



**AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
SECCIÓN SEGUNDA**

ROLLO DE SALA: P.A. 1/2010

**PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: DILIG. PREVIAS PROC. ABREV.
454/2005**

ORGANO DE ORIGEN: JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº 6

SENTENCIA Nº 68/2010

ILMOS. Sres. Magistrados

D. FERNANDO GARCÍA NICOLÁS (Presidente)

D. ÁNGEL LUIS HURTADO ADRIAN

D. JULIO DE DIEGO LÓPEZ (Ponente)

En MADRID, 9 a diciembre de dos mil diez.

Visto en juicio oral y público, ante la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la causa dimanante del P.A. número 450/2005, procedente del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional, Rollo de Sala número 1/2010 por un **DELITO DE ENALTECIMIENTO O JUSTIFICACIÓN DEL TERRORISMO**. Han sido partes en el presente procedimiento como acusador público el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. D^a. TERESA SANDOVAL; como acusación popular la Asociación Social y Cultural Foro de Ermua, representada por el Procurador Sr. de Diego Quevedo y dirigida por el letrado D. Fernando García-Capelo Villalva.

Y como acusados:

1.- ARNALDO OTEGUI MONDRAGON, nacido en Elgoibar (Guipúzcoa), el 06-07-1958, hijo de Ascensio y Dolores, con D.N.I. Nº 15.357.433, con antecedentes penales no computables, con domicilio en c/ Plaza Urbitarte nº 9, 1º Izquierda, en libertad por esta causa (declaró como imputado sin ser detenido), representado por el procurador Sr. Cuevas Rivas y defendido por la letrada Dª. Jone Goiricelaya.

2.- JOSEBA PERMACH MARTIN, nacido en Donostia- San Sebastián (Guipúzcoa) el 16-07-1969, hijo de Jaime y Mª. Magdalena, con D.N.I. Nº 34.095.267-L, sin antecedentes penales, con domicilio en c/ Zigordia 10, 2º, Zarautz (San Sebastián), en libertad por esta causa (declaró como imputado sin ser detenido), representado por el procurador Sr. Cuevas Rivas y defendido por la letrada Dª. Jone Goiricelaya.

3.- JOSEBA ALVAREZ FORCADA, nacido en Donostia-San Sebastián (Guipuzcoa) el 10-06-1959, hijo de Jose Luis y Juana, con D.N.I. Nº 15.961.004-Q, sin antecedentes penales, con domicilio en c/ Fermín Kalbeton 15, 4º (San Sebastián), en libertad por esta causa (declaró como imputado sin ser detenido) representado por la procuradora Sra. Lobera Argüelles y defendido por el letrado D. Iñigo Iruin Sanz.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Julio de Diego López.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción nº 6 incoó con fecha 1-12-2005 diligencias previas 454/2005, en virtud de querrela interpuesta por el Mº Fiscal contra los acusados por hechos ocurridos en el velódromo de Anoeta en San Sebastián el 14-11-2004 con la finalidad de ensalzar y

homenajear a miembros de la organización terrorista ETA, transformadas en P.A. 454/2005 por auto de 16-12-2008.

SEGUNDO.- El 9 de octubre de 2009 se dictó auto de apertura de juicio oral – aclarado por auto de 4-12-2009- contra **Arnaldo Otegui Mondragón, Joseba Permach Martin, y Joseba Álvarez Forcada** por un delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 C. Penal.

Recibido el procedimiento en esta Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por auto de 5 de febrero de 2010, se resolvió sobre los medios de prueba propuestos por las Partes, señalándose para las sesiones del juicio oral los días 11 y 12 de noviembre de 2010.

TERCERO.- Los días al efecto señalados, se desarrollaron las sesiones del juicio oral, planteando la acusación popular a su inicio, las cuestiones previas que a su derecho convino, oponiéndose el M. Fiscal y la Defensa a su estimación, siendo desestimadas por la Sala, continuando con el interrogatorio de los acusados, contestando solo a preguntas de la Defensa, y la práctica de la testifical, pericial y documental propuesta y admitida; tras la cual el Ministerio Fiscal elevó sus conclusiones a definitivas, calificando los hechos como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo de los arts. 578 y 579.2 del C.P., siendo responsables en concepto de autores los acusados, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, procediendo la imposición a cada uno de los acusados de la pena de 18 meses de prisión, inhabilitación absoluta por 12 años, accesorias y costas.

CUARTO.- La acusación popular elevó sus conclusiones a definitivas, calificando los hechos como un delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 del C. Penal – no pudiendo mantener la acusación por los delitos de quiebra de medida cautelar, reunión ilícita y desobediencia al ser desestimada por la Sala la cuestión previa tendente a su enjuiciamiento –,

siendo responsables en concepto de autores directos los acusados, tanto a título personal como en virtud de lo dispuesto en el art. 31 del C. Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, procediendo la imposición a cada uno de los acusados de la pena de dos años de prisión e inhabilitación absoluta durante veinte años.

QUINTO.- La Defensa de los acusados en igual trámite, elevó sus conclusiones a definitivas, solicitando la libre absolución de los mismos, con todos los pronunciamientos favorables, y subsidiariamente la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.6 del C. Penal de dilaciones indebidas.

II. HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- El día 14-11-2004 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 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, gatazkaren 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 Mendizabal Benito (Txikia)

Joseba Etxeberria Sagastume

Jon Pagazatundua Isusi

Jose Luis Mondragon Elorza (Morico)

Javier Mendez Villada (Roke)

Jon Urcelai Imaz

Iñaki Iparraguirre Aseginolaza (Iparra)

Iñaki Garai Legarreta

Blanca Saralegui Allende

Jesús María Markiegi Aiastui (Mutriku)

Josu Múgica Aiestaran (Beltza)

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 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".

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- CUESTIONES PREVIAS

La acusación popular planteó al inicio de la vista oral las siguientes cuestiones previas desestimadas por la Sala, previa oposición de su estimación por parte del M. Fiscal y la Defensa de los acusados:

1ª) Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Indefensión.

2ª) Reiteración de pruebas inadmitidas por la Sala:

- testimonio del auto de 26-08-2002 del J.C.I. nº 5.

- Visionado de los videos del acto político celebrado en el velódromo de Anoeta de San Sebastián el día 14-11-2004.

En cuanto a la primera de las cuestiones previas planteadas, reitera la acusación popular la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al restringir el auto de apertura del juicio oral el objeto del procedimiento al enjuiciamiento exclusivamente por delito de enaltecimiento del terrorismo, sin tener en cuenta el escrito de acusación presentado en su día por varios delitos, además del anterior (reunión ilícita, quiebra de medida cautelar y desobediencia).

Las alegaciones no pueden prosperar, confirmando la Sala la desestimación de la cuestión.

El apartado cuarto del número primero del art. 779 de la L.E.Crim. ordena dictar auto que transforme el procedimiento y continúe la tramitación por las normas del capítulo IV cuando el hecho constituyera delito comprendido en el art. 757. La redacción establece los extremos que, al menos, debe contener dicho auto: determinación de los hechos punibles y la identificación de las personas imputadas; además ordena que no podrá dictarse tal auto de transformación contra persona a la que no se le haya tomado declaración como imputada. El auto de transformación vincula a las partes en cuanto a los hechos imputados y en las personas responsables, pero no en las calificaciones jurídicas que el Juez formule.

Con la STS 450/1999 de 3 de mayo, debemos recordar que el auto de transformación a procedimiento abreviado es el equivalente procesal del auto de procesamiento en el sumario ordinario, teniendo la finalidad de fijar la legitimación pasiva así como el objeto del proceso penal en la medida que, como se indica en la STC 186/1990 de 15 de noviembre; *"...realiza (el instructor) una valoración jurídica tanto de los hechos como sobre la imputación objetiva de los mismos..."*. En definitiva, al igual que

en el auto de procesamiento, se está en presencia de un acto de imputación formal efectuado por el Juez Instructor exteriorizador de un juicio de probabilidad de naturaleza incriminatoria y delimitador del ámbito objetivo y subjetivo del proceso. Se trata, en definitiva, de un filtro procesal que evita acusaciones sorprendidas o infundadas. Por lo que se refiere al procedimiento abreviado, resulta patente esta doble finalidad, delimitándose del objeto del proceso y los sujetos del mismo que tiene el auto de transformación; es evidente, por ello, que el contenido delimitador que tiene el auto de transformación para las acusaciones, se circunscribe a los hechos allí reflejados y a las personas imputadas, no a la calificación jurídica que haya efectuado el Instructor.

En definitiva, *“lo que vincula posteriormente en el juicio oral son los hechos por los que se ordena continuar el procedimiento, y que pueden ser asumidos como tales por las acusaciones y la persona del imputado”* (STS 25-01-2007); en este sentido el instructor dictó auto de transformación a procedimiento abreviado de 16-12-2008, ordenando continuar el procedimiento contra los acusados por unos hechos calificados como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo y un delito de reunión ilícita; resolución judicial que no fue recurrida por la acusación popular, aquietándose a la misma, habiéndolo sido por la defensa de los acusados, siendo estimado parcialmente el recurso por la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional en auto de 27-03-2009, ordenando continuar el procedimiento únicamente por delito de enaltecimiento del terrorismo, aperturándose el juicio oral por auto de 4-12-2009 para su enjuiciamiento, el cual fue objeto de nulidad planteada por la acusación popular solicitando se dictara auto de apertura de juicio oral por todos los delitos objeto de acusación o subsidiariamente tener por formulada protesta a los efectos oportunos, siendo desestimada la solicitud de nulidad por auto del instructor de 21.12.2009 y calificando los hechos la acusación popular en su escrito de acusación como constitutivos de delito de enaltecimiento de terrorismo (art. 578 C.P.), desobediencia

(art. 556 C.P.), reunión ilícita (art. 513 C.P.), y quebrantamiento de medida cautelar (art.468 C.P.).

Llegados a este punto, *“la ausencia de determinación expresa de un delito en el auto de transformación no impide que pueda ser objeto de acusación, siempre que del hecho estuviese imputado cuando el acusado prestó declaración y pudiera solicitar las oportunas diligencias sobre el mismo”* (STS. 1532/2000, de 9 de octubre), sin olvidar que *“lo que vincula posteriormente en el juicio oral son los hechos por los que se ordena continuar el procedimiento”* (STS 25.01.2007); en este sentido, de una atenta lectura del auto de transformación a Procedimiento Abreviado de 16.12.2008 se observa que no recoge ningún hecho que pudiera ser constitutivo de reunión ilícita (art. 513 C.P.), *“toda vez que no consta en los hechos relacionados en el auto de 16.12.2008 que la finalidad de la convocatoria fue a los fines de la comisión de un delito y sí, como se viene manteniendo y la propia resolución lo plasma para la presentación pública del programa Batasuna para los siguientes años”* (SAN. Sección Cuarta 27.03.2009), ni de quiebra de medida cautelar (art. 468 C.P.), al no constar en el relato fáctico del auto de 16.12.2008 ninguna mención a dicha conducta, ni al auto 26.08.2002 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 suspendiendo la actividad política de Batasuna, ni de desobediencia (art.556 C.P.), al no constar en el relato fáctico del auto de 16.12.2008 mención alguna a dicha conducta ni a uno de sus elementos fundamentales exigido por la jurisprudencia: *“la existencia de un requerimiento por parte de la autoridad hecho con las formalidades legales”* (STS. 1219/2004, de 10 de diciembre).

Por tanto, lo que no puede suceder, como ahora se pretende, es que los hechos por los cuales, además, acusa la acusación popular – reunión ilícita, quiebra de medida cautelar y desobediencia – excluidos en resoluciones judiciales precedentes, puedan ser juzgados por La Sala, dado que *“quedaría conculcado el derecho constitucional de los imputados a no ser acusados de algo que había sido firmemente sobreseído, y por lo*

que se había denegado la apertura del juicio oral" (STS 25-01-2007), máxime cuando no fueron oídos en calidad de tales sobre los mismos (folios 744 a 749), requisito fundamental exigido por la jurisprudencia (STS. 1532/2000 de 9 de octubre) .

En cuanto a la segunda de las cuestiones previas planteadas, reitera la acusación popular la conveniencia de constar en autos el testimonio del auto de 26-08-2002 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, así como el visionado, en el plenario, de los vídeos referentes al acto político celebrado el 14-11-2004 en el velódromo de Anoeta de San Sebastián, para conocimiento visual, por la Sala y las Partes, de lo allí acontecido.

Las alegaciones no pueden prosperar, confirmando la Sala la desestimación de la cuestión.

En primer término, el testimonio solicitado es innecesario al constar en autos – folios 206 al 380 del tomo II – copia de la citada resolución de 26-08-2002 del Juzgado de Instrucción nº 5 sin que haya sido impugnada por ninguna de las partes.

En segundo término, por providencia de la Sala de 20-01-2010, se requirió a la acusación popular para que *"indicara al Tribunal si los soportes audiovisuales correspondientes al Gobierno Vasco, RTVE, servicio de información de la Guardia Civil y la Ertzaintza son todos referentes al acto celebrado en el velódromo de Anoeta de San Sebastián el día 14/11/2004 y en este caso el motivo de solicitar su visionado, o bien la posibilidad de solicitar el visionado del video mas completo"*, manifestando la citada acusación en su escrito de 28-01-2010, no haber sido posible el visionado de los videos en la Instrucción y delegando en la Sala la selección de un video al efecto; sin embargo, al folio 1071 de las actuaciones consta un acta de 8-10-2008 extendida por el Secretario

Judicial del Juzgado Central de Instrucción nº 6, procediendo a la exhibición, en ese acto, de las cintas videográficas aportadas por los distintos medios de comunicación en la causa, compareciendo únicamente el letrado de Arnaldo Otegui, “*no compareciendo ninguna de las otras partes citadas para este acto*”; no siendo factible la elección del video por la Sala al quedar comprometida su imparcialidad, estando además documentado el acto por diligencia de constancia de 15-09-2008 extendida por el Secretario Judicial del Juzgado Central de Instrucción nº 6 y traducción de las partes del discurso en euskera a los folios 100-126 del Rollo de Sala.

SEGUNDO: VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El Tribunal, en el análisis global de la prueba practicada, anticipa que, a su juicio, a través de ella, no ha quedado probado más allá de una duda razonable, la imputación mantenida por el Ministerio Fiscal y la acusación popular. Aunque el Tribunal considera que se ha practicado en el acto de juicio prueba de cargo válida, sin embargo estima que no sirve para descartar otras posibles razonables versiones de los hechos, tal como sería la aportada por los acusados. En atención a ello, el Tribunal no puede reputar esta prueba como definitivamente concluyente, ya que deja un margen de duda suficiente y razonable sobre la verdadera implicación en los hechos de los acusados, lo que en todo caso debe favorecerles, en la correcta aplicación del principio “*in dubio pro reo*”.

Las acusaciones han aportado en el acto de juicio oral como prueba de cargo los informes del Servicio de Información de la Guardia Civil, ratificados en la vista oral por sus autores, miembros de la Guardia Civil nº Y-74161-T y nº J-55446-R (Fs. 55 a 58) y nº L-75806-P y nº Z-14597-D (Fs. 1.091 a 1.100 y 1.327 a 1.332), propuesta y admitida con el carácter de prueba pericial de inteligencia, en base a la cual los acusados tendrían el pleno dominio de los hechos que se iban a desarrollar en el acto político del velódromo de Anoeta – como miembros de la mesa de Batasuna organizadora del acto – interviniendo de manera directa en su

organización, programando su desarrollo y contenido, siendo impensable que no lo hicieran, con capacidad de decidir lo que se hacía o no hacía, no evitando lo sucedido en el acto, siendo su promotor Joseba Álvarez Forcada al ser el firmante del contrato de arrendamiento del local donde se desarrolló el mismo, añadiendo la acusación popular la responsabilidad de los acusados al actuar en nombre de Batasuna convocante del acto (art.31 C.P.) . En resumen, las acusaciones tratan de probar, a través de estos medios probatorios, que la verdadera finalidad del acto sería la exaltación del terrorismo, siendo organizado y programado por los acusados, quienes serían responsables, en calidad de autores, de lo allí acontecido y exhibido; hipótesis planteada resultando desvirtuada como tendremos ocasión de comprobar.

Frente a esta imputación, los acusados admitieron ante el Tribunal, a las preguntas de la Defensa, su participación en el acto político, bien asistiendo o interviniendo en el mismo, no teniendo responsabilidad ninguna en su diseño e ignorando sus contenidos, no siendo su finalidad homenajear a ETA y siendo su único objetivo presentar una propuesta de paz.

La Sala, examinando el acervo incriminatorio, en contra de lo planteado por las acusaciones, no puede llegar a la conclusión de que los elementos probatorios aportados sean tan fuertemente indicativos y verdaderamente determinantes que incontestablemente prueben que los acusados intervinieron en el montaje e infraestructura que acompañó a la proyección de las imágenes exhibidas y posterior reparto de "zutabe".

De entrada, hay que recordar, según jurisprudencia del T.S. – SSTS 149/2007 de 26 de febrero, 585/2007 de 26 de junio, ó 539/2008 de 23 de septiembre —que "*los elementos que vertebran este delito son los siguientes:*

1ª. La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades ó 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.

2ª. 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.*

3ª. 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.

Características del delito son el tratarse de un comportamiento activo, que excluye la comisión por omisión, tanto propia como impropia, siendo un delito de mera actividad y carente de resultado material, y de naturaleza esencialmente dolosa o intencional”; características que no quedan acreditadas en la conducta de los acusados como tendremos ocasión de comprobar.

Sentado lo anterior y por lo que respecta, en primer término, a los informes de la Guardia Civil – pericial de inteligencia – aportados a la causa y que son la base exclusiva de la acusación – al no aportar datos de interés las declaraciones testificales en la vista oral de los corresponsales de prensa asistentes al acto u otros testigos, tanto civiles como miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que no asistieron – reiterada Jurisprudencia del T.S., sobre la naturaleza de tales informes, ha diferenciado los supuestos en que el informe se realiza sobre material ya incorporado y obrante en el Sumario, supuesto en los que el Tribunal debe valorar aquellos elementos de carácter documental o testifical e incluso pericial que sirven de base al llamado “informe de inteligencia” en cuanto

que no incorpora un saber especializado y corresponde propiamente al área de la prueba testifical (STS. de 26 de septiembre de 2005 y 31 de mayo de 2006), de aquellos otros en que versa sobre material existente en diversos procedimientos que se trata de relacionar, partiendo del conocimiento "especializado" del agente o agentes policiales para extraer conclusiones, tratándose así de suministrar al Juzgador una serie de verdaderos conocimientos técnicos, científicos, artísticos y prácticos (art. 456 de la L.E. Crim.) con la finalidad de construir una realidad no contrastable directamente por la Sala, esto es, constituye una verdadera pericia en cuanto que se poseen conocimientos prácticos anteriores e independientes al proceso y supone un análisis relacionado de elementos dimanantes de diversos procesos sobre los que el perito tiene una serie de conocimientos especializados que puede ser valorado, siempre en los términos del art. 741 de la L.E.Crim., por la Sala sentenciadora, esto es, sin carácter vinculante y dentro del conjunto de la probanza (STS. de 13 de diciembre de 2001 y 29 de mayo de 2003); por eso, solo *"en la medida que no sea constatable directamente por el Tribunal la realidad o las conclusiones que constituyen el contenido de la prueba pericial será necesario acudir a la misma como medio de auxilio o colaboración con el propio Juez para alcanzar el convencimiento sobre la existencia o inexistencia de determinados hechos"* (STS de 13 de diciembre de 2001).

En el caso concreto, las acusaciones propusieron a varios miembros de la Guardia Civil como peritos-testigos, porque confeccionaron informes comúnmente llamados "de inteligencia", en realidad de análisis de información, que como periciales se admitieron por la Sala, tendentes a demostrar la responsabilidad de los acusados, en calidad de autores, de lo sucedido en el velódromo de Anoeta el día de autos al tener el pleno dominio de los hechos que allí acaecieron; aseveración que sostienen pero que no explican lo suficiente, ni tampoco aportan qué dato externo permite llegar a mantener tal acusación.

En efecto, ha resultado luego que esos informes no merecen tal calificativo, ya que no se han confeccionado utilizando conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos de los que carezca este Tribunal, sino que se han realizado bien sobre la base de la visualización directa relativa al desarrollo e incidencias acaecidas en el transcurso del acto – informes de los miembros de la Guardia Civil nº Y-74161-T y nº J-55446-R – bien sobre la base de noticias de prensa, videos obtenidos de medios de comunicación e informes de compañeros asistentes al acto – informe de los miembros de la Guardia Civil nº L-75806-P y Z-14597-D –, extrayendo sus autores sus propias conclusiones; por tanto, los referidos informes sólo contienen como conclusión meras deducciones de sus autores tras asistir al acto o analizar la información recibida, lo que compete en exclusiva al Tribunal (STS. de 21 de mayo de 2004).

En este sentido, de la prueba practicada no existe ningún dato objetivo que vincule a los acusados con el diseño del acto en cuestión; como contraindicio en este punto el testigo Sergio Lezkano Bernal declaró ante el Tribunal que *“trabajaba para una empresa que le contrataba para realizar estos trabajos”, que “la empresa estaba en Hendaya”, que “el objeto de esta empresa era la realización de espectáculos y montaje de todo tipo de actos, políticos, festivales, etc”, que “ellos organizaron el acto completo, desde poner el escenario hasta poner el audio, la “escaleta” del acto (guión), ver quiénes van a participar, si va a haber una proyección, todo este tipo de cosas”, que “desconoce qué personas le contrataron para hacer este trabajo”, que “a él le contrata la empresa”, que “le contrataban dos personas “Mañel” y “Asier”, relacionados directamente con la empresa”, que “el guión se diseña entre “Mañel” y “Asier”, y él estuvo ayudando a prepararlo”, que “el guión no lo contrataron con ninguno de los acusados, ni le dieron ninguna orden por escrito o de palabra para hacer este guión”, que “en el diseño del acto entraba la realización de un video y cree que lo hizo “Asier”, encargándose del montaje allí mismo”, que “los acusados desconocían el desarrollo y contenido, lo sabía el que*

tenía la "escaleta", interviniendo cuando les avisan, siendo los organizadores los que más o menos marcaban el ritmo del acto".

Asimismo, en cuanto a la cualidad de "promotor" del acto – organizador del mismo – atribuida a Joseba Álvarez Forcada, al haber sido el firmante del contrato de arrendamiento del local donde se celebró el acto, no existe ningún dato objetivo que vincule "promotor" con "organizador"; como contraindicio en este punto – además de la declaración testifical de Sergio, vista con anterioridad – el testigo Jesús Barreiro de las Llanderas, gerente el día de autos del Patronato Municipal de Deportes de Donostia, declaró ante el Tribunal que quien solicita el alquiler del local es Iñigo Balda en nombre de Joseba Álvarez Forcada – extremo confirmado por Iñigo en su declaración testifical ante el Tribunal – firmándose a continuación un contrato "tipo", apareciendo la palabra "promotor" en el impreso, respondiendo esta consideración a quien hace la solicitud; en cuanto a la firma del contrato el testigo Iñigo Balda declaró ante el Tribunal que, *"al hacerlo por correo con el Patronato de Deportes, éste remite un contrato "tipo" para que lo firme la persona que va a alquilarlo; él recibe el contrato, queda con Joseba Álvarez Forcada, se lo firma y lo reenvía al Patronato"*. Por último Jesús declaró ante el Tribunal que para todo lo relativo a cuestiones técnicas se pondría en contacto con él una persona llamada "Mañel" y que un tal "Asier" era el técnico concreto de la instalación y estaba montando el acto.

Por todo ello, no queda acreditado ningún "acto material" o "acuerdo de voluntades" por parte de los acusados – elementos objetivo y subjetivo acuñados por la Jurisprudencia definidores del llamado "dominio funcional del hecho" *"que implica tener la riendas pudiendo decidir que se ejecute o no"* (STS. 1621/2002 de 7-10 y 7 de julio de 2009) – tendente a diseñar ó 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”; de manera, que si por otra parte sabemos que no es posible la comisión por omisión del delito enjuiciado, el resultado ha de ser una sentencia absolutoria.

Así mismo, en cuanto a la responsabilidad de los acusados al actuar en nombre de Batasuna (art. 31 C.P.) , solicitada por la acusación popular, el resultado debe ser el mismo al no darse los requisitos establecidos en dicho precepto penal para considerar responsables a los acusados de los hechos objeto de enjuiciamiento.

El art. 31 del C.P. establece la responsabilidad personal del que actué como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad; en este sentido, establece la jurisprudencia que la incorporación al código de la responsabilidad personal derivada de la actuación en nombre de una persona jurídica, “ *no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que resultara probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia y al propio tenor del precepto. Lo que el mismo persigue, por el contrario, es obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente ocurrieren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes*” (SSTC. 150/89 y 253/93, de 20 de julio); en este caso ni existe persona jurídica al estar ilegalizada Batasuna ni, por tanto, delito especial propio relacionado con ella, ni mucho menos queda acreditado que los acusados tuvieran un control sobre el desarrollo del acto tal como fuese planificado por ésta, si es que ésta lo planifico realmente de hecho.

En último término, respecto del discurso político efectuado por Arnaldo Otegui el día de autos, una vez estudiado el acto documentado obrante en el procedimiento por diligencia de constancia del Secretario Judicial del Juzgado Central de Instrucción nº 6 (Fs. 1025-1033), documental obrante en el Rollo de Sala (Fs. 100-126) en cuanto a las partes del mismo traducidas del euskera e informes de la Policía y Guardia Civil obrantes en autos (Fs. 34, 35, 44, 45, 1.099, 1.100 y 1.332), en el mismo 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”* (STS. de 26 febrero de 2007); por tanto, y tratándose en definitiva el delito enjuiciado de un tipo específico descrito por el Legislador, *“consistente en ensalzar, encumbrar o mostrar como digna de honra la conducta de una determinada gravísima actuación delictiva, como lo es la de los elementos terroristas, tratándose de un comportamiento activo y de naturaleza esencialmente dolosa e intencional”* (STS. de 5-06-2009 y 224/2010, de 3 de marzo), procede en consecuencia la absolución de los acusados.

SEGUNDO.- COSTAS

Las costas procesales deben ser impuestas por ministerio de la Ley a los criminales responsables de todo delito o falta (artículo 123 del Código Penal), debiendo declararse de oficio las correspondientes al delito o delitos del que sean absueltos.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación

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 puede 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.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.