

En Madrid, a veintidós de julio de dos mil once.

Vistas por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en juicio oral y público, las presentes actuaciones registradas en esta Sala con el número de Rollo 14/09 y tramitadas por el Juzgado Central de Instrucción Núm. 4 de acuerdo a las normas del Procedimiento Abreviado con el número 365/05 con respecto al acusado:

- Arnaldo, nacido el 06/07 de 1958, en Eibar-Elgoibar (Guipúzcoa), con D.N.I. núm. ..., hijo de Ascensio y M^a Dolores, sin antecedentes penales computables, de ignorada solvencia, en situación de libertad provisional por esta causa de la que no ha sido privado, representado por la procuradora D^a. Ana Lobera Argüelles y defendido por la letrada D^a. Jone Goirizelaia Ordorika.

Han sido partes, además del citado, el Ministerio Fiscal representado por la Ilma. Sr^a. D^a Blanca Rodríguez García y las acusaciones populares siguientes:

A. Asociación Cultural y Social “Foro de Ermua”, representada por el procurador D. Gabriel de Diego Quevedo y defendida por el letrado D. Fernando García-Capelo Villalva.

B. Asociación “Dignidad y Justicia”, representada por el procurador D. Santos Gandarillas Carmona y defendida por la letrada D^a Vanesa Santiago Ramírez actuando como ponente la Ilma. Sra. D^a Carmen-Paloma González Pastor que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Central de Instrucción núm. 4, se incoaron Diligencias Previas 365/2005 como consecuencia de la querrela presentada el 15/11/2005 por la asociación “Foro de Ermua”, ejercitando la acción popular, por la presunta comisión de un delito de enaltecimiento del terrorismo por parte del citado acusado y otras personas ya enjuiciadas a raíz del homenaje rendido

el 09/07/2005, en la localidad de Amorebieta Zornotza, a Jose M^a, integrante de E.T.A. y condenado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, entre otros delitos, por asesinato terrorista; la citada querrela, admitida a trámite en auto de 26/12/2005, fue objeto de posterior ampliación, igualmente admitida.

De la misma manera, el 26/04/2007, La Asociación "Dignidad y Justicia", presentó, como acusación popular, querrela por los mismos hechos y contra las mismas personas, admitida en auto de 06/06/2007.

Practicadas las diligencias de instrucción que se estimaron pertinentes, se dictó el 13/11/2008, auto de transformación en Procedimiento Abreviado, en el que con fecha 01/07/2009, se acordó la apertura de juicio oral, con posterior traslado a las acusaciones pública y populares para la presentación de sus escritos de conclusiones provisionales que fueron entregados a la representación legal del acusado a los mismos efectos, de modo que evacuado el referido trámite, se remitieron a la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para la celebración del juicio que inicialmente fue señalado en enero de 2.010, y en el que recayó sentencia el 02/03/2010 frente a la que se interpuso recurso de casación, resuelto el 26/01/2011, que declaró la nulidad del juicio y de la sentencia ordenando la retroacción de las actuaciones a la fecha anterior al plenario para su repetición por un tribunal compuesto por magistrados distintos.

Devueltas las actuaciones, se procedió a formar nuevo tribunal de cuya composición se dio oportuno conocimiento a las partes personadas, igualmente se confirió trámite a las partes a los efectos de acotar las pruebas interesadas en sus anteriores escritos, procediéndose a señalar la nueva celebración del juicio para el 12 de julio.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos como constitutivos, para el ahora acusado, Arnaldo, de un delito de enaltecimiento del terrorismo de los artículos 578 y 579 del Código Penal, del que es autor de conformidad con el artículo 28 del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal del citado cuerpo legal, para el que solicitó la pena de 18 meses de prisión, inhabilitación absoluta durante 14 años y pago de las costas del juicio.

TERCERO.- La Asociación Social y Cultural “Foro de Ermua”, calificó definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando la imposición de una pena de dos años de prisión, inhabilitación absoluta durante 16 años y 6 meses y prohibición de acudir a Amorebieta durante el plazo de 5 años, sin perjuicio de las costas.

CUARTO.- La Asociación “Dignidad y Justicia”, calificó definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó la imposición de una pena de dos años de prisión, prohibición de residir o acudir a Amorebieta durante 5 años, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación absoluta durante 20 años y pago de las costas del juicio.

QUINTO.- La defensa del acusado, en idéntico trámite, calificó los hechos en disconformidad con las acusaciones presentadas, solicitando su libre absolución.

Hechos Probados: Y así expresamente se declara:

I. El acusado Arnaldo es mayor de edad y tiene antecedentes penales no computables en esta causa.

II. El 9 de julio de 2.005 tuvo lugar en la localidad de Amorebieta Sornotza, un acto para exigir la libertad de José María, quien llevaba 25 años ininterrumpidos en prisión.

José María fue ejecutoriamente condenado en la sentencia núm. 100/1981 de la Sección 1ª de la Audiencia Nacional, de fecha 19/06/1981 por delitos de asesinato frustrado, utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno y atentado a agente de la Autoridad.

También está condenado en la sentencia núm. 143/82 de la Sección 2ª de esta Audiencia, de fecha 04/12/1982, por delitos de asesinato, utilización ilegítima de vehículo de motor, lesiones menos graves, depósito de armas y tenencia de explosivos.

Todos estos delitos los cometió como miembro de la banda terrorista E.T.A., grupo organizado que usando armas, explosivos y otros medios comete delitos contra aquéllos que no comparten su proclamada finalidad de conseguir la independencia de "Euskal Herria".

TERCERO.- El acto, organizado a instancia de su familia y diversas entidades culturales y deportivas, fue apoyado por diversas organizaciones de la llamada izquierda abertzale, y en concreto, por Gestoras pro Amnistía.

Para su realización se solicitó el 20 de junio de 2.005 la pertinente autorización en escrito dirigido al Ayuntamiento de Amorebieta del tenor literal siguiente: "Que el próximo 8 de julio, el vecino de esta localidad, José María, cumplirá 25 años en prisión de forma ininterrumpida.

Que para denunciar esta bárbara situación, se han organizado en la localidad varios actos, entre los que se encuentran:

- 25 de junio: Rueda de prensa en la Plaza del Ayuntamiento a las 12 horas.

- 08 de julio: Concentración en la Plaza del Ayuntamiento de 19,30 a 20,00 horas.

- 09 de julio: Acto político a las 18,30 horas en el parque Zelaieta y posterior Manifestación".

El referido escrito, que finalizaba solicitando toma de luz en los lugares indicados, una vez autorizado, dio lugar a la colocación de una tarima, a modo de escenario, en el parque Zelaita.

CUARTO.- La celebración de dicho acto fue anunciado en el Diario "Gara" del día 7 de julio mediante carteles con el logotipo de Gestoras Pro-Amnistía con las leyendas "Konpondidearen Garaia Da Amnistia Eta Askatasuna" (Es el momento de la solución, amnistía y libertad) y "Nazio Homenaldia" (homenaje nacional). Dichos anuncios indicaban el día y hora de su celebración.

No consta que el acusado Arnaldo haya tenido intervención alguna en la preparación, contenido y publicación de dicho anuncio.

QUINTO.- Sobre las 19:30 horas del día 9 de julio de 2005 subió al estrado el acusado Arnaldo.

En dicho estrado se había instalado un cartel o mural con dos fotografías de José María, una de joven y otra contemporánea, alusivas a los 25 años, bajo lemas que exigían su libertad.

El acusado Arnaldo, tras hacer un símil del homenajeado con Nelson Mandela y del proceso de cambio en Sudáfrica con la situación del País Vasco, abogó por conseguir la democracia y la justicia en Euskal Herria.

CUARTO.- La celebración del acto fue seguido y recogido por diversos medios de comunicación escritos y audiovisuales.

Entre ellos fue recogido en la página www.jotakelahaine.org.

org del 08/07/2005 con el título "Homenaje a 25 años de lucha en las cárceles españolas" en cuyo encabezamiento se dice: "Gatza cumplirá 25 años secuestrado en las cárceles de exterminio del estado español. Con la figura de Gatza se pretende homenajear a todo el colectivo de presos políticos que se encuentran dispersados por todo el mundo".

No se ha acreditado relación alguna entre el acusado y la página web citada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados no constituyen el delito de enaltecimiento del terrorismo por el que se han formulado los escritos de acusación presentados.

SEGUNDO.- El objeto del proceso penal en el juicio oral lo delimitan los hechos y la calificación jurídica de los escritos de acusación y defensa, de modo que la sentencia, para ser congruente -so pena de nulidad- debe respetar esos límites; es decir, la sentencia tiene que resolver aquello que se le plantea por las partes, tanto fáctica como jurídicamente, pero sólo eso, ni más ni menos.

Como ya se expuso en los antecedentes de hecho, el procedimiento tuvo su inicio mediante querrela presentada por La Asociación Social y Cultural "Foro de Ermua" el 15/11/2005, (folio 4); en ella, al describir los hechos presuntamente constitutivos de delito de enaltecimiento se aludía a que en el discurso pronunciado por el acusado el 9 de julio de 2.005 en Amorebieta comparó, de una parte, al preso de ETA José María con Nelson Mandela; de otra, dice la querrela, llamaba a los terroristas de E.T.A. "luchadores vascos" y transcribió una parte del supuesto discurso en el que, en alusión a Nelson Mandela, dijo: (...) "primero le consideraban terrorista, luego interlocutor, después premio Nobel de la Paz y, al final, presidente de Sudáfrica" (...) "Este fue el recorrido de Mandela y ése será el de los luchadores vascos. Primero, terroristas a combatir y después interlocutores necesarios para, a través de una negociación, construir un pueblo con justicia y democracia." Estas frases no se corresponden con las que pronuncia el acusado en la grabación que se proyectó en la vista como prueba documental, cuya traducción obra en el rollo de sala, por lo que el tribunal no las ha considerado probadas, en contra de lo manifestado por los periodistas que depusieron como testigos en el plenario, dando prevalencia por la objetividad que representa a la propia audición grabada del discurso.

A la referida querrela se acompañó algunas reseñas periodísticas, entre ellas las del Diario Vasco (folios 18 y 19) en cuyo titular se dice: "Otegi dice que hay condiciones para que las mesas sean posibles" y otros dos ejemplares del Gara (folios 20, 21, 22 y 23), cuyos titulares son: "Amplio respaldo al preso más veterano" y " A José María le mantienen secuestrado basándose en una

política de venganza”, frases estas últimas no pronunciadas ni atribuibles al acusado, según la prueba practicada.

Más adelante, en el curso de las actuaciones, se incorporan otros titulares periodísticos en la misma línea.

En concreto, al folio 76, aparece la noticia en El Correo cuya información alude al acto con el siguiente titular: “Arnaldo destaca el papel de los presos para propiciar un nuevo escenario”.

En abril de 2007 (folio 514), se presentó una segunda querrela por La Asociación “Dignidad y Justicia” en la que, en términos prácticamente idénticos a la anterior, se atribuye al acusado la comparación del homenajeador con Nelson Mandela de quien se dice fue considerado terrorista, luego interlocutor, después Premio Nobel de la Paz y al final, Presidente de Sudáfrica, añadiendo el párrafo entrecomillado ya indicado.

A la citada querrela no se acompañó titular alguno periodístico ni el discurso pronunciado por el acusado.

Se llega así a la transformación de las Diligencias Previas iniciales en Procedimiento Abreviado y a que el 01/07/2009 se dictara el auto de apertura del juicio oral (folio 1.971, tomo V), dando traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las acusaciones populares para la presentación de sus respectivos escritos de acusación, interesando una de ellas, por primera vez, la traducción al castellano del referido discurso que se llevó a efecto en las sesiones de la celebración del anterior juicio oral, figurando a partir de entonces incorporada a las actuaciones.

Lo anterior ha motivado que los hechos objeto de acusación no se correspondan con el contenido del discurso utilizado como prueba, pues los tres escritos de acusación no fueron objeto de modificación alguna tras la visión de la grabación del acto y la lectura de la traducción del discurso.

Por imperativo de los principios de congruencia y acusatorio, el relato de hechos probados tiene que limitarse a extraer de los hechos imputados por las tres acusaciones en sus respectivos escritos lo que ha sido acreditado por la prueba practicada en la vista oral, sin adición o complemento alguno que altere los límites marcados por las partes.

Se da por probado, tras la audición del discurso y la práctica del resto de la prueba, que el acusado comparó al homenajeador con Nelson Mandela y la situación de Sudáfrica en aquellos tiempos con la actual de Euskadi pero de tales comparaciones no puede llegarse a la conclusión de la existencia del ilícito penal imputado, como se verá seguidamente.

En definitiva, se han excluido del hecho probado aquellas expresiones, frases o párrafos que no aparecen ni en la audición ni en ningún otro documento o medio de prueba aportado.

TERCERO.- Las sentencias del Tribunal Supremo de 26/02/2007, 23/09/2008 y 03/03/2010, entre otras, al glosar el tipo penal de enaltecimiento del terrorismo pormenorizan los requisitos de esta figura delictiva que se circunscriben a los siguientes:

1º- Acciones o palabras que enaltezcan o justifiquen el terrorismo; entendiéndose por enaltecer, elogiar, loar, o alabar los méritos de algo o de alguien y, por justificar, hacer aparecer como acciones lícitas y legítimas lo que, en realidad, no es más que un comportamiento criminal.

2º- El objeto del enaltecimiento puede recaer:

A)- Sobre las conductas definidas como delitos de terrorismo en los artículos 571 a 577.

B)- Sobre las personas que en ellos hayan participado.

3º- La acción puede realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión a terceros.

4º- Como elemento subjetivo del tipo, debe concurrir dolo tendencial.

En el caso que nos ocupa, la existencia o no del requisito de la alabanza o elogio, debe analizarse a tenor de la doble comparación que realiza el acusado en su discurso. De una parte, la que realizó entre Nelson Mandela y el preso homenajeado José María; de otra, la que hizo entre la anterior situación de Sudáfrica y la actual del País Vasco.

Ocurre que en los escritos de acusación presentados sólo aparecen las comparaciones apuntadas y no otras expresiones pronunciadas por el acusado. Y, de ellas, no puede llegarse a la conclusión de que el símil efectuado englobe y aglutine, por sí mismo, el requisito de la alabanza que exige el texto penal.

Tampoco, a la luz de los citados escritos, se deduce que el objeto del ensalzamiento sea la figura del preso de ETA, o los delitos por él cometidos, puesto que lo escueto de aquellos escritos -reducidos al desafortunado símil empleado-, no permite deducir que lo que pretendía el acusado fuera ensalzar las actividades terroristas de José María, sino sólo denunciar lo que consideró que era una legislación y una política penitenciaria injustas.

Por el contrario, sí concurren los otros dos requisitos, esto es, la presencia de un medio de expresión pública o difusión, y el elemento de carácter subjetivo, esto es, la existencia de dolo en el autor, es decir, la constancia por parte de quien realizó el discurso de que la estancia en prisión del homenajeado se debía a los delitos cometidos en su condición de pertenencia a la organización E.T.A.

CUARTO.- En definitiva, y como se extrae de la sentencia del Tribunal Supremo de 07 de febrero de 2011, a los efectos del cumplimiento del principio acusatorio, el tribunal debe extraer los hechos probados de entre aquellos que previamente han sido imputados y, sobre ellos, hacer la valoración jurídica que proceda.

Por otra parte, la aplicación del principio de in dubio pro reo, en atención a los textos acusatorios presentados, nos lleva conforme a nuestro criterio a no considerar tal acto como constitutivo del delito imputado. Por todo ello y conforme a las consideraciones anteriores, procede dictar sentencia absolutoria con declaración de oficio de las costas procesales al no apreciarse temeridad o mala fe en la acusación popular.

FALLAMOS

Debemos absolver y absolvemos a Arnaldo del delito de enaltecimiento del terrorismo del que había acusado, declarando de oficio de las costas del juicio.

Contra la presente resolución puede interponerse recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo que deberá prepararse en el plazo de cinco días a partir de la última notificación.

Así, por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Javier Gómez Bermúdez.- Carmen-Paloma González Pastor.- Nicolás Poveda Peñas.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Ilma. Sra. D^a Carmen-Paloma González Pastor, estando celebrando audiencia pública el día de su fecha. Doy fe.