que se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y en el que examinaremos otros pormenores de aquella evaluación.

CUARTO.- En el cuarto motivo, al amparo del art. 852 LECrim. y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.), se denuncia la vulneración del art. 24 CE ., en relación con sus arts. 9 y 16 , por lo que concierne a los derechos a la no indefensión, a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva y por lo que atañe a los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

El control en la casación de la presunción de inocencia se extiende a determinar si ha existido suficiente prueba de cargo a través de medios probatorios obtenidos y aportados al proceso sin infracción de normas constitucionales u ordinarias, y si en la ilación del discurso, que la Audiencia ha de exponer, no se aprecia quebrantamiento de pautas derivadas de la experiencia general, normas de la lógica o principios o reglas de otra ciencia. Véanse sentencias de 30-4-2002 y 3-11-2005 , TS.

Los elementos objetivos del tipo descrito en el art. 578 C.P . exigen, por lo que concierne al presente caso, que, en el acto colectivo del 21 de diciembre de 2003, se llevara a cabo la loa de Argala, con intervención de Diego , y, como antecedente, que esa loa estuviera vinculada a la conducta terrorista del ensalzado.

Conviene aclarar genéricamente que, según muestra la experiencia general:



a) La función política o la de afectuosa remembranza familiar, a que se han referido varios testigos de la defensa, no excluyen la de loa a la personalidad terrorista. Siendo innecesario la cita de cómo a lo largo de la Historia aparecen unidos actos criminales de enorme envergadura con la Política o con honras funerarias.

b) En una concurrencia de personas gozan de tanta riqueza semiótica las palabras como los gestos; así el ofrecimiento de unas flores, sin otro acompañamiento que el de música o el de aplausos.

La Audiencia detalla los medios probatorios con que ha contado en orden a la personalidad de Argala. Nuclearmente consisten en las declaraciones de los testigos NUM000 y NUM001, sobre cuya aportación válida al juicio ya hemos tratado y que acreditan como, en la vida pública de aquel militante de ETA, no cabe desconocer la enorme relevancia de su jefatura en la "lucha", mediante la violencia contra la vida y la integridad corporal de las personas, para conseguir los objetivos políticos; es decir, en el combate terrorista de un sector del abertzalismo radical, antes y después de ser amnistiado.

Añade, respecto a la relevancia de la figura de Argala, prueba documental, cual la reseña publicada en el diccionario enciclopédico Lur Argitaletxa, una denominada Autobiografía Política de Argala, a él atribuida como prólogo de un libro, y el comunicado de ETA con motivo de la trágica muerte de Argala.

Y, aunque también cita declaraciones de dos militantes de ETA, cabe prescindir de ellas sin merma del conjunto probatorio.

Por lo que atañe al acto del 21 de diciembre del año 2003 y a la intervención de Diego recoge la Audiencia la declaración del inculpado, que analiza; además de las crónicas de los periódicos El Mundo y Gara y las declaraciones de sus autores, a las que ya nos hemos referido.

También cita a El Correo y a Deia, de los que, la ausencia en el juicio de los autores de las crónicas, cabe prescindir; sin que ello implique merma en orden al resultado probatorio. Resultado revelador de que: se celebró una concentración en recuerdo laudatorio de Argala, que abarcaba su lucha terrorista. Faceta de la loa no excluida por el origen familiar que los testigos de la defensa atribuyen a la convocatoria.

Intervino Otegi, incluyendo palabras y la ofrenda floral y de manera importante dado que acudía como portavoz de un grupo parlamentario.

QUINTO.- Aduce la defensa del recurrente que se ha vulnerado el principio acusatorio al ser recogidos en el factum determinados pasajes de la alocución de Diego no comprendidos en las conclusiones del Ministerio Fiscal: "asegurando que ETA apoyaría la formación de una candidatura electoral entre las fuerzas abertzales, porque permitiría pasar página de la guerra y abrir la libertad para Euskadi", "enfáticamente dirigió múltiples agradecimientos a los etarras que han dado la vida por Euskal Herria con llamamientos a la lucha armada, subrayando que la propuesta formulada tiene garantía de salir adelante".

Y argumenta la Defensa que, además de no haberse practicado prueba sobre esos extremos, resultando violado el derecho a la presunción de inocencia, también han sido vulnerados los derechos y principios que cita el inicio de este motivo cuarto.

Ciertamente que el art. 24.2 CE reconoce el derecho del imputado a ser informado de las acusaciones formuladas, en relación con las demás garantías procesales (como también lleva a cabo el art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Lo cual exige la congruencia entre la sentencia y la pretensión penal que satisface, estimándola o desestimándola; siendo la exposición fáctica uno de los elementos substanciales en la delimitación de la pretensión.

Y desde luego que la jurisprudencia tiene dicho que un fallo sustentado en hechos distintos a los que sostiene la acusación puede suponer la vulneración del derecho del enjuiciado a ser informado de la acusación y del derecho a la defensa, al hacer inviable el descargo de una imputación que se desconoce, así como puede encerrar la confusión entre las tareas encomendadas a los diversos sujetos procesales. Pero también señala esa jurisprudencia que ha de tratarse de una alteración esencial, que encierre una novedad en el debate; esto es, que el Tribunal está legitimado para matizar o precisar el relato delimitador de la pretensión. Véanse las sentencias del 19-6-2006 y 26-9-2000 TS y las del TC que citan.

Ahora bien, aunque los pasajes que el recurrente resalta no se hallaban incluidos explícitamente en el desarrollo fáctico de la pretensión punitiva, sí se encuentran en las mismas líneas substanciales de aquélla. Líneas que el imputado conoció tras ser formulado el inicial escrito de acusación y tuvo oportunidad de contradecir mediante alegaciones y pruebas a lo largo de la secuencia procesal. No ha existido déficit de información, de defensa, de tutela judicial, de seguridad jurídica o de legalidad.



SEXTO.- En relación con el carácter de parlamentario que ostentaba Otegi, cualquier consideración vinculable a la inviolabilidad que reconoce el art. 26.6 del Estatuto de Autonomía del País Vasco habría de quedar referida a la actividad propiamente parlamentaria. Y esa actividad consiste, atendido el art. 25 de aquel Estatuto, en la producción legislativa, la aprobación de los presupuestos y el control de la acción del Gobierno. Véanse la sentencia del 20-11-2006, TS y las que cita.

Por ello carece de trascendencia, desde la perspectiva parlamentaria y en una vertiente de exculpación, el que, en alguna faceta de su intervención laudatoria, Otegi intentara ligar la propuesta de Bergara, documentalmente aportada por la Defensa, con las ideas expuestas por Argala en la reunión de Txiberta.

SÉPTIMO.- En el quinto motivo, al amparo del art. 852 LECrim. y 5.4 L.O.P.J., denuncia el recurrente que se han vulnerado los derechos a la libertad de expresión, a la participación política y a la libertad ideológica. Para lo que se aduce que el Sr. Diego ha sido juzgado por participar en un acto político como miembro del Parlamento Vasco, portavoz de su grupo parlamentario y en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

El art. 1 CE proclama como uno de los valores superiores del ordenamiento propio del Estado democrático de derecho al pluralismo político, al que va ligado el derecho a la libertad ideológica, a que se refiere el art. 16. El art. 23 reconoce el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. El art. 22, el derecho de asociación. El art. 21, el derecho de reunión. Y el art. 20, los derechos de libertad de expresión y de información, si bien establece que esas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el mismo Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

Ya hemos explicado que la actividad parlamentaria de Otegi no puede enmarcar la conducta que en este proceso se enjuicia. Consiguientemente no han quedado afectados por el enjuiciamiento sus derechos a participar en los asuntos públicos, o su derecho de asociarse. En lo que concierne al derecho de reunión, no consta que fuera obstaculizada en modo alguno la concentración en que la intervención de Otegi fue desarrollada.

La jurisprudencia constitucional en la sentencia del 12-12-1986 ha destacado el papel primordial que la libertad de expresión juega en una sociedad democrática y la necesidad de interpretar restrictivamente los tipos penales que inciden en ella. Más el THDH -sentencias de 15-9-1997, 9-6-1998, 10-7-1998, 30-1-1998 y 23-9-1998 - ha declarado por vía de principio que, en una sociedad democrática, determinadas restricciones a la libertad de expresión pueden ser legítimas y necesarias ante conductas que puedan incitar a la violencia o que puedan provocar especial impacto dentro de un contexto terrorista.

El legislador español, mediante la reforma del Código penal, a través de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, ha introducido un nuevo texto en el art. 578 para incluir el tipo que la Audiencia ha aplicado. Y el órgano constitucional competente para ello no ha declarado inconstitucional tal precepto. Por ende, aún reconociéndose la tensión entre el derecho a la libre expresión y el tipo del art. 578, la Audiencia no incidió en el quebrantamiento inconstitucional de derecho alguno al aplicar el art. 578, si ajustándose al relato fáctico que estima probado y que según hemos visto debe ser aceptado, ha efectuado una interpretación restrictiva del tipo penal.

OCTAVO.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim., se denuncia en el motivo sexto la vulneración del art. 578 C.P. en su aplicación.

Hemos de partir, conforme a lo hasta aquí expuesto, del *factum*.

El tipo en que la Audiencia ha subsumido el relato fáctico es el de enaltecimiento de un autor de delitos terroristas, con publicidad. Una de las modalidades delictivas comprendidas en el nuevo art. 578.

Argala fue autor de delitos terroristas, incluidos en los precedentes de los actuales artículos 571 y siguientes del Código Penal.

Y, aunque en la loa de Argala se incluyeran también otros motivos diferentes, el relato fáctico deja claro que estuvo inmersa en el elogio de la autoría -o participación- del ensalzado en delitos terroristas. Elogio desarrollado con la publicidad propia de una concentración al aire abierto. De los elementos objetivos, directamente acreditados, se infiere inequívocamente el "dolo específico" de exaltación de la figura terrorista.

Los hechos declarados probados, aún prescindiendo de los pasajes no explícitamente comprendidos en la pretensión acusatoria, fueron subsumidos en el art. 578 C.P. sin forzamiento exegético alguno del precepto.

NOVENO.- Debe declararse no haber lugar al recurso y, con arreglo al artículo 901 LECrim., ser impuestas las costas al recurrente.



III. FALLO

Que debemos declarar no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley y de precepto constitucional dirigido por Diego frente a la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en fecha 27/04/06 , en causa seguida al mismo por delito de enaltecimiento del terrorismo, con imposición al mencionado de las costas del recurso.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia a los efectos oportunos, 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 Juan Saavedra Ruiz Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Siro Francisco García Pérez

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

FONDO DOCUMENTAL CENJES