

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO SALA DE LO CIVIL Y PENAL

EAEko AUZITEGI NAGUSIA ZIBILEKO ETA ZIGOR-ARLOKO SALA

BILBAO

NIG PV / IZO EAE: 00.01.1-13/008429
NIG CGPJ / IZO BJKN: XX.XXX.31.2-2013/0008429

Rollo apelación penal / *Apelazio penaleko erroilua* 13/2014 J

A U T O Nº 10/2014

EXCMO. SR. PRESIDENTE: D. NEKANE BOLADO ZÁRRAGA

ILMOS. SRES.

D. ROBERTO SAIZ FERNÁNDEZ

D.D. RAFAEL VILLAFÁÑEZ GALLEGO

En BILBAO (BIZKAIA), a diez de julio de dos mil catorce.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 14 de mayo de 2014 se recibieron los autos originales remitidos por el Magistrado Instructor para la resolución del recurso de apelación interpuesto por la Asociación Dignidad y Justicia contra el auto de fecha 22 de abril de 2014 dictado en la causa diligencia previas nº 24/13.

SEGUNDO: Por providencia de Sala de fecha 14 de mayo de 2014 se acuerda formarse el oportuno rollo encabezado con el oficio remisorio, y acusándose recibo del mismo, formando Sala para lo cual se libra oficio a la Secretaría de Gobierno para que designe al Magistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo o Social para completar la Sala que conozca del presente recurso, y designando Magistrado Ponente.

TERCERO: Con fecha 19 de mayo de 2014 se dicta diligencia de ordenación por la que se acuerda unir a autos el oficio recibido de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por el que se nombra a efectos de completar la sala para conocer el presente recurso de apelación al Ilmo. Sr. D. Rafael Villafañez Gallego, Magistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo, quedando los autos para su

deliberación y resolución.

CUARTO: Ha sido ponente el Iltmo. Sr. D. Roberto Saiz Fernández.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ha interpuesto recurso de apelación por la Procuradora de los Tribunales, Dña. Carmen Miral Oronoz, en representación de la Asociación Dignidad y Justicia, contra el auto dictado en las Diligencias Previas, nº 24/2013, de fecha 22 de abril de 2014, por el que se decidió el sobreseimiento libre de dichas diligencias previas y el archivo definitivo de las actuaciones, en relación con la causa seguida contra D. Hasier Arraiz Barbadillo.

Sustenta la parte apelante el recurso en las siguientes razones, que seguidamente se recogen de forma sintética:

- 1) Las manifestaciones vertidas por el imputado no pueden considerarse ambiguas.
- 2) El Juez Instructor se ha servido, para dar una valoración y una interpretación de las manifestaciones del imputado, única y exclusivamente de la declaración que en sede judicial se llevó a cabo por parte del imputado.
- 3) El Juez Instructor no ha tenido en cuenta otras diligencias de prueba que obran en la causa, tales como el Informe de la Guardia Civil, nº 371, de 21 de febrero de 2014.
- 4) El Juez Instructor no ha tenido en cuenta, a la hora de valorar las manifestaciones, la información previa del imputado, en que manifestó que <<la izquierda abertzale tenía razón cuando decía que el problema no es ETA, no ha sido nunca ETA, el problema nunca ha sido la acción armada de ETA, sino que el meollo del conflicto político es el carácter antidemocrático del Estado español>>.
- 5) El elemento cronológico que el Juez Instructor ha considerado no puede ser eficiente para determinar la intencionalidad del imputado, por cuanto que, tras la llegada de la democracia, ETA incrementó su actividad terrorista -la cifra de víctimas en 1978 fue casi superior a la de los diez años anteriores, y en el período comprendido entre 1978 y 1980 ETA cometió el 29% de todos los asesinatos de su historia.
- 6) Discrepa de la opinión del Juez Instructor en cuanto que no concurre el dolo necesario que integra el elemento subjetivo del injusto y opone el criterio de la STS, nº 282/2013, de 1 de abril, que establece que en el delito de enaltecimiento del terrorismo el legislador no ha exigido una tendencia específica más de la que es propia del dolo

genérico; que no hay que confundir el dolo con el móvil; que en el dolo basta con que medie conciencia y voluntad; y concluye que el imputado hizo las declaraciones con absoluto convencimiento, conocimiento y voluntad.

7) Y concluye que el delito de enaltecimiento del terrorismo no integra en su elemento objetivo la concurrencia de incitación a la comisión de actividades terroristas, ni siquiera de forma indirecta; se trata, en palabras del Tribunal Supremo (STS, 587/2013, de 28 de junio), de una apología menor, caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito concreto.

Finaliza el escrito de recurso solicitando el dictado de una resolución por la que, estimándose el recurso de apelación, se anule el auto impugnado y se ordene la continuación del trámite de las presentes diligencias previas.

La parte apelada se opone al recurso ofreciendo, en primer lugar, un análisis del auto impugnado, que se proyecta desde un punto de vista fáctico, centrando la controversia en la intención con que se pronunciaron las manifestaciones objeto de esta causa, y desde un punto de vista jurídico, en la exposición de los criterios jurisprudenciales sobre el derecho a la libertad de expresión y sobre los elementos que integran el tipo del artículo 578 CP.; destacando, en la aplicación al caso concreto que la resolución impugnada efectúa del tipo penal a la luz de los criterios jurisprudenciales previamente examinados, las concretas declaraciones de Hasier Arraiz Barbadillo, el contexto en que se produjeron, así como otras circunstancias tenidas igualmente en cuenta por la resolución cuestionada. Y, seguidamente, opone a los argumentos de la recurrente que las declaraciones del imputado tienen un carácter político; que la referencia a la izquierda abertzale se hizo desde su consideración como agente político; que en ningún momento tuvo intención de justificar el terrorismo o a quienes lo practican; que esta posición fue reiterada por el imputado en su declaración judicial; que si el Auto apelado no tuvo en cuenta el Informe de la Guardia Civil, nº 371, de 21 de febrero de 2014, es porque se extralimita de lo que le fue solicitado al Instituto Armado, que tenía naturaleza estrictamente informativa y en ningún caso valorativa o analítica; que la intervención previa de Hasier Arraiz Barbadillo no fue objeto de denuncia, ni puede ahora introducirse como elemento corroborador de la tesis inculpativa; finalmente, reitera el criterio del Tribunal Constitucional (ATC 4/2008, de 9 de enero), según el cual no se produce quebranto constitucional al castigar la justificación del terrorismo o de sus autores siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; criterio que, a pesar de la discrepancia con la postura que defiende el Tribunal Supremo en cuanto que no requiere la concurrencia de la incitación como elemento integrador del tipo del artículo 578 CP, debe imponerse de acuerdo con el mandato del artículo 5.1 LOPJ, que obliga a todos los jueces y tribunales a interpretar y aplicar las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

El Ministerio Fiscal, compartiendo los argumentos del Magistrado Instructor, considera ajustada a Derecho la resolución impugnada, en aplicación de los principios de

intervención mínima y de interpretación más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales.

SEGUNDO.- Esta Sala de lo Civil y Penal del TSJPV mediante auto, de 16 de diciembre de 2013, admitió a trámite la querrela interpuesta contra D. Hasier Arraiz Barbadillo, por la Asociación Dignidad y Justicia, ante la imposibilidad de excluir *ab initio* y de forma definitiva la significación delictiva, en ese momento inicial y *prima facie*, de las manifestaciones efectuadas por el querrellado en el acto público de homenaje a D. Santiago Brouard y a D. Josu Muguruza, celebrado en Bilbao, en 18 de noviembre de 2013, en relación con el tipo penal de enaltecimiento o justificación del art. 578 del Código penal, con fundamento en que se integran en un discurso con sentido indiscriminadamente reivindicativo y omnímodamente justificador; y en el uso sin ningún tipo de acotación delimitadora de su significado extensional o denotativo, o agregación acrecentadora de su significado intensional o connotativo, de la expresión “izquierda abertzale”.

Asimismo, esta Sala, mediante auto, de fecha 27 de enero de 2014, que resolvía el recurso de súplica interpuesto por la representación de D. Hasier Arraiz Barbadillo, contra el anterior auto, de 18 de noviembre de 2013, reiteró el fundamento justificador de la admisión a trámite de la querrela, razonando que tales premisas se limitan a constatar, a la vista de lo que el querrellado dijo, la imposibilidad de excluir del núcleo objetivo de significado de la expresión “izquierda abertzale” a entidades, formaciones, organizaciones, grupos, colectivos o personas físicas o jurídicas, relacionadas con la organización terrorista ETA; añadiendo seguidamente que tampoco comparte el tribunal la apreciación de la parte recurrente en cuanto a que la calificación de la “izquierda abertzale” como “agente político” que se efectúa en la intervención del denunciado, constituye una “acotación delimitadora” de sentido que determina la exclusión de las aludidas entidades, formaciones, organizaciones..., del núcleo objetivo de significado de la expresión “izquierda abertzale”; concluyendo, que la admisión o inadmisión de una querrela –o una denuncia- se decide a través de un juicio valorativo ceñido al plano de la subsunción típica y que ha de ser realizado en abstracto atendidos los hechos en sí mismos y objetivamente considerados. En principio, por lo tanto, no debe decretarse su inadmisión poniendo el acento en la ausencia de intencionalidad. El “animus” o la “intención” pertenece al ámbito de lo íntimo, al situarse en el fuero interno del individuo, y, precisamente por ello, su análisis apriorístico o prematuro resulta desaconsejable. Lo más prudente y recomendable es que no se proceda a su examen hasta contar, tras realizar las diligencias de investigación que hagan falta a tal fin, con los elementos de juicio necesarios y suficientes”.

Por consiguiente, el núcleo objetivo de significado de la expresión “izquierda abertzale” y la consecuente determinación de cuanto en dicho concepto cabría incluir formal y materialmente -de forma singularizada qué partidos políticos, organizaciones, asociaciones, agrupaciones y demás entes que por su identidad o afinidad ideológica podrían considerarse comprendidos en dicha expresión de izquierda abertzale-, era el interrogante que la Sala precisaba despejar para resolver sobre la imputación de D. Hasier Arraiz Barbadillo, en los términos del artículo 269 L.E.Crim., y para ello designó de entre

los miembros de la Sala a uno de sus Magistrados (art. 73.4 LOPJ) para llevar a efecto la instrucción de las diligencias previas de que trae causa la resolución impugnada.

Las diligencias de investigación practicadas en la instrucción de que se trata han consistido en solicitud de informes a la Guardia Civil, Cuerpo Nacional de Policía y Ertzaintza, en relación a los hechos objeto de investigación; en la declaración del imputado; y en la incorporación a las actuaciones de la documentación aportada en formato CD por la acusación, que contiene sentencias dictadas por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo en las que se analiza el conglomerado de las asociaciones que engloba el complejo ETA-Izquierda Abertzale, así como informes elaborados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

El Auto del Magistrado Instructor, de 22 de abril de 2014, en una extensa resolución que recoge ampliamente la doctrina y la jurisprudencia relacionada con el tipo del artículo 578 CP, fundamenta, sustancialmente, su decisión de sobreseimiento libre en que las declaraciones realizadas por el imputado presentan dudas respecto de su intención; en que el imputado declaró que no fue su intención justificar la actuación terrorista, sino realizar una valoración política de hechos históricos, matizando que fue acertada la actuación de la izquierda abertzale como sujeto político, quedando fuera del sistema político emanado de la transición; y, respondiendo a una pregunta de su letrado, que en ningún momento quiso justificar la acción terrorista de ETA, sino que se refería a la actuación de la izquierda abertzale como agente político; que aunque las palabras pronunciadas son ambiguas, en tanto que podían ser objeto de otra interpretación que las llevaría al proscrito discurso del odio, sin embargo, la cronología juega a favor de la interpretación del imputado, al ser realizadas pocos días antes del treinta y cinco aniversario del referendun constitucional, en el que la izquierda abertzale propugnó el NO, y en que el año 1978 no parece un hito destacado en la propia actividad terrorista de ETA; en que es razonable la defensa de que se estaba realizando la valoración política de un hecho histórico y de un agente político y no terrorista, recordando que el concepto izquierda abertzale, como expresión ideológica, no está fuera de nuestro ordenamiento, así como que las conductas ambiguas quedan fuera del ámbito del tipo, debiendo aplicarse el principio <<*in dubio pro reo*>>; que las manifestaciones se produjeron en el contexto de un turno de preguntas y que la respuesta se realizó sin la debida meditación; que nos encontramos ante un delito esencialmente doloso; finalmente, la resolución impugnada tuvo en consideración otras circunstancias como que las declaraciones se realizaron en el homenaje a dos víctimas del terrorismo, que el imputado es presidente de un partido político legal, Sortu, cuyos estatutos expresamente excluyen el uso de la violencia para la obtención de fines políticos y que las declaraciones en ningún caso incitan a la comisión de actividades terroristas.

Resulta, así, que los elementos sobre los que se fundamenta la decisión de sobreseimiento y archivo, ahora impugnados, son la intencionalidad del querrellado al realizar las manifestaciones objeto de examen -no fue su intención justificar la actuación terrorista, sino realizar una valoración política de hechos históricos-, la cronología, al ser realizadas las manifestaciones pocos días antes del treinta y cinco aniversario del referendun constitucional, que el concepto izquierda abertzale, como expresión ideológica, no está fuera de nuestro ordenamiento; que las conductas ambiguas quedan

fuera del ámbito del tipo, debiendo aplicarse el principio <<*in dubio pro reo*>>; el marco en que se realizan las manifestaciones -homenaje a dos víctimas del terrorismo-, que el imputado es Presidente del partido político SORTU, partido legal cuyos estatutos expresamente excluyen el uso de la violencia para la obtención de fines políticos, y que las declaraciones en ningún caso incitan a la comisión de actividades terroristas.

TERCERO.- La parte apelante deduce como primer motivo de impugnación del auto apelado su disconformidad con la valoración realizada por el Magistrado instructor porque entiende que las manifestaciones vertidas por el imputado no pueden considerarse ambiguas, sino que suponen una justificación y reconocimiento de la decisión adoptada por la Izquierda Abertzale de apoyar la continuación de la lucha armada de la organización terrorista ETA cuando se produjo la transición democrática en España y la negativa a acogerse al Estado Social y Democrático de Derecho para la consecución de sus fines; y que el Magistrado instructor se ha servido para interpretar las mismas única y exclusivamente de la declaración del imputado en sede judicial, sin tener en cuenta otras diligencias de prueba que obran en la causa, tales como el Informe de la Guardia Civil, nº 371, de 21 de febrero de 2014, en el que se describe la evolución organizativa, estrategia y líneas de acción del conjunto de las organizaciones de la Izquierda Abertzale durante los últimos treinta y cinco años, que permite describir los principales aspectos del modelo de organización y dirección de la Izquierda Abertzale y la subordinación de ésta con respecto de ETA; así como la intervención previa del imputado, en que manifestó que <<la izquierda abertzale tenía razón cuando decía que el problema no es ETA, no ha sido nunca ETA, el problema nunca ha sido la acción armada de ETA, sino que el meollo del conflicto político es el carácter antidemocrático del Estado español>>.

Ciertamente, en el auto que es objeto de impugnación no se hace referencia al Informe de la Guardia Civil, nº 371, de 21 de febrero de 2014, como tampoco al Informe de la Unidad de Coordinación Operativa Territorial de la Jefatura Superior de Policía del País Vasco, de 10 de febrero de 2014, obrante en las actuaciones, en los que, además de la intervención en lengua castellana, se transcribe la traducción al castellano de la intervención en euzkera del querellado, previa a la respuesta dada a una pregunta formulada por uno de los asistentes y que fue presupuesto fáctico de la querrela. En dichos informes se recogen manifestaciones como: “Y cómo explicar lo que ha sucedido en Euskal Herria en estos tantos años tras el asesinato de estos dos compañeros. A mí me parece que, al final, la evolución del esquema estratégico de la Izquierda Abertzale ha sido bastante lógico y natural. La cadena esa que ha mencionado Iñaki, la Alternativa KAS, las conversaciones de Argel, la Alternativa Democrática, Estella-Garazi, Anoeta, el proceso de Loyola y el proceso democrático actual. Y me parece que en todo ello hay grandes virajes, pero yo al menos, percibo una línea recta y es que la Organización ETA ha dado cada vez más un mayor protagonismo al pueblo, a los ciudadanos vascos en el desarrollo del conflicto político y en la labor de resolución del conflicto político y que a sí misma se ha otorgado el carácter de instrumento en ese camino y en función de la fase”. Y, más adelante, que: “Lo que ha sucedido en estos dos años expresa lo siguiente, pues por un lado, lo cual es lo más importante, lo ha dicho siempre la Izquierda Abertzale, pero que se ve de manera clara y nítida, que teníamos razón, el problema no es ETA, no ha sido nunca ETA, el problema no ha sido nunca la acción armada de ETA, sino que el

meollo del conflicto político es el carácter antidemocrático del Estado español. Eso era antes y eso lo es ahora.” Manifestaciones del querellado que si bien no son objeto de la querrela si pueden ayudar a comprender el sentido de las palabras pronunciadas por el imputado en respuesta a la pregunta que le fue formulada por un asistente al acto de homenaje, así como el núcleo objetivo de significado de la expresión “izquierda abertzale”. En el Informe de la Guardia Civil, nº 371, de 21 de febrero de 2014, que no es objeto de examen y valoración por la Sala en este momento, se describe la evolución organizativa, estrategia y líneas de acción del conjunto de las organizaciones de la Izquierda Abertzale durante los últimos treinta y cinco años, que permite describir los principales aspectos del modelo de organización y dirección de la Izquierda Abertzale y la subordinación de ésta con respecto de ETA, en contraposición a las declaraciones ante el instructor del imputado, que otorga a la Izquierda Abertzale el carácter de mero agente político.

Tampoco consta que se le haya preguntado al querellado sobre estas declaraciones al objeto de que pudiera explicar el sentido y significación de las mismas, no obstante haberse pospuesto la declaración del imputado tras la práctica de dichas diligencias (Auto del instructor, de 4 de febrero de 2014); ni, asimismo, hay constancia en las actuaciones de que se le haya examinado sobre la expresión “izquierda abertzale”, su significación, organizaciones que la han integrado a lo largo de los últimos treinta y cinco años, evolución de la línea estratégica, y cualesquiera otras cuestiones que pudieran delimitar el significado de dicha expresión en contraste con el referido informe de la Guardia Civil. Únicamente consta que le fueron formuladas dos preguntas por el Magistrado instructor, relativas a la veracidad de las manifestaciones objeto de la querrela y sobre su intencionalidad; no respondiendo el imputado a las preguntas de la acusación, pero si a las de la defensa.

Resulta, así, que una declaración incompleta, formularia y/o genérica o ajena al núcleo de la cuestión principal puede resultar insuficiente a los efectos probatorios, lo cual hace, al menos aconsejable, una mayor actividad investigadora del Magistrado instructor, para precisar tanto los aspectos fácticos de declaración que puedan resultar relevantes, en su caso, en el momento de valorarla como prueba, como los elementos periféricos a aquellos que contribuyan a una mejor valoración de su veracidad.

Debe acogerse el motivo examinado, sin necesidad de enjuiciar en este momento el resto de los motivos de impugnación que deduce la parte apelante.

CUARTO.- De lo expuesto debe seguirse la estimación del recurso de apelación interpuesto contra el auto del Magistrado instructor, de 22 de abril de 2014, en tanto que, practicadas las diligencias anteriormente expresadas, no es posible, en este momento procesal alcanzar la conclusión de que los hechos objeto de la querrela no son constitutivos de infracción penal o de que no aparece suficientemente justificada su perpetración, como exige el art. 779.1 LECrim. Pues como dice el Tribunal Supremo (ATS 11571/2013, de 17 de diciembre): *“Solo cuando de manera patente, clara, inobjetable e incontrovertible estamos en presencia de un hecho irrefutablemente producido y conformado por una conducta activa o omisiva totalmente esclarecida en sus*

aspectos objetivo y subjetivo, que para nada encaje jurídicamente en una figura penal determinada, o se halla exenta de responsabilidad penal, habrá de proceder la inmediata declaración de sobreseimiento que corresponda y congruente archivo de las actuaciones precisamente porque el análisis del hecho aparece indubitado, perfectamente comprobable y acabado en todos sus aspectos, y en cambio no soporta la aplicación estrictamente jurídica de tipo penal alguno, o la responsabilidad criminal esta indiscutiblemente excluida por alguna circunstancia. En otro caso, las más mínima duda acerca del hecho y/o derecho, no puede en esta fase del procedimiento dar lugar a la finalización y archivo sin más tramite, aunque se estimen insuficientes los indicios, tal evaluación debe abstenerse de pronunciarle el juez de instrucción en ese momento y abrir decididamente la fase intermedia en espera de una eventual acusación sobre la que pronunciarse, ya sin reserva sobre la suficiencia o no de los indicios”.

Consecuencia de la estimación del recurso ha de ser la revocación del auto dictado en las Diligencias Previas, nº 24/2013, de fecha 22 de abril de 2014, por el que se decidió el sobreseimiento libre de dichas diligencias previas y el archivo definitivo de las actuaciones, en relación con la causa seguida contra D. Hasier Arraiz Barbadillo, con devolución de las diligencias al instructor para su continuación, al objeto de que prosiga la instrucción de la causa, tomando nueva declaración al imputado en los términos expuestos en la presente resolución y, en su caso, practique las diligencias de investigación que estime oportunas.

PARTE DISPOSITIVA

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, Dña. Carmen Miral Oronoz, en representación de la Asociación Dignidad y Justicia, contra el auto dictado en las Diligencias Previas, nº 24/2013, de fecha 22 de abril de 2014, que se revoca.

Devuélvase las actuaciones al Magistrado Instructor para su continuación, al objeto de que tome nueva declaración al imputado en los términos expuestos en la presente resolución y, en su caso, practique las diligencias de investigación que estime oportunas.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Lo acuerdan, mandan y firman la Excma. Sra. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados que lo encabezan. Doy fe.