

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 523/2011

*RECURSO CASACION N°:*122/2011

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Voto Particular

Procedencia: Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2ª

Fecha Sentencia: 30/05/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Maza Martín

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por: IAG

Enaltecimiento del terrorismo: características, fundamento, bien jurídico protegido, elementos. Inexistencia. Cuestionamiento por el Fiscal, que recurre, el relato de hechos probados por la vía del artº. 849. 1º LECr al considerar que incorpora un juicio de inferencia incorrecto. Insuficiencia del "factum" para la aplicación del artº. 578 C.P. VOTO PARTICULAR

Nº: 122/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Maza Martín

Vista: 18/05/2011

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 523/2011

Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar
D. José Manuel Maza Martín
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Luciano Varela Castro
D. Manuel Marchena Gómez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituída por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Mayo de dos mil once.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra sentencia dictada por la

Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2ª, que absolvió a Arnaldo Otegui Mondragón, Joseba Permach Martín y Joseba Álvarez Forcada del delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, siendo también parte el Ministerio Fiscal, como recurrente, y habiendo comparecido como recurridos Joseba Álvarez Forcada, representado por la Procuradora Sra. Lobera Argüelles, y Arnaldo Otegui Mondragón y Joseba Permach Martín, representados por el Procurador Sr. Cuevas Rivas.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción número 6 instruyó Procedimiento Abreviado con el número 454/2005 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda, que, con fecha 9 de Diciembre de 2010 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: “**ÚNICO.-** *El día 14-11-2001 tuvo lugar un acto político en el velódromo de Anoeta de San Sebastián, previamente convocado por Batasuna – partido político ilegalizado por S.T.S. de 27 de marzo de 2003, al que pertenecían los acusados- al objeto de presentar la nueva propuesta política de la llamada Izquierda Abertzale, denominada “Orain herria, orain bakea, gatazharen konpobiderado ekarpena”- “Ahora el pueblo, ahora la paz, aportación para la resolución del conflicto”, suscitando gran expectación en los medios de comunicación, en el transcurso del cual se proyectaron, entre otros eventos, en una pantalla gigante instalada en el recinto, una sucesión de imágenes entre las que, entre otras, se encontraban las de miembros de la banda terrorista ETA fallecidos, coreando gritos el público a favor de ETA, siendo identificados:*

Eustaquio Mendizábal Benito (Txikia)

Joseba Etxeberria Sagasturne

Jon Pagazatundua Isasi

Jose Luis Mondragón Elorza (Morico)

Javier Mendez Villada (Roke)

*Jon Urcelai Imaz
Iñaki Iparraguirre Aseginolaza (Iparra)
Iñaki Garai Legarreta
Blanca Saralegui Allende
Jesús María Markiegi Aiastui (Mutriku)
José Múgica Aiestaran (Beitza)
Antoni Campillo Alkorta
Juan Paredes Manot (Txiki)
Angel Otaegi Etxeberria*

(fallecidos entre 1973 y 1975 y por tanto con anterioridad a la promulgación de la ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistia)

Al finalizar, varios individuos encapuchados repartieron ejemplares de “Zutabe” (boletín interno de ETA).

En el acto participaron como orador Arnaldo Otegui y como asistentes al mismo Josefa Permach y Joseba Álvarez Forcada quien alquilo el local para ello, sin que quede acreditado su conocimiento en cuanto a la proyección de las imágenes y reparto de los “Zutabe”.”[sic]

SEGUNDO.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: “FALLAMOS: *Que debemos **absolver** y **absolvemos** a **ARNALDO OTEGUI MONDRAGÓN, JOSEBA PERMACH MARTIN Y JOSEBA ÁLVAREZ FORCADA** de los delitos por los que venían siendo acusados, con declaración de oficio de las costas procesales.*

*Acordamos el alzamiento de cuantas medidas cautelares existan contra **ARNALDO OTEGUI MONDRAGÓN, JOSEBA PERMACH MARTIN Y JOSEBA ÁLVAREZ FORCADA**, en el presente procedimiento.*

Notifíquese la presente Sentencia a las Partes, haciéndoles saber que no es firme, ya que contra la misma pueden interponerse recurso de casación para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente al de la última notificación practicada de la presente resolución.”[sic]

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta

Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por el **Ministerio Fiscal** se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

ÚNICO.- Por infracción de ley al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del artº. 28 del Código Penal, en relación con el artº. 578 del mismo cuerpo legal.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, los Procuradores Sra. Lobera Argüelles y Sr. Cuevas Rivas, por escritos de fecha 15 y 28 de Febrero de 2011, respectivamente, lo impugnaron; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la vista prevenida el día 18 de Mayo de 2011, habiendo comparecido los Letrados Jone Goirizelaia Ordorika, en defensa de Arnaldo Otegui y Joseba Pernach, y Francisco Ignacio Irun Sanz, en defensa de Joseba Álvarez.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de instancia, que absolvía a los acusados del delito de enaltecimiento del terrorismo, insiste, en un Único motivo, en la pretensión de condena por la comisión del referido delito del artículo 578 del Código Penal, con apoyo en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del referido precepto.

Utiliza, por consiguiente, el Ministerio Público la referida vía del artículo 849.1º de la Ley Procesal, es decir, la de la infracción de Ley por indebida inaplicación del precepto sustantivo de referencia, apoyándose en una reiterada doctrina que admite un planteamiento semejante, como alternativa a la denuncia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 852 LECr en relación con el 24.1 CE), cuando en la narración de los hechos contenida en la Resolución de instancia se introduce un juicio de inferencia que, obviamente, resultaría más

propio de la Fundamentación Jurídica aplicable a la explicación del por qué el Juzgador alcanza una determinada conclusión fáctica como la que, en el presente supuesto, conduce a la absolución de los acusados, según la tesis de la Audiencia, al afirmar que no queda acreditado el conocimiento de éstos acerca de la proyección de las imágenes de antiguos miembros de la organización ETA, todos ellos fallecidos con anterioridad a la Ley de amnistía de 15 de Octubre de 1977, así como respecto de la distribución por parte de unos encapuchados del boletín interno de esa banda (“Zutabe”), hechos que se produjeron en el transcurso del acto público al que asistieron tanto Arnaldo Otegui, como “*orador*”, como Joseba Permach y Joseba Álvarez Forcada, como meros “*asistentes*”, según el referido “*factum*”, aunque a este último también se le atribuye, en el Fundamento Jurídico Segundo de la recurrida, “...*ser el firmante del contrato de arrendamiento del local donde se desarrolló el mismo...*”

Semejante planteamiento que, como decimos, es cierto que ha sido reiteradamente admitido, tanto por esta Sala (SsTS de 8 de Mayo de 1996 o 16 de Julio de 1997, por ej.) como por el propio Tribunal Constitucional (STC de 20 de Junio de 2005, entre otras), puede llegar a resultar discutible, puesto que supone en definitiva un cuestionamiento del relato fáctico fuera de la vía del error de hecho contemplada en el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, máxime en un caso como el presente en el que la pretensión del Fiscal no se está refiriendo en realidad, contra lo que en el Recurso se afirma, a un dato que pertenezca al ámbito interno de la subjetividad del acusado, como por ejemplo lo sería la identificación del concreto ánimo o intención que le movió a actuar como lo hizo, que, al no poder ser lógicamente acreditado en modo alguno por otra prueba que no fuere la del juicio de inferencia construido sobre indicios, tan sólo cuestionando éste es susceptible de ser combatido dentro del análisis de la lógica de su elaboración, sino a extremo tan objetivo como el del conocimiento o no de unas determinadas circunstancias que, obviamente sí que puede afirmarse, y discutirse, en el ámbito del análisis de las pruebas directas (testificales) de las que dispuso y tuvo en cuenta la Audiencia para sostener lo afirmado en cuanto al desconocimiento por los acusados de la proyección de las fotos de los etarras y del reparto del boletín de la banda en el acto público en el que participaron.

A pesar de lo cual, con ánimo de dar la más cumplida respuesta al Recurso que analizamos, examinaremos en primer lugar si esa afirmación de la

Audiencia, respecto de la referida ignorancia por parte de los acusados de los extremos que según el Fiscal pudieran justificar su condena como autores de un delito de enaltecimiento, responde de manera razonable a una prueba suficiente y, caso de ser así, si, a pesar de todo, su conducta merece ser calificada como delictiva.

SEGUNDO.- Así, en cuanto a la primera de tales cuestiones, hemos de concluir en la razonabilidad de la conclusión alcanzada el Tribunal "a quo", a partir de las pruebas de las que dispuso.

En efecto, en la Resolución recurrida se nos explica cómo “...no queda acreditado ningún “acto material” o acuerdo de voluntades” por parte de los acusados... ..tendente a diseñar o programar el acto político celebrado en el velódromo de Anoeta y por tanto quedándonos serias dudas de que se encargaran realmente de su escenificación, no teniendo, por tanto, la certeza suficiente que fueran ellos quienes ordenaran la exhibición de las imágenes – entre las cuales se encontraban miembros de ETA fallecidos entre 1973 y 1975- y reparto de “zutabe”...”

Llegando los Jueces "a quibus" a tal convencimiento o, al menos, “falta de certeza”, a partir no sólo de las propias declaraciones de los acusados, que negaron de forma expresa conocer previamente a la celebración del acto la planificación del mismo y, en concreto, la repetida exhibición fotográfica y el reparto del boletín, “...no siendo su finalidad homenajear a ETA y siendo su único objetivo presentar una propuesta de paz”, sino también de las declaraciones de testigos como Sergio Lezcano o Jesús Barreiro, trabajador de la empresa que organizó dicho acto y gerente del Patronato Municipal de Deportes propietario del local en el que se celebró respectivamente, que negaron cualquier intervención de los acusados en el diseño y planificación del mismo, e, incluso, de lo manifestado por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado que, en sus declaraciones ante el Tribunal y, con anterioridad, en los informes aportados a la causa, no aportaron más datos que el relato de lo acontecido, pero sin acreditar la vinculación personal de los acusados con los actos de ensalzamiento, más allá de la presencia en el mitin de Permach y Álvarez y la intervención, como orador, de Otegui.

Recordemos además, a este respecto, que el evento había sido anunciado, según el propio relato de hechos de la recurrida, como presentación “...de la nueva propuesta política de la llamada Izquierda Abertzale, denominada “Orain herria, orain bakea, gatazkarenkonpobiderado ekarpena”, “Ahora el pueblo, ahora la paz, aportación para la resolución del conflicto.”

Por todo ello, en modo alguno podemos corregir aquí el criterio seguido por la Audiencia que no resulta irracional o ilógico, ni apoyado en un material probatorio insuficiente o ineficaz pues, en definitiva, la Acusación, que es a quien obviamente correspondía la acreditación de los extremos que pudieran afirmar la responsabilidad penal de los acusados respecto de las acciones de ensalzamiento de la banda terrorista o de sus miembros que pasaba, como a continuación veremos, por su participación activa en la programación de éstas o por la ejecución de actos de carácter positivo en el curso de la concentración, no ha aportado las pruebas necesarias para ello.

TERCERO.- Una vez dicho lo anterior, pasemos ahora a comprobar, por seguir progresando en nuestro análisis, si lo acontecido, tal como se describe en la narración fáctica del Tribunal “a quo”, incluso suprimiendo la referencia a la falta de conocimiento por los acusados de los actos de enaltecimiento de la banda terrorista que iban a llevarse a cabo, que el Ministerio Público cuestiona, supone la comisión por parte de éstos del ilícito objeto de acusación.

Y todo ello partiendo de que no cabe duda, en efecto, de que el hecho de que se proyectasen fotografías de antiguos miembros de la organización criminal “coreando gritos el público a favor de ETA”, sí que podría calificarse de ensalzamiento de dicha banda, de acuerdo con la doctrina de esta Sala elaborada al respecto, aunque no sea fácil predicar otro tanto en relación con la distribución de los boletines internos que, más bien, podría considerarse como colaboración con aquella, auxiliándola a difundir sus ideas y mensajes, delito considerablemente más grave que el que aquí se analiza (art. 576 CP) y que no ha sido objeto de acusación.

En tal sentido hay que recordar, de entre los numerosísimos pronunciamientos de esta Sala en relación con la materia que nos ocupa (SsTS de 21 de Diciembre de 2004, 26 de Febrero, 20 de Junio y 17 de Julio de 2007, 23 de Septiembre de 2008, 5 de Junio de 2008, 5 de Junio y 21 de Diciembre de 2009, 3

de Marzo y 2 de Junio de 2010 o las recientísimas de 2 de Febrero y Abril de 2011), lo siguiente:

25 de

- Que *el delito de enaltecimiento*, que se contiene en el artículo 578 del Código Penal, redactado conforme a la LO 7/2000, de 22 de Diciembre, supone la inclusión de una actividad, como el enaltecimiento, en relación con figuras delictivas, las comprendidas en los artículos 571 a 577 y de quienes hayan participado en su ejecución, tipos, todos ellos, incluidos dentro del Capítulo dedicado a las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo, comprendiendo la promoción y constitución de organizaciones terroristas, los delitos de estragos, depósitos de armas, municiones y explosivos, delitos cometidos con la finalidad de subvertir el orden constitucional, lo que se denomina como atentados contra el patrimonio, actos de colaboración activa, como la recaudación de fondos o financiación, e incluso los que, sin pertenecer a organización terrorista realicen actos encaminados a atemorizar a miembros de una población o de un colectivo social, político o profesional.

- Que, por lo que se refiere al *bien jurídico protegido* por este delito, la propia Exposición de Motivos de la Ley 7/2000 nos ofrece un criterio negativo y otro positivo para su determinación, cuando dice que "*...No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que estas se aleguen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional....*", sino que consiste en algo "*... tan sencillo como perseguir la exaltación de métodos terroristas....*", realizada mediante actos "*...que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal....*" (Vid. STEDH de 15 de Marzo de 2011, caso "Otegui Mondragón vs Espagne").

Ni consiste tampoco en modo alguno, por tanto, en una simple criminalización de opiniones discrepantes, ni el fundamento y el bien jurídico protegido en este caso es la defensa de la superioridad de ideas contrarias a aquellas que animan a esta clase de delincuentes, sino que, muy al contrario, la finalidad de la tipificación de tales conductas es combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, abortando toda clase de justificación y apoyo para lo que no son sino cumplidos atentados contra la significación más profunda del propio sistema democrático.

De esta manera el bien jurídico protegido y el fundamento de este tipo, estaría en la interdicción de lo que el TEDH -SSTEDH de 8 de julio de 1999, Sürek vs Turquía, 4 de diciembre de 2003, Müslüm vs Turquía -y también nuestro Tribunal Constitucional STC 235/2007 de 7 de noviembre- califica como el discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrorizamiento colectivo como medio de conseguir esas finalidades.

- Que los *elementos* que integran esta infracción son los siguientes:

1º La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal.

2º El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:

a) Cualquiera de las **conductas** definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577.

b) Cualquiera de las **personas** que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o a varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

3º Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser un periódico o un acto público con numerosa concurrencia.

-Que se trata de una figura delictiva consistente siempre en un *comportamiento activo*, excluyendo por tanto la comisión por omisión, tanto propia como impropia, siendo además un delito de mera actividad y carente de resultado material y de naturaleza esencialmente dolosa o intencional.

-Que, además, ostenta una *sustantividad propia* respecto de la apología contemplada en el artículo 18 del Código Penal, aunque no se puede desconocer que el enaltecimiento es una forma específica de la apología.

En tal sentido, la apología del art. 18, de acuerdo con el propio tenor del tipo, exige una invitación directa a cometer un delito concreto, y solo entonces será punible, y lo mismo puede predicarse del art. 579 CP que se refiere a la provocación, conspiración y proposición.

Por el contrario, el enaltecimiento/justificación del art. 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los efectuaron.

En apoyo de esta teoría de la sustantividad de esta específica apología "in genere", operaría el argumento de que su respuesta punitiva es también autónoma e independiente -prisión de uno o dos años-, frente a las apologías" clásicas de los arts. 18 y 579 en las que la pena lo es por referencia a la que corresponda al delito a cuya ejecución se incita -pena inferior en uno o dos grados-.

La propia Exposición de Motivos de la Ley apunta en esta dirección cuando se dice que "*...las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el art. 18 del CP.*"

-Que, así mismo, no debe confundirse este delito de *enaltecimiento o justificación*, que es por el que aquí se acusa, con el de realización de actos con el propósito de "*desacreditar, menospreciar o humillar*" a las víctimas del terrorismo, modalidad alternativa y completamente independiente aunque contemplada en el mismo precepto, que exige un dolo específico o ánimo directo, de desprestigiar o rebajar la dignidad de las víctimas, cuya comisión no puede consistir en la ejecución de actos que, teniendo una finalidad específica distinta, de alguna manera y de forma indirecta, puedan producir dolor o desasosiego en las víctimas o sus familiares, cuyo sosiego y paz merece la consideración de bien

jurídico protegido específico en esta concreta figura penal distinta de la del enaltecimiento.

CUARTO.- Pues bien, el Fiscal, con tan meritorio esfuerzo como honestidad intelectual al reconocer lo “angosto” del cauce a través del que interpone este Recurso, comienza justificando, con cita de abundante doctrina tanto jurisprudencial como constitucional, la utilización de la vía del artículo 849.1º, la de la infracción de Ley, para acceder a su pretensión condenatoria, lo que en este caso, como ya se dijo antes, resulta algo forzado, no sólo por encontrarnos ante la solicitud de revocación de un pronunciamiento absolutorio sino porque no nos hallamos en realidad frente a un juicio de inferencia construido sobre indicios, por mucho que la Audiencia de forma impropia haga en algún momento referencia a ello, toda vez que el objeto de acreditación consiste en un extremo de la realidad objetiva, como lo es la ignorancia o el conocimiento previo por parte de los acusados de unas determinadas circunstancias que iban a acontecer en el acto público al que asistirían y que supondrían el enaltecimiento de la banda terrorista ETA, y no algo propio de la esfera interna del sujeto (el ánimo o la intención perseguida con la acción ejecutada, por ejemplo), lo que hace posible alcanzar la convicción fáctica a través de pruebas directas tales como las testificales sometidas a valoración por el Juzgador de instancia.

El Ministerio Público nos dirá que estamos ante la inferencia relativa a elementos internos tales como “...*la asunción y conocimiento por parte de los acusados de la dimensión de homenaje a algunos miembros de ETA en lo que derivó alguna parte del acto organizado...*” (sic), pero ello no es exactamente así, ya que no se ha producido conclusión alguna acerca de la referida “*asunción*” por parte de los acusados del carácter del acto a celebrar, que sí que supondría la afirmación de un dato subjetivo e interno precisado de acreditación por vía de inferencia, ya que lo que se niega por la Audiencia es algo previo y, como ya se ha repetido, objetivo y externo, cual el conocimiento o no de la naturaleza del acto público a celebrar y de su planificación como escenario para el enaltecimiento de delincuentes terroristas.

Y así nos encontramos con que la Audiencia considera como no acreditado ese conocimiento a partir de la valoración efectuada respecto de pruebas de carácter personal, como las declaraciones vertidas en el acto del Juicio oral por

los propios acusados y por los testigos, tanto de la acusación como de la defensa, que le suscitan, con base en los lógicos argumentos expuestos en su Resolución, la duda suficiente impeditiva de la certeza necesaria, acerca de la concurrencia de semejante elemento supuestamente incriminatorio.

Medios probatorios los analizados que además, por su carácter estrictamente personal, atribuyen la soberanía de su valoración exclusivamente al órgano de instancia que los presenció y practicó con inmediatez, sin que este Tribunal pueda, obviamente, sin ese privilegio, entrar a valorarlos de nuevo y, menos aún si cabe, para transformar con base en ellos una conclusión inicialmente absolutoria en pronunciamiento condenatorio.

QUINTO.- Dicho lo anterior, reseñemos también cómo el Ministerio Público nos plantea, en el apartado d) de los Fundamentos de su escrito de Recurso y bajo el significativo epígrafe “*bases para una inferencia diferente*”, una serie de datos, tales como el carácter de “*dirigentes cualificados*” de la organización convocante que ostentaban los acusados, su participación “*de manera activa*” en los preparativos del acto, la intervención como “*introducción del acto*” de Permach, la actuación de Álvarez alquilando el velódromo a través de un tercero y explicando previamente a los medios de comunicación cómo se iba a desarrollar el mitin (evidentemente sin hacer referencia a la planificación de actos de enaltecimiento), las palabras de Otegui en su discurso relativas al “*homenaje a los compañeros caídos*”, el contexto de la proyección fotográfica en el que tales palabras se vierten, así como la gran afluencia de público y la repercusión mediática de la celebración, hechos que no son mencionados en ningún momento en el “*factum*” de la recurrida y la mayor parte de ellos ni tan siquiera en la ulterior Fundamentación Jurídica.

Motivo por el cual el recurrente interesa que acudamos a la facultad que nos otorga el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para tomar conocimiento directo de las pruebas obrantes en las actuaciones, con la finalidad de comprobar lo acreditado de sus afirmaciones.

Pero, como es de sobra sabido, semejante posibilidad, que el propio precepto citado restringe tan sólo al auxilio necesario “*...para la mejor comprensión de los hechos relatados en la resolución recurrida...*”, nunca para

fundar de ese modo una nueva conclusión probatoria, menos aún puede ser utilizada para obtener, a partir de esa instrucción novedosa, la convicción necesaria para mutar en pronunciamiento condenatorio la absolución declarada en la instancia (STS 28 de Mayo de 2010, verbigracia). Y todo ello en el seno de un motivo formulado por infracción de ley, con apoyo en el art. 849. 1º de la Ley de procedimiento.

Reconoce empero el propio Fiscal en este mismo apartado de su Recurso, haciendo gala de nuevo de su exquisita imparcialidad, otros extremos sin duda relevantes como, por ejemplo, el hecho de que “...*ni ha sostenido en ningún momento, que el objetivo único, exclusivo y excluyente del acto fuese ese enaltecimiento de terroristas o de una banda. En absoluto. Ni siquiera era su finalidad prioritaria...*” pues “*Se acepta que era un contenido marginal, totalmente supeditado al esencial consistente en la legítima exposición de una nueva propuesta política*”. Aunque a continuación sostenga que esa finalidad lícita no resulta incompatible con el delito de ensalzamiento del terrorismo.

De modo que, llegados a este punto, ya podemos afirmar, junto a las propias dificultades para admitir, en este concreto supuesto al menos, la viabilidad del motivo por infracción de Ley para corregir una conclusión probatoria que en realidad no deriva de un juicio de inferencia, sino directamente de la valoración de unas pruebas de carácter personal, la completa imposibilidad para alcanzar una conclusión, alternativa y distinta de la de la Audiencia, a partir de unas “*bases*” fácticas que sólo podrían ser conocidas por nosotros si procediéramos al examen minucioso y original de las pruebas obrantes en las actuaciones, tarea que, obviamente, le está vedada a un Tribunal de Casación.

SEXTO.- Pero, por si todo lo anterior no fuera aún suficiente para la desestimación del Recurso, hay que decir así mismo que incluso si se acogieran algunas de las tesis que en él se sostienen, tanto si se suprime la frase recogida entre los hechos probados de la Resolución de instancia en la que se afirma que no ha quedado acreditado el conocimiento por parte de los acusados “...*en cuanto a la proyección de las imágenes y reparto de los “Zutabe”*”, como, yendo aún más allá, llegando a afirmar que sí que tenían ese conocimiento, seguiría sin concurrir la figura delictiva de referencia.

En efecto, si prescindieramos de la referida frase nos encontraríamos con un relato de hechos en los que tan sólo se precisa que Permach y Álvarez participaron como meros “*asistentes*”, sin ninguna otra intervención, en el repetido acto del velódromo, atribuyéndose a Otegui la presencia en el mismo como orador, sin mayor concreción fáctica acerca del contenido de su discurso, si bien en el Fundamento Jurídico Segundo, “*in fine*”, se aclara al respecto que “*...en el mismo sólo se trata de la conveniencia y la necesidad de un proceso de diálogo y negociación para la resolución del conflicto de manera pacífica y democrática, todo ello con ausencia de “acciones y palabras de enaltecimiento o justificación del terrorismo de ETA o alabanza de sus miembros”.*”

Y como ya sabemos además, y el propio Fiscal afirma en su Recurso, el delito invocado “*...exige una conducta activa y no cabe su comisión por omisión.*”

De modo que para que pudiéramos contar con una descripción fáctica que integrase los elementos precisos para su calificación como delito del artículo 578 del Código Penal resultaría imprescindible confeccionar una completa versión de lo acontecido, novedosa en lo esencial, que incorporase en qué consistieron las acciones de naturaleza positiva realizadas por los acusados en enaltecimiento o justificación del terrorismo, lo que, obviamente, no entra dentro de las posibilidades de un Tribunal de Casación, porque con el relato incluido en la recurrida, incluso tras la supresión de la referida expresión acerca del desconocimiento por parte de los acusados de los hechos que iban a producirse en el acto al que asistieron, nos encontraríamos aún con una carencia fáctica que imposibilitaría la conclusión condenatoria.

Y, finalmente, extremando más nuestro razonar, aún si nos estuviera dado poder invertir el denominado “juicio de inferencia” realizado por la Sala “*a quo*”, en el sentido de llegar a afirmar expresamente que Otegui, Permach y Álvarez eran conocedores de que en el acto al que asistían se iban a exhibir fotografías de miembros de ETA que provocarían gritos de apoyo por parte del público, también en este supuesto, resultaría imposible encuadrar su conducta, tal como quedaría relatada a partir del “*factum*” así confeccionado, en el tipo penal referido, puesto que, citando nuevamente los razonamientos incluidos en el Recurso del Fiscal, “*...permanecer pasivos, o incluso exteriorizar cierta*

complacencia o no mostrar expresamente un rechazo pese a tener un cierto papel protagonista en el acto en que aparecen esas incidencias no es delito. No pretende ni ha pretendido el Fiscal nunca lo contrario.”

Razones todas ellas por las que procede, en definitiva, la desestimación del Único motivo de casación formulado y, con ella, la del Recurso en su integridad.

SÉPTIMO.- A la vista del contenido desestimatorio de la presente Sentencia, siendo recurrente el Ministerio Fiscal, deben ser declaradas de oficio las costas ocasionadas por este Recurso.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

III. FALLO

No haber lugar al Recurso de Casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el 9 de Diciembre de 2010, que absolvió a los acusados, Arnaldo Otegui Mondragón, Joseba Permach Martín y Joseba Álvarez Forcada, del delito de ensalzamiento del terrorismo del que venían siendo acusados en las presentes actuaciones.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en el presente Recurso.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Julián Sánchez Melgar José Manuel Maza Martín Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Luciano Varela Castro Manuel Marchena Gómez

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. MANUEL MARCHENA GÓMEZ, AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. D. JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR, RESPECTO DE LA STS 523/2011, 30 DE MAYO, RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 122/2011.

1.- Mi discrepancia con el criterio de mis compañeros de Sala se refiere a la absolución del acusado Arnaldo Otegui Mondragón como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo. En mi opinión, el recurso de la Fiscalía General del Estado tendría que haber sido parcialmente estimado, casando y anulando la sentencia de la Audiencia Nacional y declarando que aquél es autor de un delito previsto en el art. 578 del CP.

2.- El control casacional de los juicios de inferencia referidos al conocimiento y voluntad de los acusados, constituye el primero de los problemas suscitados por el Ministerio Fiscal en su recurso.

A) La sentencia de instancia describe que el día 14 de noviembre de 2004 tuvo lugar un acto político en el Velódromo de Anoeta, convocado por *Batasuna*, formación política ilegalizada por sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de marzo de 2003. Durante la celebración del referido encuentro: a) se proyectó en una pantalla de grandes dimensiones instalada en el recinto una sucesión de imágenes, entre las que se encontraban distintos miembros ya fallecidos de la banda terrorista; b) el público coreó gritos a favor de ETA; c) varios individuos encapuchados repartieron ejemplares de *Zutabe*, boletín interno de ETA.

Los Jueces de instancia absolvieron a Arnaldo Otegui y a los otros dos imputados con fundamento en la siguiente afirmación que se contiene en el hecho probado: “...en el acto participaron como orador Arnaldo Otegui y como asistentes al mismo Joseba Permach y Joseba Álvarez Forcada quien alquiló el local para ello, sin que quede acreditado su conocimiento en cuanto a la proyección de las imágenes y reparto de los <Zutabe>”.

La equívoca y confusa redacción de ese párrafo sugiere una doble reflexión. De una parte, da la impresión de que su sintaxis sólo excluye del

conocimiento de los actos de exaltación al imputado Joseba Álvarez. Pero, al margen de ese desliz, no resulta fácil precisar a qué se refiere la Audiencia Nacional cuando excepciona a Arnaldo Otegui y los otros dos acusados del conocimiento “*en cuanto a la proyección de imágenes y reparto de los <Zutabe>*”. Y es que mal puede el principal protagonista político del encuentro de Anoeta desconocer la naturaleza laudatoria del acto que se está desarrollando en su presencia y que él mismo está liderando. Quizás la Audiencia quiso afirmar ese desconocimiento respecto de la programación previa del acto. Lo cierto es que, cualquiera de esas dos inferencias choca frontalmente con la secuencia fáctica que el Tribunal *a quo proclama*.

B) No albergó ninguna duda acerca de que la voluntad con la que un hecho se ejecuta forma parte también del hecho mismo. Lo que, por lo demás, es congruente con una concepción finalista del delito en el que la acción es vidente, encerrando en sí la carga de la propia voluntad y superando concepciones causalistas más tradicionales en las que la ruptura entre el plano objetivo y subjetivo del delito era elemento definitorio de su estructura analítica. La conducta humana no es neutra y la intención del agente no puede desgajarse de la acción para ser luego artificialmente analizada en el momento del examen de la culpabilidad.

Considero, además, que las cuestiones relativas al conocimiento o a la voluntad, en la medida en que se refieren a realidades que no son sensitivamente perceptibles, sólo pueden ser proclamadas mediante un juicio de inferencia formulado a partir de datos objetivos puestos de manifiesto por la actividad probatoria de las partes.

También entiendo que la expresión *juicio de valor*, tan frecuentemente empleada para designar las inferencias obtenidas a partir de datos objetivos, está siendo necesitada de algunos matices. La noción jurisprudencial de juicio de valor - equiparada por esta misma Sala a la de juicio de inferencia- aporta una extraordinaria utilidad en el ámbito casacional. Sin embargo, dista mucho de identificarse con su genuina significación filosófica. Desde esta perspectiva, el juicio de valor no puede ser aprehendido por el conocimiento intelectual, sino por una especial forma de experiencia de carácter emocional. El juicio de valor no es sino una proposición que atribuye a una realidad la cualidad de ser valiosa. De ahí que no exista identidad, pese a la familiaridad con la que la expresión juicio de

valor es continuamente invocada, entre la concepción filosófica y la jurisprudencial.

Afirmar la voluntad del acusado a partir de la actividad probatoria desplegada es, en realidad, un juicio formulado con arreglo a la conciencia empírica, no la conciencia normativa a la que pertenecen los valores. Cuando el órgano decisorio de instancia, después de valorar los elementos objetivos, atribuye al acusado una determinada voluntad, no está formulando un juicio de valor, sino una inferencia. Se trata, en fin, de proclamar el querer como verdadero hecho. De acuerdo con esta idea, afirmar el animus del agente no encierra una proposición valorativa, sino simplemente asertiva, mediante la que se afirma un hecho.

C) Por todas estas razones, la definición de un mecanismo jurídico de control casacional de las inferencias mediante las que se proclaman aspectos subjetivos de la acción no es, desde luego, tarea fácil.

Nuestra jurisprudencia, no sin algunas excepciones, ha venido reiterando que el art. 849.1 de la LECrim ofrece una vía casacional adecuada para la impugnación de esos juicios de inferencia referidos al aspecto intelectual y volitivo de la conducta del agente.

Y esta solución, desde luego, cuenta con el aval de la jurisprudencia constitucional. Las SSTC 91/2009; 20 de abril; 328/2006, de 20 de noviembre y 170/2005, 20 de junio, son elocuentes muestras de la legitimidad constitucional de este criterio.

En efecto, la STC 91/2009, 20 de abril, abordó la cuestión que nos ocupa en los siguientes términos: *“...al igual que en el supuesto resuelto por la STC 328/2006, de 20 de noviembre, en el fondo del citado argumento late de modo implícito la oposición por parte del recurrente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la naturaleza fáctica o jurídica de los elementos subjetivos del hecho punible y, con ello, acerca del alcance revisor del concreto cauce casacional recogido en el artículo 849.1 LECrim, habiendo asumido la Sala Segunda de modo reiterado que el análisis de los elementos subjetivos parte de una valoración jurídica, y que dichos hechos pueden, por tanto, ser revisados en casación. <Mas tal discordancia -continúa afirmando la citada STC 328/2006, remitiéndose al*

ATC 332/1984, de 6 de junio, FJ 3- no alcanza relieve constitucional cuando, como en este caso, el método inductivo se utiliza para apreciar los elementos anímicos e ideales, el móvil y la intención que guió a las personas, que es de imposible apreciación directa o aislada> (FJ 3). A ello añade otra consideración plenamente aplicable al presente caso: a lo señalado no obsta que el Tribunal de casación corrigiera la estructura de la sentencia de instancia y excluyera de su relato fáctico los juicios de valor sobre el conocimiento por parte del demandante de la antijuridicidad de su conducta, que habían sido en él incluidos ... Tal reestructuración de la sentencia no supone una modificación de los hechos probados, sino la revisión de los juicios de inferencia realizados a partir de los mismos, los cuales pueden ser corregidos a través del cauce establecido en el art. 849.1 LECrim conforme a una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que, como hemos expuesto, en tanto no desborda los límites de la simple interpretación de sus propias competencias, no nos corresponde enjuiciar por carecer de relieve constitucional (FJ 3)”. En definitiva –sigue razonando el Tribunal Constitucional– “...aplicando al supuesto que nos ocupa el citado precedente, podemos rechazar esta primera vertiente del motivo de amparo que estamos analizando, concluyendo que el enjuiciamiento por parte del Tribunal Supremo (...) de la presencia de los elementos subjetivos exigidos por los tipos penales aplicados (...) no supone una extralimitación de las facultades revisoras de la casación penal ni, por tanto, ha existido infracción de las garantías del procedimiento”

Con la misma línea argumental, la SSTC 328/2006, 20 de noviembre, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo promovido contra una sentencia del Tribunal Supremo que había casado una sentencia absolutoria de instancia, basándose en la equivocada inferencia a la que habían llegado los Jueces de la Audiencia. Éstos habían deducido una falta de representación de posibilidades futuras en el acusado, deducción que el Tribunal Supremo sustituyó por la contraria sin oír sus declaraciones y, además, por la vía del *error iuris* que ofrece el art. 849.1 de la LECrim. En términos similares, la STC 170/2005, 20 de junio, proclamó que la actuación del órgano de casación no ha supuesto “...una revisión de los hechos probados, sino que se ha limitado a rectificar la inferencia realizada por el Tribunal de instancia, a partir de unos hechos base objetivados documentalmente –el contenido de las escrituras y la intervención notarial en ellas- que ambos órganos judiciales dan por acreditados. Se trata de una cuestión de estricta valoración jurídica, que fue sometida a contradicción en el recurso de

casación y que podría resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que para garantizar un juicio justo fuera necesaria, como se propone en la demanda, la reproducción del debate público y la inmediación”.

D) Esa vía impugnativa que ofrece el art. 849.1 de la LECrim, cuya extendida práctica cuenta con el expreso respaldo del Tribunal Constitucional, coexiste con la cobertura que proporcionan los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, Y es que la proclamación por el órgano decisorio de un elemento tendencial totalmente desvinculado del resultado de la actividad probatoria desarrollada durante el juicio oral, no puede reputarse extraña al contenido material del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Del mismo modo, la extravagante proclamación de inferencias, en desorden estructural con lo que aportan los hechos objetivos acreditados, puede implicar una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Es posible que la evolución de la jurisprudencia del TEDH –también con llamativas oscilaciones, entre las que no faltan sentencias que convalidan el criterio de nuestra jurisprudencia más tradicional- aconseje en el futuro cerrar de modo definitivo el debate acerca de si la voluntad forma parte del hecho o, por el contrario, es el desenlace de un razonamiento jurídico. En el apartado 2.b) de este mismo voto particular, ya he expresado cuál es mi criterio al respecto

Sin embargo, en el actual estado de cosas, no veo razón alguna para apartarnos de la vigente jurisprudencia de esta Sala (cfr., por todas, SSTS 85/2010, 11 de febrero y 922/2009, 30 de septiembre) y de la emanada del Tribunal Constitucional, ya apuntada *supra*. De ahí que postule el acogimiento del criterio del Ministerio Fiscal, favorable a la revisión de la inferencia mediante la que la Audiencia Nacional afirmó el desconocimiento por parte de Arnaldo Otegui de los actos de enaltecimiento que se desarrollaron en el encuentro político en el que intervino como principal orador.

3.- A mi juicio, Arnaldo Otegui no puede ser considerado un tercero ajeno a los acontecimientos desarrollados en el velódromo de Anoeta. Acaso convenga dejar bien claro –también lo expresa el Ministerio Fiscal en su recurso- que el fundamento de la condena del principal acusado nada tiene que ver con una ideología. De hecho, comparto la afirmación de la sentencia de instancia de que el

delito de enaltecimiento del terrorismo exige una conducta activa y no cabe su comisión por omisión. No se trata, por tanto, de hacer responsable a Arnaldo Otegui por su pasividad o silencio ante unos gritos jaleando a la organización terrorista ETA o ensalzando mediante imágenes la figura de miembros históricos de la banda. Permanecer pasivos, o incluso exteriorizar cierta complacencia o no mostrar expresamente un rechazo, pese a tener un cierto papel protagonista en el acto en que aparecen esas incidencias, no es delito.

Arnaldo Otegui fue autor del delito previsto en el art. 578 del CP. Y lo fue porque los gritos a favor de ETA, el contenido del vídeo, el reparto de los boletines por dos encapuchados y la escenificación del inequívoco mensaje de apoyo a la banda terrorista, exigen una evidente tarea de promoción, preparación, diseño y ejecución, de la que el responsable político más cualificado de Batasuna, el portavoz de su Grupo Parlamentario, el principal orador del acto, no puede considerarse ajeno. Entiendo que para formular el juicio de autoría por el delito por el que se entabló acusación, no es preciso acreditar que el acusado colaboró de forma activa en la instalación del andamiaje o los equipos de imagen y sonido. Tampoco es preciso acreditar que ayudó activamente en el fotocopiado o reparto del *Zutabe*. La inferencia de que la organización del acto, sus contenidos y la difusión del mensaje apologético no es incumbencia del responsable político que convoca y lidera el acto, no se ajusta a una elemental máxima de experiencia.

La conclusión de que Arnaldo Otegui es responsable del delito de enaltecimiento no precisa, frente a lo que sugiere el Fiscal, acudir a otros elementos de la causa que esta Sala puede contrastar por la vía que ofrece el art. 899 de la LECrim. Es cierto que el acusado proclamó en su intervención que “...*es de rigor y justicia tributar el homenaje a los compañeros caídos*”. La Audiencia Nacional no ha considerado relevante esta afirmación y no existe reflejo de ella en el factum. También es cierto que su discurso se desarrolla en un ambiente de exaltación de las acciones de banda terrorista. Sólo así pueden entenderse los gritos “*Herriak ez du barkatuto*” y “*ETA herria zurekin*”, o lo que es lo mismo “*El pueblo no va a perdonar*” y “*ETA el pueblo está contigo*”. Tampoco ha estimado conveniente la Audiencia Nacional reflejar esas frases, de indudable significado jurídico, en el relato de hechos probados. Sin embargo, tienen razón mis compañeros de Sala cuando destacan el tratamiento de excepcionalidad que nuestra jurisprudencia, en sintonía con la singular naturaleza del recurso extraordinario de casación, ha

atribuido al art. 899 de la LECrim. Este precepto, claro es, no puede convertirse en una puerta falsa a través de la que enriquecer el hecho probado, supliendo las omisiones en que haya incurrido el órgano de instancia.

Sea como fuere, lo cierto es que el factum, una vez rectificado el juicio de inferencia referido al desconocimiento que el acusado Arnaldo Otegui tenía acerca de los actos de exaltación que se iban a desarrollar durante el acto político de Anoeta y sin necesidad de complementos fácticos no acogidos por la Audiencia Nacional, ofrece los elementos de hecho necesarios para apoyar su condena. Arnaldo Otegui era plenamente consciente del resultado lesivo que se iba a producir. De hecho, en su condición de primer responsable político de la coalición Batasuna, como orador principal y promotor del acto, no puede reputarse ajeno a la planificación, convocatoria y difusión del mensaje de apoyo a ETA.

4.- Entiendo, sin embargo, que el relato de hechos probados no ofrece los elementos de juicio necesarios para sostener la autoría de los coacusados Joseba Permach y Joseba Álvarez Forcada. Al primero, le atribuye la Audiencia Nacional haber asistido al acto. Al segundo, haber alquilado el local en el que aquél se desarrolló. Con independencia del relieve político de cualquiera de ellos, ni la condición de asistente, ni la de contratante del local, son suficientes para la formulación del juicio de autoría. De ahí que considere procedente mantener el pronunciamiento absolutorio de ambos imputados.

Por cuanto antecede, habría estimado parcialmente el recurso del Ministerio Fiscal, casando y anulando la sentencia de la Audiencia Nacional y declarando a Arnaldo Otegui autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo, previsto en el art. 578 del CP.

Manuel Marchena Gómez

VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE CON LA DECISIÓN MAYORITARIA QUE EMITE EL EXCMO. SR. D LUCIANO VARELA CASTRO RESPECTO A LA SENTENCIA N° 533/2011 DE 30 DE MAYO RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN N° 122/2011.

1.- El recurso del Ministerio Fiscal se formalizó al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Para ello parte de una premisa:

"La indagación de elementos internos (como en este caso el *propósito* de los acusados de organizar el acto; o el *ánimo o intencionalidad* que mueve a uno de ellos al pronunciar unas concretas palabras en el transcurso de la intervención) es una de las cuestiones que se enmarcan en lo que la jurisprudencia ha catalogado como **inferencia** sobre elementos internos o un juicio de valor que, según la bien conocida de esta Sala aludida, **excedería de lo puramente fáctico y sería fiscalizable en casación a través del artículo 849.1º** (lo resaltado no lo está en el original citado).

Funda el motivo en la afirmación de que los actos que cabía considerar de enaltecimiento del terrorismo (gritos a favor de ETA, el vídeo y la escenificación del homenaje a miembros de esa banda terrorista y el reparto de sus boletines) eran **elementos admitidos, asumidos y buscados por los tres acusados**.

Niega que sea **propia mente un hecho** la afirmación, incluida en el relato de hechos probados de la recurrida, conforme a la cual no queda acreditado el **conocimiento** por los acusados respecto de la proyección de imágenes y reparto de "Zutabe".

Y culmina interesando que, por el cauce del artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se tomen en consideración **otros** elementos (en realidad hechos base) desde los que **inferir** aquella conclusión (es decir hecho consecuencia) sobre lo que denomina elementos internos. (Carácter cualificado de los acusados en la dirección de la organización política promotora del acto, participación activa en la preparación de éste, uno era introductor del acto, otro alquiló el local y informa a los medios de comunicación, y el Sr. Otegui afirmó que "es de rigor y justicia tributar

homenaje a los compañeros caídos, describiendo el contexto de ello, y, en fin, que el acto tuvo fuerte repercusión mediática".

2.- La premisa de este voto particular se constituye por algo que el propio recurrente Ministerio Fiscal admite en su recurso: "abiertas las puertas de la casación a la revisión de la suficiencia del juicio de hecho a través de la presunción de inocencia, quizás haya razones para replantearse la doctrina" de esta Sala sobre el cauce procesal para impugnar las inferencias del elemento subjetivo.

Incluso la muy erudita opinión de quien ha discrepado de la decisión mayoritaria de confirmación de la sentencia de instancia aquí recurrida, que da lugar a otro voto particular discrepante, me releva de más extensas argumentaciones para establecer que **"la afirmación del *animus* del agente no es una proposición valorativa, sino asertiva, mediante la que se afirma un hecho"**. Lo que parece poner ya en suficiente y autorizada duda la supuesta doctrina constante de este Tribunal Supremo sobre dicha cuestión.

No requiere cita específica la constante doctrina constitucional que sitúa los elementos subjetivos del tipo bajo la protección de aquella garantía de presunción de inocencia.

Como en mi voto particular a la Sentencia de esta Sala nº 266/2008 en el recurso de Casación 2311/2007, sigo estimando que **lo que un sujeto quiere o no quiere, y lo que un sujeto sabe o no sabe, es un hecho, que, por ello, debe ser objeto de prueba**. Mediante inferencias, sí. Como, a la postre, todo hecho, Y de una inferencia inductiva. Y por ello su enunciado solamente es correcto si se incluye entre los hechos probados.

Incluso quienes afirman que el dolo no se prueba, sino que se imputa, proclaman que esa es una *imputatio facti*. Para tal sector doctrinal la imputación no es solamente de un acontecer histórico. Lo que se imputa es una acción. Aquél deviene ésta cuando, en sentido kantiano, imputamos "algo" atribuyéndolo a una persona, en cuanto que originado en la Libertad. **Y el proceso entiende de acciones, y no de acontecimientos**. Se juzga a quien se tiene por causa *moralis* de la acción que, de tal suerte, se erige en el *factum* objeto del proceso.

Como entonces, sostengo también ahora que el juicio de verificación, que establece el hecho, puede integrarse por la valoración de medios probatorios directos, o, partiendo del resultado de éstos, a medio de inferencias lógicas, concluir otros hechos como probados. El resultado será en cualquier caso una *imputatio facti*.

En realidad toda "valoración" de cualquier medio probatorio exige una actividad de inferencia.... Establecer enunciados o proposiciones históricas - incluyendo el elemento psíquico o, si se quiere, subjetivo- no constituye nunca un juicio de calificación jurídica, que ha de ser necesariamente posterior a éste.

Que en consecuencia la afirmación de concurrencia del elemento subjetivo deba ubicarse en el apartado de "hechos probados" no es una cuestión formal y, menos aún, inocua. De ello depende el alcance atribuible al control en casación. Es decir cual sea el poder de decisión que el legislador, dada la configuración del proceso de que parte, ha querido conferir a este Tribunal Supremo.

Porque la racionalidad de la inferencia ya no es asimilable a la subsunción del hecho en la ley. Y eso es lo único que autoriza el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En cuyo precepto no cabe estimar que se incluyen las "leyes" de la lógica y la experiencia sin frivolidad en el uso del **sentido** de dicha palabra en el lenguaje legal.

Así pues, la corrección de la inferencia, por la que se concluye en relación con la verdad o falsedad de la afirmación sobre el elemento subjetivo del tipo, solamente puede cuestionarse a través del cauce del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por contraria a la garantía constitucional de presunción de inocencia, si se valora como arbitraria la determinación de su existencia. O por contraria a la de tutela judicial efectiva, si se valora como arbitraria la determinación de su inexistencia. Difícilmente el cauce del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal puede llevar a ese control, ya que no se alcanza a entender que un documento pueda ser literosuficiente en cuanto a tal conclusión.

Es evidente que el recurso a la garantía de tutela judicial efectiva, cuando, como en el caso que juzgamos, se excluye la existencia del elemento subjetivo, solamente autoriza a la anulación de la sentencia recurrida, de considerarse su vulneración. Nunca a que el Tribunal Supremo proceda a dictar la sentencia de condena.

Y eso es lo que el Ministerio Fiscal solicitaba en su recurso. Por ello, y solamente por ello, **el recurso debió ser rechazado, ya que lo pedido nunca podría ser concedido. Ni aún en el caso de que la mayoría estimase incorrecta la conclusión del Tribunal de instancia.**

3.- No obstante no faltan otras razones para rechazar el recurso. Y ello sin entrar a examinar las razones de fondo del recurso, como en definitiva decidió hacer la mayoría, con la que concuerdo, y contribuyo a conformar, en la decisión final.

Pero no sin que estime relevante dejar constancia de que **mi decisión es ajena a la valoración que me podría llegar a merecer el comportamiento de los acusados si la sentencia de instancia hubiera asumido como hechos probados aquellos elementos que el Ministerio Fiscal expone en su motivo.**

A este respecto dos son los postulados de doctrina constitucional a los que quiero hacer referencia.

Uno es el extensamente tratado por el Ministerio Fiscal en su recurso cuando se pregunta ¿hasta que punto la doctrina del Tribunal Supremo sobre control de inferencias es compatible con la doctrina constitucional que veta la revocación de sentencias absolutorias si es tributaria de la valoración de pruebas personales?.

Puedo convenir con el riguroso examen de la cuestión que se hace en el muy bien construido motivo cuando se detecta que "en el actual estado de la doctrina constitucional" se compatibiliza la condena por primera vez en la sentencia que decide el recurso, si se llega a ella desautorizando inferencias del órgano *a quo*, aún cuando el *ad quem* no haya recibido con inmediación la práctica de medios de prueba personal.

Sin embargo habrá de convenirse que actual es la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 46 del presente año 2011 cuando examina el alcance y contenido del derecho a un proceso con todas las garantías.

En efecto, en esa sentencia se reitera que *la garantía de inmediación se proyecta únicamente sobre la correcta valoración de las que venimos denominando pruebas de carácter personal, por lo que la misma no habrá de ser exigible cuando la*

condena en segunda instancia se haya basado en una nueva y distinta valoración de prueba documental.

Por supuesto también pudo insistir en que *no resultará aplicable cuando el núcleo de la discrepancia entre la Sentencia de instancia y la de apelación atañe estrictamente a la calificación jurídica de los hechos que se declararon probados por el órgano judicial que primariamente conoció de los mismos y que quedan inalterados en la segunda instancia, pues su subsunción típica no precisa de la intermediación judicial.*

Y ya en concreto, en la cuestión que ahora nos ocupa, -revisión de inferencias, o más exactamente, revisión de pruebas indiciarias- también reiteró que *cuando el órgano de apelación se limita a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos base que resultan acreditados en ésta, estamos ante una cuestión que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que sea necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la intermediación.*

Ahora bien, a ello unió una advertencia que no cabe olvidar: *también hemos reiterado que concurre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando, en la segunda instancia, y sobre la base de **indicios que provienen inequívocamente de una valoración de pruebas personales**, se corrigen las conclusiones del órgano de primera instancia, sin examinar directa y personalmente dichas pruebas.*

Así vetó la corrección, supuestamente sólo *ex documento*, porque aquella implicaba la desautorización de la credibilidad otorgada en la instancia a la prueba testifical.

En la fundamentación jurídica de la sentencia ante nosotros ahora recurrida se deja constancia de que se atiende por el Tribunal de instancia, entre otros medios, a la declaración de los acusados de quienes subraya que manifestaron que su *único objetivo* era presentar una propuesta de paz y que *ignoraban* los contenidos del acto.

También examina la sentencia de instancia la que se denomina prueba de "inteligencia" reportada por Guardias Civiles testigos-peritos y concluye que sus

asertos sobre el "*dominio del hecho*" por los acusados ni se explica lo suficiente ni se funda en datos externos que autoricen esa conclusión.

Y examina la sentencia una serie de pruebas testificales sobre el particular del diseño o programación del acto para concluir que nada autoriza a afirmar la existencia de un acuerdo de voluntades de los acusados al respeto.

Finalmente, considerando como documento la transcripción traducida del discurso del acusado Sr. Otegui, concluye el Tribunal que en el mismo existe una total ausencia de "acciones y palabras de enaltecimiento o justificación del terrorismo de ETA o alabanza de su miembros".

Así pues, la toma en consideración del motivo expuesto por el Ministerio Fiscal, al formalizar el recurso de casación que nos ocupa, abriría la posibilidad de formular afirmaciones de nuevos hechos base que desautorizarían la inferencia de la sentencia absolutoria. Entre ellos el carácter de significados dirigentes de la organización convocante, la activa participación en la preparación del acto, la asunción de roles como el de introductor del acto, apoyo logístico mediante el alquiler del local, o la divulgación a los medios de comunicación, o, finalmente, atribuir determinadas expresiones al Sr. Otegui ausentes del hecho probado.

Tal posibilidad resulta absolutamente incompatible con las conclusiones extraídas por el Tribunal de instancia de las declaraciones de los acusados, de lo reportado por testigos y de la frontal desautorización que hizo de la supuesta prueba pericial de inteligencia.

Es decir que ello **no resultaría autorizado por la actual doctrina constitucional sobre el citado derecho a un proceso con todas las garantías.**

4.- Pero, en este recurso, aún se erige en la doctrina constitucional un último y determinante obstáculo a la pretensión del Ministerio Fiscal de establecer nuevas inferencias, que sustituyan las obtenidas y formuladas por el Tribunal de instancia, que dictó una sentencia absolutoria.

Me refiero a la exigencia de respetar el **derecho a la defensa**, tal como ha sido determinado por el Tribunal Constitucional a partir de la Sentencia 184/2009 de 7

de septiembre, respecto a la necesidad de audiencia del acusado en el recurso de apelación, con referencia a la STC 120/2009 de 18 de mayo, FJ 3, que sintetiza de manera detallada la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto.

Ciertamente se advierte que el contenido de esa garantía está en función "de las características del proceso en su conjunto". Así, dice el Tribunal Constitucional en su reciente Sentencia 45/2011 de 11 de abril, ha de atenderse a la *naturaleza del sistema de apelación, la índole de las cuestiones que han de resolverse, el alcance que la decisión del recurso puede tener y la medida en que los intereses del afectado han sido realmente satisfechos y protegidos*.

Entre los postulados establecidos destaca como rector que, cuando el órgano *ad quem* "ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, **estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia**, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa" (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27).

La regla que define el alcance del contenido del derecho de defensa se expresa por el TEDH en la Sentencia citada caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59 de 27 de junio de 2000, de manera inequívoca: "*tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el **acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso**, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el **primero en condenarle** en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él*".

Ciertamente se deroga tal exigencia cuando *a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica*.

Lo que nos obliga a examinar el sentido de esta calificación de la discrepancia como estrictamente jurídica cuando es determinante de la revocación de la absolución y la sustitución por una condena. A tal efecto recuerda el Tribunal

Constitucional que el TEDH no considera que concurre una mera discrepancia jurídica si para revocar la absolución e imponer la condena *"no se ha limitado a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del juez a quo en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, sino que ha efectuado una **nueva apreciación de los hechos** estimados probados en primera instancia y los **ha reconsiderado**, cuestión que se extiende más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas"* (STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 36).

Es verdad que en la reciente Sentencia que examinamos, la nº 45/2011, se matiza que la configuración legal de un recurso puede circunscribirlo a cuestiones estrictamente jurídicas. Y cita en esa línea precisamente el recurso de casación penal. Pero, obviamente, en la medida que la cuestión se plantee dentro de sus características y estrictos motivos legales. Sin embargo, cuando aquéllos se extravasan, resurgen las mismas objeciones que podrían formularse si se tratase de un recurso de otra naturaleza.

Y eso es lo que pretende el motivo formulado por el Ministerio Fiscal ya que, lejos de limitarse a discutir si el hecho probado es subsumible en la norma típica, lo que postula es que se matice la declaración de tal hecho probado para formular un **nuevo juicio de culpabilidad**, en el que, por otra parte, el sentido y alcance de la norma penal sustantiva queda fuera de cualquier debate.

Es pues oportuno advertir que el Tribunal Constitucional indica que en el caso de la Sentencia 184/2009, la discrepancia entre tribunales *a quo* y *ad quem* no era estrictamente jurídica. Y es relevante comparar el caso que dio lugar al amparo con el que ahora juzgamos. En aquél la discrepancia se centraba en la afirmación de si el sujeto había tenido o no *conocimiento* de un determinado dato, cual era, allí, la sentencia de separación. La proximidad de hipótesis al que ahora juzgamos deriva del discurso del Ministerio Fiscal que en su motivo afirma el *conocimiento* por los acusados de un dato que, en este caso, era el **contenido y diseño del acto** en el que el delito de enaltecimiento tuvo lugar, que se atribuye por la acusación pero que se niega por el Tribunal de instancia.

En este caso, como en el citado del Tribunal Constitucional, lo que se interesa en el recurso es un nuevo juicio de culpabilidad y no la dirimencia de una

diferencia sobre interpretación del alcance de una norma y la subsunción de unos hechos "dados" en el tipo que la norma diseña.

Por eso, sin ninguna consideración sobre la subsunción del hecho probado, tal como nos es *dado* por el Tribunal de la instancia, el motivo debe ser rechazado, en la medida que el mero examen de tal eventualidad ya infringe el derecho de defensa de los acusados absueltos.

Es en esta medida que deseo dejar constancia de mi discrepancia con la decisión que, pese a llegar a la misma conclusión que la por mí postulada, recorre caminos que, por mas que comprensibles desde la consideración de la aquí tan cuestionada doctrina de este Tribunal Supremo, no son autorizados si se quieren respetar, como entiendo se merecen, garantías constitucionales como las del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías.

Luciano Varela Castro

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