



EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, S.L., EDIFICIO EL DERECHO, Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2788

Madrid, martes 2 de febrero de 2010

TS PENAL

2009/234668

TS Sala 2ª, Sentencia 13 octubre 2009. Ponente: D. José Manuel Maza Martín

Prueba pericial de inteligencia policial Absolución del delito de integración en organización terrorista

Desestimando los recursos de casación interpuestos por los acusados, la Sala acoge el formulado por el otro imputado contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito de integración en organización terrorista. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del expresado delito, pues de él sólo se dice en la sentencia que "fue representante nacional", y a pesar de semejante indeterminación y flagrante ausencia de motivación, no sólo se le condena sino que es uno de los que, según la Audiencia, merece una pena superior por la importante posición que ocupaba en la organización; pero no consta que apareciera su nombre en los importantes documentos hallados en la sede, y no se explica de dónde extrae la sala las anteriores afirmaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los recurrentes, condenados por la Audiencia como autores de un delito de integración en organización terrorista, plantean un único Recurso conjunto en el que, a lo largo de sus cuarenta y cuatro motivos, se articulan una serie de argumentos impugnativos que conviene agrupar, para su ordenado análisis, en los siguientes apartados:

1) Un motivo por quebrantamiento de forma, el ordinal Cuadragésimo Segundo.

2) Diecisiete, del Quinto al Vigésimo Primero, en los que se denuncia la vulneración de una serie de derechos fundamentales.

3) Seis por infracción de Ley, del Primero al Cuarto y los dos que por error se enumeran duplicadamente como Cuadragésimo Tercero.

4) Y los restantes, del Vigésimo Segundo al Cuadragésimo Primero, referentes, de manera individualiza-

da, a la impugnación de las concretas condenas de cada uno de los veinte recurrentes.

Grupos de motivos que pasamos, por consiguiente, a analizar en el orden expuesto.

A) Motivo planteado por quebrantamiento de forma:

(...)

SÉPTIMO.- Antes de comenzar el análisis de los diferentes motivos planteados al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como infracciones en la aplicación del derecho penal sustantivo, hemos de recordar, al igual que hiciéramos ya anteriormente al abordar de forma genérica la cuestión de la tutela del derecho a la presunción de inocencia, la naturaleza y características de nuestro sistema casacional en esta materia de la infracción de Ley.

Si en su momento dijimos que no es quién este Tribunal de Casación

para corregir las convicciones probatorias alcanzadas por el Juzgador de instancia, si éstas se apoyaban en pruebas válidas y eficaces a las que se aplicaron criterios razonables en su valoración, ahora toca advertir que, salvo a través del estrecho cauce abierto por el apartado 2º del artículo 849 de la Ley procesal que aquí no es invocado, la Casación no permite alterar en modo alguno el relato de hechos probados consignado en la Resolución de instancia y que ha quedado ya aquí admitido, una vez se constató la solvencia de la tarea realizada por los Jueces "a quibus" en orden a la valoración del material probatorio disponible.

Ello quiere decir que nuestra función, en este momento, ha de dirigirse, exclusivamente, al control acerca de que las normas de derecho sustantivo aplicadas y su interpretación se correspondan adecuadamente con el sustento fáctico que las soporta, partiendo, en definitiva, de la intangibilidad absoluta de la narración histórica contenida en la Sentencia recurrida.

OCTAVO.- En tal contexto, el motivo Primero del Recurso se refiere a la indebida aplicación, a los hechos declarados como probados en la Resolución de instancia, del artículo 515.2 del Código Penal, puesto que tanto GPA como Askatasuna no pueden calificarse, dada la ausencia de carácter armado o violento de ambas, como bandas armadas ni organizaciones o grupos terroristas.

Como se acaba de decir en el anterior Fundamento Jurídico, los hechos son los que son, tal como vienen descritos en el correspondiente apartado de la recurrida, y el artículo 515.2 del Código Penal, cuya aplicación a aquellos se denuncia como indebida, dice que: "Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:..... 2º Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas...."

La Audiencia, en esta ocasión, consideró a GPA y Askatasuna "organizaciones o grupos terroristas", no "bandas armadas", y como ya se ha adelantado a nosotros nos corresponde ahora pronunciarnos sobre el acierto o desacierto de la aplicación de esa calificación, es decir, si realmente puede predicarse de GPA y

SUMARIO

TS

CIVIL

Inexistente ataque al honor al apreciar veracidad en el libro litigioso 10

PENAL

Absolución del delito de integración en organización terrorista 1

ADMINISTRATIVO

Planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 5, 1 Ley 25/1994 11

SOCIAL

Incompetencia del orden social para declarar la laboralidad de una relación a efectos de concurso de méritos 15

RS RESEÑA DE SENTENCIAS

16

INTERNET
http://www.elderecho.com
e-mail: clientes@elderecho.com

Askatasuna el ser “organizaciones terroristas”.

A este respecto empezamos afirmando cómo el terrorismo no es un fenómeno sencillo, ni mucho menos, sino que se trata de algo sumamente complejo y plural, toda vez que los fines perseguidos suponen un amplio efecto sobre la sociedad, que no se limita a los propios actos esencialmente violentos sino que se complementan también con otro tipo de acciones, desde la justificación de esa violencia y el ensalzamiento de sus autores hasta la amenaza y la extorsión, tendentes en definitiva a generar igualmente extensos ámbitos de verdadero terror, que permitan afirmar, con mayor seguridad y más fácilmente, el sometimiento de la ciudadanía a la voluntad de quienes, por estos procedimientos, secuestran su libertad.

En realidad, no disponemos de un verdadero concepto legal de terrorismo en nuestro ordenamiento, para poder predicar con esa autoridad que nace de la norma el calificativo “terrorista” de una determinada organización, pues el articulado del Código Penal, a partir del artículo 571, se limita a describir una serie de acciones (estrágos, incendios, delitos contra la vida y la integridad, secuestros, depósitos de armas, etc.) a las que, sobre todo a efectos penológicos, atribuye el carácter de “terroristas” porque vienen cometidos por sujetos vinculados, por su pertenencia, servicio o colaboración con bandas armadas, organizaciones o grupos “terroristas”.

Por tanto, lo que otorga la condición, desde la óptica legal, de “terrorista” a la conducta delictiva es esa pertenencia a una organización que viene caracterizada, desde un punto de vista estrictamente funcional o teleológico, en el propio artículo 571, cuando dice que se trata de organizaciones “...cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.”

Por consiguiente, podemos ya decir que “organización terrorista” es aquel grupo estructurado (organización) de individuos que persiguen la subversión del orden constitucional o la alteración grave de la paz pública, mediante el terror generado en la población con motivo de la comisión de hechos de naturaleza delictiva.

El acento, lógicamente, no debe estar en los aspectos meramente ideológicos de quienes quieren y pretenden “subvertir el sistema”,

sino en los medios empleados para ello, es decir, la siembra del terror a través de la ejecución de actos delictivos.

Pero, en cualquier caso, esa ausencia en nuestro ordenamiento positivo de un concepto concreto de terrorismo tampoco ha de ser tenido por un inconveniente insuperable para la persecución de tan graves conductas pues, como dice la STS de 22 de mayo de 2009:

“De todo ello se desprende que la jurisprudencia del TC ha configurado un concepto de terrorismo sobre la base del propósito de difundir una situación de inseguridad por la repetición de actividades, con una capacidad intrínseca necesaria para producir esas situaciones de terror en la colectividad, situación de terror por la inseguridad ciudadana que la actuación de esos grupos conlleva.

La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, igualmente mantiene la doctrina según la cual la determinación del carácter de actividad terrorista por la naturaleza de las acciones de quien las comete, es respetuosa con la Constitución, dado que ésta no la define de modo completo, no siendo, por tanto, necesario que exista un concepto legal de terrorismo para que puedan ser castigadas como tales determinadas acciones.

La STS. 2/97 de 29.11, además de defender que la ausencia de una definición de terrorismo no impide, sino que obliga a los juzgadores a configurar un concepto de terrorismo en atención a las acciones cometidas, sienta el carácter absolutamente ilegítimo de la acción violenta cuando señala que:

“Es evidente que con las fórmulas legales contenidas en los preceptos analizados se reafirma el designio constitucional de que ninguna actividad que incluya la violencia como método de lucha política resulte homologada para participar en la vida pública. Se garantiza así el pluralismo político, y la libertad ideológica, como lo demuestra el dato de que el título básico incriminador del terrorismo -concepto de obligada referencia en todas esas conductas- no es su teórica finalidad política tomada aisladamente, sino la actividad violenta que los terroristas diseñan y ejercitan para alcanzar sus objetivos y el efecto social que el mismo produce, dirigido a torcer los normales mecanismos de decisión política”.

Por su parte, la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de

13 de junio de 2002, sobre lucha contra el terrorismo, nos dice que “...se entenderá por “grupo terrorista” toda organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo” (art. 2).

Y, a su vez, enumera en su artículo 1, como “delitos de terrorismo”, una serie de graves conductas, desde los atentados contra la vida o integridad física y los secuestros, hasta los estragos, secuestros de aeronaves o buques, amenazas, etc., siempre que por su trascendencia “...puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional...”, siempre y cuando la finalidad de su autor o autores fuere una de las siguientes:

- Intimidar gravemente a una población.

- Obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

- O desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional

Desde los puntos de vista expuestos puede concluirse ya en algo de todo evidente, que obviamente no admite ninguna discusión, pero que nos interesa en este momento recordar: que ETA sería el verdadero prototipo de organización terrorista, plenamente situada al margen no sólo de la Ley sino también del ámbito de los valores democráticos internacionalmente reconocidos, por llevar a cabo actos de violencia, encaminados a sembrar el terror en la población como procedimiento para alcanzar sus objetivos de subversión social e institucional.

Pero es también obvio que a ETA aquí no se la juzga, al menos directamente, por lo que la cuestión que en realidad se nos plantea es la siguiente: ¿Puede afirmarse igualmente que GPA/Askatasuna, con los vínculos con ETA y las actividades que han quedado suficientemente acreditadas que llevaban a cabo, son susceptibles de ser válidamente calificadas así mismo como organización “terrorista”?

Es indudable, dada esa vertiente compleja del fenómeno terrorista a la que líneas atrás ya nos referíamos, que organizaciones como ETA pueden recibir apoyo del exterior, de di-

ferentes clases, y por ello textos como la Declaración del Consejo Europeo sobre la lucha contra el terrorismo, en su apartado 8, recomienda a los Estados miembros “Reflexionar sobre los factores que propician el apoyo al terrorismo y la captación de terroristas.”

Pero ello no significa que, automáticamente, toda clase de apoyo pueda y deba de calificarse también como terrorismo, ni que los que lo presten deban superar la categoría de meros colaboradores con el ilícito fenómeno, a título exclusivamente particular y sin arrastrar con ello el calificativo de “terrorista” a la estructura de la que formen parte.

Para llegar a ese punto, especialmente desde las exigencias del principio de legalidad, es preciso en nuestro Derecho dar un paso más, es decir, tener la constancia, fundada en hechos debidamente acreditados, de que la organización de que se trate forma parte integrante de la actividad terrorista, involucrando en ello a sus miembros o, al menos, a los más responsables de entre ellos, porque el verdadero objetivo y la razón de ser del grupo no es otro que el de participar activamente con el resto de sujetos que forman parte del entramado terrorista, cumpliendo un papel activo y trascendente, más allá de la simple comunión ideológica, en esa actividad tan condenable.

En tal sentido, decía la tan repetida STS de 22 de mayo de 2009: “Consecuentemente, para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida.

Es preciso acreditar que quienes defienden esas ideas, convirtiéndolas en sus fines, han decidido imponerlas a los demás mediante medios violentos, como ya se ha dicho, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y aterrorizar a la población. Dicho de otra forma, es preciso establecer que, desde la mera expresión y defensa de unas ideas, han iniciado de alguna forma, incluso con la decisión efectiva de llevarlo a cabo, su paso a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, individualmente y como grupo.

Tal cosa puede manifestarse de múltiples formas, aunque a efectos

penales siempre será preciso algún hecho verificable y significativo, que acredite al menos el inicio de acciones encaminadas a la obtención de medios idóneos para el logro efectivo por ellos mismos o por terceros de aquella finalidad, o bien que ya han procedido de alguna forma, mediante acciones de captación, adoctrinamiento o apoyo, suministro de efectos, sustento ideológico o en cualquiera otra de las muy variadas formas en que tal clase de cooperación puede manifestarse, a colaborar con quienes ya desarrollan efectivamente tales actividades, se preparan para hacerlo o ya lo han hecho.”

Pues bien, en el caso que nos ocupa puede afirmarse, sin lugar alguno a la duda, que en efecto las dos organizaciones a las que se refiere la Resolución de instancia, GPA y Askatasuna, sí que tenían realmente la condición de “terroristas” de acuerdo con las previsiones del artículo 515.2 del Código Penal.

Y ello aunque les asista inicialmente la razón a las Defensas cuando comienzan afirmando, ante este Tribunal, que no sólo carecen esas organizaciones de un carácter “armado” sino que tampoco han realizado directamente y por sí mismas acciones de violencia o, más bien habría que decir, que no son acusadas específicamente en este procedimiento por la ejecución de actos que pudieran ser de esa clase, especialmente a la hora de llevar a cabo ciertas acciones de presión para la expulsión de los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado y del Poder Judicial del territorio de las provincias vascas y de Navarra.

Porque la atribución de la condición de “terrorista” a la organización no requiere forzosamente el que ella, y todos o parte de sus miembros, cometan por sí mismos los actos de violencia que vienen normativamente señalados como “delitos de terrorismo”, conforme a lo que ya ha tenido oportunidad de afirmar esta Sala e incluso la Sala especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de este Tribunal, con motivo tanto de la decisión de procedimientos para la ilegalización de ciertas organizaciones políticas (STS de 23 de marzo de 2003, recientemente confirmada además por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Resolución de 30 de junio de este mismo año) como del enjuiciamiento penal de organizaciones como Kale Borroka, EGIN, etc. (Ss de 19 de enero de 2007 y 22 de mayo de 2009).

Y ello porque, mientras que la organización con existencia independiente y ajena a lo que constituye un verdadero complejo terrorista, aunque coincida ideológicamente con el terrorismo e, incluso, persiga sus mismos fines, no podrá ser identificada, al menos en su condición grupal y colectiva, como “organización terrorista” si no resulta acreditada la

utilización de medios violentos o delictivos como los anteriormente descritos, en el caso que nos ocupa nos hallamos ante dos organizaciones que, según ha quedado suficientemente probado, formaban parte, como una más, de las propias estructuras del terrorismo, sin posibilidades de actuación ajena o independiente a lo que eran las directrices fijadas por los máximos responsables de esa estructura.

GPA y Askatasuna son, por consiguiente, “organizaciones terroristas” porque no son, a su vez, más que una pieza más en el mosaico del terrorismo vasco, encabezado por ETA con su significado de “frente militar”, pues es la principal encargada de la directa comisión de los delitos violentos que aportan esta nota imprescindible para la calificación de “terrorista”, y “vanguardia dirigente”, ya que es quien fija en último término las líneas estratégicas para alcanzar los objetivos tradicionales y toma las decisiones más relevantes en el seno del “movimiento”.

Incluso, ese “movimiento” tiene un nombre: MLNV (Movimiento de Liberación Nacional Vasco), en cuyo seno se alojan las organizaciones de la izquierda “abertzale”, desde ETA hasta GPA o Askatasuna.

“Terrorista”, por lo tanto, es calificativo aplicable a todo el entramado y a las organizaciones que lo forman, porque las características de tal, la finalidad subversiva perseguida mediante la siembra del terror en la sociedad a través de la ejecución de concretos actos de violencia, encarnadas en primera persona en ETA, son en realidad las características de todos aquellos que cumplen fielmente el papel que les corresponde dentro del plan general marcado por esta organización.

Y aunque GPA y Askatasuna no se dedican a la comisión, por sí mismas, de delitos terroristas, sí que participan en la amplia y coordinada actividad desplegada por el terrorismo, manteniendo la cohesión de un grupo tan sensible como el colectivo de presos, justificando las acciones criminales cometidas por éstos, infundiendo el terror a los “enemigos” de ETA “señalándoles” públicamente como responsables de la “represión”, ejerciendo presiones de todo punto ilícitas para expulsar del País Vasco y Navarra a los representantes de instituciones democráticas cuya autoridad se niega, etc.

En resumen, podemos concluir diciendo que GPA y Askatasuna forman parte de la misma estructura expandida de ETA, que ésta dirige y orienta, y representan así el papel que tienen asignado dentro del amplio haz de las actividades terroristas, apoyando y reforzando las posiciones de la banda armada en aquellos ámbitos que la estrategia general del terror les asigna, por lo que constituyen, en sí mismas, una

“organización terrorista” como “asociaciones ilícitas” (art. 515 CP) que con carácter general por supuesto que son, dada la naturaleza rotundamente ilegal de las actividades que desarrollan y que se acaban de describir.

Planteamiento holístico del grave y amplio fenómeno terrorista, que es universalmente reconocido en general y que, en particular, ha quedado perfectamente demostrado en esta ocasión con la descripción de los vínculos, organizativos y jerárquicos, institucionales y personales, existentes entre estas organizaciones y ETA, su unidad estratégica y su comunión ideológica, con la aceptación de la violencia y el ejercicio del terror, cualquiera que fuere la organización a cuyos miembros directamente les corresponda ejecutarlos, como medios para alcanzar los fines políticos que igualmente se comparan como objetivos unitarios en su integridad.

Desestimándose por todo ello este motivo y procediendo, una vez afirmado el carácter de “organizaciones terroristas” de GPA y Askatasuna, pasar a analizar seguidamente la segunda de las alegaciones relativas a infracción de Ley, es decir, si los recurrentes pueden ser calificados como “integrantes de organización terrorista”, en los términos y con el alcance previstos en el artículo 516.2 del Código Penal.

NOVENO.- Los ordinales Segundo a Cuarto aluden, también coincidentemente, a la incorrecta aplicación del artículo 516.2 del Código Penal, en relación con el anterior 515.2, toda vez que la Audiencia no ha descrito ni analizado, con la suficiente individualización para cada uno de los recurrentes, la concurrencia del elemento subjetivo del tipo de integración en organización terrorista, al aplicar, de manera automática dicha figura penal por la simple pertenencia de todos ellos a GPA.

Debe afirmarse, en primer lugar, que no es cierto que la “simple pertenencia” a las organizaciones a las que nos venimos refiriendo sea interpretada por el Tribunal “a quo”, automáticamente, como integración en “organización terrorista”, puesto que esa decisión viene condicionada por la posición de responsable de algún sector de la organización, verdaderamente relevante en lo que al significado “terrorista” de la misma se refiera, ocupada por el acusado de que se trate.

Y es ésta una decisión hermenéutica adoptada por la Audiencia de todo punto correcta, como tendremos oportunidad de comprobar a continuación.

En tal sentido, de nuevo la STS de 29 de mayo de 2009 decía: “En definitiva la pertenencia, dice la STS. 541/2007 de 14.6, de esta forma, supone la integración de manera más o

menos definitiva, pero superando la mera presencia o intervención episódica, y sin que signifique necesariamente la participación en los actos violentos característicos de esta clase de delincuencia, pues es posible apreciar la pertenencia a la organización como integrante de la misma cuando se desempeñan otras funciones diferentes como consecuencia del reparto de cometidos propio de cualquier organización, a la que no es ajena la de carácter criminal. Así, es posible apreciar la integración en los casos en los que el autor aporte una disponibilidad acreditada y efectiva para la ejecución de distintos actos, en un principio indeterminados, de favorecimiento de las actividades de otro tipo realizadas por la organización terrorista.

En la STS. 119/2007 de 16.2, se citaban los requisitos establecidos jurisprudencialmente para apreciar la pertenencia a banda armada, grupo u organización terrorista, se decía en esta sentencia, recogiendo doctrina de otras precedentes, que “al respecto, hemos establecido (Sentencia núm. 1.127/2002, de 17 de junio; o núm. 556/2006, de 31 de mayo) que los requisitos que se exigen para la apreciación del delito de integración en organización terrorista, son los siguientes:

a) Como sustrato primario, la existencia de un grupo o banda armada u organización terrorista, lo que, a su vez, exige, la presencia de una pluralidad de personas, la existencia de unos vínculos entre ellas y el establecimiento de relaciones de cierta jerarquía y subordinación. Tal organización tendrá por finalidad la realización de acciones violentas contra personas y cosas, con finalidad de pervertir el orden democrático-constitucional. En definitiva actuar con finalidad política de modo criminal. Su estructura será compleja, pues sus componentes pueden abarcar diversas facetas o actuaciones (informativas, ejecutivas u operativas en cualquier orden) para la consecución de sus fines, uno de cuyos aspectos será la comisión delictiva indiscriminada, con objeto de coaccionar socialmente para la imposición de sus objetivos finales.

b) Como sustrato subjetivo, tal pertenencia o integración requiere un carácter más o menos permanente, pero nunca episódico, lo que, a su vez, exige participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan a la finalidad que persigue el grupo.”

Por consiguiente, en principio, obtenida la calificación como “terrorista” de la organización de referencia, lo acertado sería precisamente esa atribución automática de integrante en la misma para todos aquellos que, cumpliendo las exigencias que acabamos de ver, fueran sus miembros,

ya que quien forma parte activa, cualquiera que fuere su cometido personal concreto, de una organización con un único designio terrorista merecería, evidentemente, la denominación de "integrante" y la sanción penal correspondiente por ello.

De otra parte, la adscripción a la organización como integrante de la misma no requeriría inicialmente una actividad determinada, puesto que las acciones concretas constitutivas de infracción penal autónoma son independientes del delito de integración y suponen sustratos de hecho diferentes (STS de 16 de julio de 2004, por ejemplo).

Pero no debemos de olvidar que, al igual que han hecho Sentencias que componen la doctrina jurisprudencial precedente en esta materia, las propias esencias de la naturaleza terrorista de las organizaciones que aquí examinamos, en tanto que vinculadas a la cabeza directora (ETA) en un régimen de sometimiento prácticamente absoluto, lo que por otra parte no puede servir para excluir la responsabilidad de quienes voluntariamente aceptan actuar en ese régimen, deben matizar ese concepto de "integrante", a fin de huir de ilógicas e injustas exacerbaciones del contenido típico de la norma aplicada, restringiéndolo a quienes, bien por ocupar como en el presente caso ciertas posiciones dentro de la organización instrumentada o por otras razones suficientemente acreditadas, la constancia de su conocimiento de la contribución y sometimiento a los dirigentes de la plural actividad terrorista así como la participación en la obediente ejecución y control de las instrucciones recibidas, permita atribuirles tan grave responsabilidad con el protagonismo criminal de verdaderos miembros integrantes del "movimiento" terrorista (vid. art. 2 Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo).

Pudiéndose incluso diferenciar, en ese contexto y como de manera muy destacada y correcta hizo la anterior STS de 22 de mayo de 2009, entre aquellas participaciones que merecen ser calificadas como propias de auténticos dirigentes organizativos (art. 516.1 CP), las referidas a los integrantes (art. 516.2 CP) e, incluso, las de los meros colaboradores (art. 518 o 576 CP).

En el presente supuesto, la recurrida sólo condena con la calificación de "integrantes", sin más distinciones, a todos los recurrentes y por éstos no se plantean expresamente otras alternativas, conclusión que, como luego veremos, ha de tenerse por absolutamente acertada, si exceptuamos los casos de quienes fueron castigados con una pena superior a los restantes, precisamente por su mayor relevancia en la organización, que quizá habrían podido merecer la calificación de "directores", extremo

en el que no debemos profundizar a la vista del aquietamiento, tanto del Ministerio Público como de la Acusación Popular, con este extremo del pronunciamiento.

Se alega en el Recurso que la Resolución de instancia, al aplicarlo automáticamente a todos los acusados, no individualiza de manera adecuada la presencia del elemento subjetivo del tipo penal de integración en organización terrorista.

Pero, como ya adelantamos, esto no es así, habida cuenta de que esa atribución de la condición de integrante se construye en este caso, en cada uno de los supuestos, con excepción del que más adelante se dirá, sobre una doble base: la posición de "responsable" dentro de la organización y la posibilidad de identificar elementos probatorios que acreditan en qué consistía esa "responsabilidad" y, por tanto, lo que ello significaba de conocimiento, aceptación y participación activa dentro del diseño general de la actividad terrorista.

Esta técnica, por otra parte como ya se ha dicho en modo alguno innovadora en nuestra doctrina jurisprudencial, que ha de considerarse plenamente ajustada al derecho positivo tanto como a cánones de justicia material, lleva a una especie de "degradación" de la categoría típica, convirtiendo a quienes ostentan la dirección de organizaciones como las aquí analizadas, o más propiamente a algunos de ellos, en meros "integrantes" del terrorismo, pero porque precisamente en casos como los suyos se está formando parte de aquel aparato jerárquico de la organización que indiscutiblemente se inscribe, a su vez, en la estructura general del que hemos venido denominando por su amplitud "movimiento" terrorista, que aglutina a quienes dirigen, planean, fijan estrategias, toman decisiones y cometen actos de violencia con los que desempeñan el resto de actuaciones, no por no violentas menos necesarias para la siembra del terror y de la imposición autoritaria de las ideas y fines de subversión social e institucional.

De tal manera, el significado del elemento subjetivo del tipo penal aplicado por la Audiencia a los condenados habrá precisamente de buscarse, como ya anticipamos, en el individualizado examen de las pruebas de su posición y de los cometidos dentro de la organización atribuibles a cada uno de ellos en particular, que es la tarea que corresponde a los Fundamentos Jurídicos que componen el último grupo de los de esta Resolución.

Razones todas las anteriores por las que, en definitiva, también estos motivos han de desestimarse.

DÉCIMO.- Más adelante, el motivo Cuadragésimo Tercero, denuncia, con mención también de los artículos 9.3 y 25.1 de la Carta Magna, la indebida inaplicación del artículo 174

bis b) del Código Penal de 1973, por incorrecta aplicación de los artículos 515.2 y 516.2 del Texto hoy vigente, al entender como más beneficiosa para los recurrentes la norma precedente.

Pero, como ya se ha tenido oportunidad de ver y seguiremos comprobando a partir de este momento, los hechos enjuiciados, aunque en lo que se refiere a la existencia de las organizaciones, en particular GPA, se remonten a muchos años atrás, lo cierto es que en lo relativo a las actividades delictivas y su participación en ellas de los recurrentes las mismas se prolongan hasta tiempos muy recientes, por supuesto ya bajo la vigencia del actual Código Penal y de los preceptos aplicados por la Audiencia.

Y como ya ha tenido oportunidad de reiterar esta Sala en supuestos semejantes (SsTS de 19 de mayo y 19 de julio de 2003, 16 de julio de 2004 o 31 de mayo de 2006), siendo el delito de pertenencia a banda armada o de integración en organización terrorista una infracción de carácter permanente, que subsiste en tanto que el sujeto consienta esa adscripción, para esta clase de ilícitos que presentan una duración en el tiempo, pudiendo abarcar períodos temporales de diferente vigencia normativa, el criterio aplicable es que, al margen del principio de mayor favorabilidad de la norma, las conductas realizadas con posterioridad atraen a las anteriores al efecto, también en este caso indudablemente más favorable para el reo, de componer un solo delito regido todo él por esta norma de vigencia ulterior.

Por ello se desestima el motivo.

UNDÉCIMO.- Finalizan los motivos de infracción de Ley en el ordinal del Recurso que lleva incorrectamente la identificación, al igual que el anterior, de Cuadragésimo Tercero, cuando en realidad es el Cuadragésimo Cuarto.

Se plantea en él la infracción de los artículos 50 y 66 del Código Penal, al haberse impuesto unas penas desproporcionadas por excesivas, sin justificación para ello e insuficientemente motivadas en cuanto a su individualización.

Pues bien, en este caso la Audiencia ha distinguido entre dos grupos de acusados, condenando a aquellos que considera con una mayor responsabilidad dentro de las organizaciones terroristas objeto de examen a unas penas situadas en la mitad superior de las previstas legalmente y al resto de condenados, para quienes ni la pena privativa de libertad impuesta ni la de inhabilitación especial sobrepasan la mitad de la previsión legal.

En cuanto a los primeros, con pena de prisión de diez años con su accesoria de inhabilitación absoluta y la

especial de empleo o cargo público, ambas por igual tiempo que la privación de libertad, cuando el precepto establece para esta clase de delitos las penas de seis a doce años de prisión y de seis a catorce de inhabilitación especial, el fundamento en el que se basa la recurrida para su individualización (FJ 20º) es, literalmente, el siguiente:

"Luis Manuel, Primitivo y Desiderio son o han sido coordinadores nacionales, y ello se traduce en que desde esa posición en el grupo, su voz destaca y es seguida por el resto, marcan las pautas y por ende, tienen mayor predicamento.

Desde esa representación nacional se lidera el mensaje que abona la cohesión, todo ello en los términos que han quedado expuestos, pasando a ser referente para los demás.

Debe asimismo tenerse presente que su proyección pública la utilizan para, en pro del proyecto soberanista de la "construcción nacional", captar y mantener la "sensibilización social" que E.T.A. indicó; ésta se traduce en la conceptualización de los presos de dicha organización de "represaliados políticos vascos", y sus miembros son ensalzados, hasta el punto que si fallecen cuando se disponían a perpetrar un atentado, lo que se transmite es que son patriotas que "murieron en defensa de los derechos de Euskal Herria".

Así concebido, no es de extrañar que como héroes, se les quiera reemplazar y se termine por engrosar en sus filas, lo que asegura que frente a caídas de los comandos operativos del frente armado, se encuentre una pronta recomposición y con ello el mantenimiento en el tiempo de la propia E.T.A.

Ese resaltar frente a los demás y en el sentido indicado, ha de proyectarse sobre la pena que se les ha de imponer y que se concreta en la aplicación de la mitad superior en su extensión de 10 años de prisión por el delito de integración en organización terrorista, además de la inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de doce años.

Como pena accesoria, conforme al artículo 55 en relación con el 79, ambos del Código Penal, es de imponerle a cada uno de ellos la de 10 años de inhabilitación absoluta durante todo el tiempo de duración de la condena."

Del mismo modo que seguidamente, en el mismo Fundamento Jurídico se nos explica, para justificar las penas de ocho años de prisión y diez de inhabilitación impuestas al resto de acusados: "Los demás procesados, que al igual que los anteriores son integrantes en los términos de dicho apartado segundo del artículo 516 del Código Penal, cada uno desde el área en que despliega su actividad o en el territorio que geográficamente

les compete, se han empleado también de forma activa en pro de aquél colectivo de presos vinculados al terrorismo de E.T.A. cuya específica tarea se desgranó más arriba; ese continuado hacer supone desde esa integración el traducirse en una materialización permanente de variadas iniciativas que, nuevamente no sólo es en apoyo sino encumbrando a quienes se empeñan en denominar represaliados políticos y así se consiguiera contribuir al mensaje distorsionador acerca de los auténticos y reales motivos de su situación en nada coincidente con las conductas incriminadas y perseguidas conforme Código Penal español.

Se ubican así, desde el punto de vista de la graduación de la pena, en un escalón que, sin llegar al reproche punitivo para con los anteriores, traspasa el mínimo previsto por el legislador en el meritado apartado segundo de dicho artículo 516 del texto punitivo y que por lo expuesto, es adecuado imponer la pena de la mitad inferior en su extensión de 8 años de prisión por el delito del que vienen siendo acusados, además de la inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez años. Ello afecta a los siguientes procesados: Jorge, Moisés, Sixto, Carlos Daniel, Porfirio, Irene, Alejo, Patricia, Cipriano, Fabio, Humberto, Luis, Jenaro, Rodolfo, José Francisco, Pedro Miguel, Agapito y Carlos.

Finalmente, procede imponer a éstos, como pena accesoria, en aplicación de los artículos 56 y 79 del Código Penal, la de 8 años de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena."

De modo que se observa cómo, tanto en lo que respecta a los primeros, con una argumentación que casi nos aproxima a su consideración como "directores" (art. 516.1 CP), más que meros "integrantes" /art. 516.2 CP), de la organización terrorista, como por lo que se refiere también al segundo grupo, en cuanto al que la exigencia de motivación no es tan estricta dado que no se superaron los límites medios de las penas, ha de considerarse que el Tribunal de instancia sí que realizó el esfuerzo de motivación mínimamente exigible para explicar las razones del por qué de la individualización de las sanciones impuestas, por otro lado plenamente proporcionadas a la gravedad de unos hechos como los enjuiciados.

Por lo que los motivos nuevamente se desestiman, así como todos los relativos a las supuestas infracciones de Ley.

D) Motivos individuales relativos a cada una de las condenas sufridas por los recurrentes:

DUODÉCIMO.- A lo largo del discurso de esta Resolución se ha procedido, tras el análisis del único

motivo de carácter formal planteado en el Recurso, a examinar, en primer lugar, las cuestiones relativas a las vulneraciones de derechos fundamentales en las que habría podido incurrir la Sentencia recurrida, de modo muy especial, las relacionadas con el ámbito probatorio, llegando a la conclusión de que tales infracciones no se habían producido y que, por consiguiente, el material probatorio valorado por la Audiencia era plenamente válido.

A continuación, hemos estudiado igualmente los argumentos de índole nomofiláctica planteados en el Recurso, para convenir finalmente en que no sólo los preceptos aplicados son temporalmente los correctos y las correspondientes sanciones se encuentran debidamente motivadas, sino que tanto GPA como Askatasuna reúnen los elementos precisos para integrar el carácter de "organizaciones terroristas", del artículo 515.2 del Código Penal, y que quienes fueran sus miembros, con cierto nivel de relevancia dentro de la organización al que ya nos hemos referido, procedía declararles incurso en el supuesto de "integrantes de organización terrorista" del artículo 516.2 de dicho cuerpo legal.

Se trata a partir de ahora, por consiguiente, de examinar uno a uno el caso de cada recurrente para comprobar si realmente existe, de manera individualizada, la acreditación de esa pertenencia relevante en la organización que ha de calificarse como integración en la estructura terrorista.

Para esta tarea contamos con cuatro grandes haces de pruebas, a saber: las declaraciones de los propios recurrentes, ciertas testificales prestadas en Juicio, la ya comentada ampliamente "prueba pericial de inteligencia" y, sobre todo, una abundantísima documental.

Documental, a su vez, integrada por piezas, en soporte papel e informático, intervenidas en los registros practicados en los domicilios de algunos de los acusados y en las sedes locales de las organizaciones investigadas

No obstante, hay que realizar a este respecto una importantísima precisión previa relativa a la disponibilidad de tan voluminosa prueba, pues es pretensión del Ministerio Público, con base en el argumento de que a ello nos conduce el que debemos entrar a decidir sobre la existencia o no de prueba suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia de los recurrentes cuya vulneración el propio Recurso plantea, que acudamos no sólo a las pruebas expresamente mencionadas en la Sentencia recurrida sino a todo lo incorporado a las actuaciones, de modo que el propio Fiscal, en un esfuerzo innegablemente meritorio y digno de alabanza, expone con toda precisión en su escrito de impugna-

ción al Recurso la totalidad de los elementos materiales que, a su juicio, avalan el acierto de los pronunciamientos de la Audiencia, incluso aquellos que ésta no ha considerado necesario incluir en su Resolución.

Ante ello, la respuesta de este Tribunal no admite duda, habida cuenta de que la previsión contenida en el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que nos faculta para acudir al examen directo de las actuaciones, no sólo ha de utilizarse con la oportuna moderación, dada la naturaleza propia de la Casación y la improcedencia genérica de la revisión de la valoración probatoria, sino que queda condicionada a despejar una duda fáctica que pudiere redundar en beneficio del reo, en ningún caso para extraer material probatorio en su contra con el que complementen-

■

"...nos es imposible, en este momento, suplir, contra reo, las lagunas probatorias advertidas en la Resolución del Tribunal "a quo". Circunstancia, por otro lado, que el propio Fiscal, en una encomiable demostración de su sometimiento a los principios de legalidad e imparcialidad, vino a admitir en su Informe emitido con ocasión de la Vista del Recurso."

■

tar el mencionado en la Resolución de instancia, subsanando las lagunas que en este terreno la misma pudiere ofrecer.

Es por ello, por lo que hemos de restringir esas posibilidades de pruebas inculpativas exclusivamente a las que aparezcan amparadas por el contenido de la recurrida.

Dicho esto, ha de adelantarse ya desde aquí la extraordinaria importancia que tienen, como base a partir de la cual se construye la atribución de las conductas delictivas a los recurrentes, los documentos ocupados en el registro practicado en la sede de GPA en Bilbao y muy en concreto aquellos que describen la estructura organizativa del grupo, con asignación nominativa de los respectivos cargos y responsabilidades, pues pocos medios probatorios pueden ser

tan creíbles y útiles para acreditar esos extremos que los provenientes de la misma organización y pocos extremos tan trascendentales a la hora de determinar las responsabilidades que aquí se enjuician que el de la ubicación de los recurrentes en los cargos que ocuparon.

Lo que acabará conduciéndonos, por las razones que a continuación individualizadamente se exponen, a la desestimación de todos los motivos restantes, con la sola excepción del Trigésimo, que se estima con base en los argumentos que también se expresarán.

DÉCIMO TERCERO.- Carlos (motivo Vigésimo Segundo).

Este recurrente que, como todos los que siguen, alude a la vulneración de sus derechos a la presunción de inocencia, de igualdad, de opinión, de expresión y de reunión, para combatir la condena contra él dictada por la Audiencia, según los Hechos probados de la Resolución de ésta, es vinculado con Askatasuna, de la que formaba parte desde su constitución según admitió en el acto del Juicio, en la que evidentemente ostentaba una posición no sólo relevante sino directamente vinculada con las actividades propias del ámbito terrorista, como acreditan los documentos, tanto en papel como en soporte informático, ocupados en el registro de su domicilio.

El contenido de estos documentos es tan significativo, a los efectos de fijar correctamente el papel que desempeñaba Carlos en la organización de la que formaba parte y su conocimiento y aceptación de las instrucciones de actuación provenientes de ETA, como los que se refieren a:

- La continuidad estructural entre GPA y Askatasuna, surgida de la fusión de la primera y la francesa Koordinaketa, como expresión de la realidad del proceso de integración territorial de la izquierda "abertzale" diseñado en su día por la propia ETA, como en su momento ya expusimos.

- Un balance de las denuncias presentadas por supuestas torturas por los presos miembros de ETA, siguiendo la estrategia de esta organización a la que también se refiere la Sentencia recurrida.

- Informes bimensuales sobre diversas materias como la misma anterior cuestión de las denuncias por torturas, la práctica de la denominada "guerra sucia" o la situación de los miembros de ETA "huidos" de la acción policial.

- Un balance sobre la implantación de los servicios policiales franceses en la lucha contra ETA.

No resulta de recibo, por tanto, a la vista de tales documentos, ni la alegación relativa a la infracción del

derecho a la igualdad, por no haber resultado absuelto como el acusado Evaristo, que la Audiencia considera vinculado con la organización sólo por el desempeño de sus tareas profesionales como Abogado, ni las alusiones a los derechos de opinión, expresión y reunión que, al igual que para los restantes recurrentes, con lo que ya queda dicho con carácter general, no pueden en ningún caso amparar conductas constitutivas de delitos de tanta gravedad como los que son objeto de enjuiciamiento en esta causa.

DÉCIMO CUARTO.- Carlos Daniel (motivo Vigésimo Tercero).

Carlos Daniel figura ya, en el importante documento sobre el que tendremos que volver en repetidas ocasiones, titulado "Proposetu Bebarrezko Ardurand. Nazionalak" (Anexos 8, 9 y 10 del Tomo XXXVII) y hallado en la sede en Bilbao de la propia GPA, así como copias del mismo en los domicilios de Irene y Cipriano, en el que se enumeran una serie de cargos y sus titulares respectivos, como responsable de "Solidaridad y Asistencia".

Aunque también intervendría con importante grado de influencia en las decisiones económicas de la organización, como lo demuestra el sentido inequívoco de la conversación telefónica intervenida el 14 de junio de 2001 entre Sixto y el propio Carlos Daniel (cinta 1, cara b, paso 485), en la que era éste quien otorgaba la correspondiente autorización a su interlocutor para realizar un préstamo de 500.000 pesetas de GPA al establecimiento mercantil "Quetzal" utilizado para la financiación de las actividades de la organización.

Además también resulta acreditado para la Audiencia, a partir de la documental de referencia, que este recurrente era uno de los asistentes a las reuniones llamadas de "Coordinación de la Izquierda Abertzale", de la máxima trascendencia para la coordinación, como su propio nombre indica, con las otras organizaciones del ámbito terrorista pues era allí, con la asistencia de máximos responsables sectoriales y locales donde se planificaban actividades y, en definitiva, se asumían las órdenes e instrucciones que, desde su posición de mando, emitía ETA.

Por último, en el registro de su vivienda fue ocupada la agenda en la que se habían anotado diversas citas y convocatorias para reuniones con otros miembros directivos de la "Izquierda abertzale", agenda sobre la que, como se denuncia en el Recurso, es cierto que no se practicó prueba caligráfica porque ante la fuerte presunción acerca de su titularidad dado el lugar del hallazgo el propio recurrente no solicitó prueba alguna que la desvirtuase.

Lo que, en su conjunto, revela con suficiencia el papel desempeñado por este recurrente dentro de GPA y,

por lo tanto, el que se trata de uno de los miembros de la misma plenamente conocedores del verdadero significado e intención de sus actividades y de los vínculos existentes con el resto del movimiento abertzale y, en concreto, de sometimiento a los mandatos de ETA.

DÉCIMO QUINTO.- Irene (motivo Vigésimo Cuarto).

Dentro de los importantísimos documentos internos ya referidos, que se intervinieron en la sede de GPA de Bilbao, y en concreto de los que llevan por nombre "Proposetu Bebarrezko Ardurand. Nazionalak" y la hoja de cálculo "Gipuzkoa 2" (Anexo 19 del Tomo XXXVII), Irene figura como responsable de la estructura organizativa en Hernani y participe activa en el área de "Solidaridad y Asistencia", como responsable de esta estructura en la provincia de Guipúzcoa.

Así mismo, se la cita también en otro documento hallado en el mismo lugar, y aún si cabe más significativo que los anteriores a la hora de revelar la importancia de la posición y responsabilidades de esta recurrente dentro de GPA, pues, tras la denominación de "Asistentzia 24 Orduz" (Anexo 19 del Tomo XXXVII) lo que en él se incorpora es el listín telefónico de los nueve dirigentes de GPA con los que, en caso de necesidad y por cualquier circunstancia relacionada con la organización que pudiera suscitarse, pueden comunicar los miembros de la organización para recibir la asistencia o las instrucciones propias del caso.

También asistía a las conocidas reuniones de "Coordinación de la Izquierda Abertzale" o al menos era conocedora de lo que en ellas se trataba, a juzgar por las anotaciones que, al respecto, obran en la agenda ocupada con motivo del registro de su domicilio.

En este mismo registro se le intervino un cuaderno con anotaciones del "Área de huidos", relativo a ciertas reuniones y, aún más importante, a las dinámicas tratadas en ellas para intentar paralizar expulsiones administrativas de miembros de ETA.

Corroboran definitivamente, por último, este papel tan relevante desempeñado por Irene, sus apariciones públicas, reflejadas en los medios de comunicación (folios 11080 a 11087 del Tomo XXXVII), en las que interviene representando a GPA como responsable de la organización en Guipúzcoa.

Semejante desempeño de funciones lógicamente la inscribe dentro del círculo de los miembros de GPA relacionados con la superior vinculación con ETA y el entramado terrorista que ésta dirigía.

DÉCIMO SEXTO.- Porfirio (motivo Vigésimo Quinto).

La situación de este recurrente es muy similar a la de la anterior ya que ambos compartían la responsabilidad de dirigir, coordinar y representar a GPA en Hernani, tal como aparece en la estructura contenida en el ya meritado documento "Gipuzkoa 2", y vuelve a repetirse su nombre y número de teléfono en el revelador listado de "Asistentzia 24 Orduz".

En el Juicio oral reconoce su integración en GPA y según diversos medios de comunicación apareció en diferentes comparencias públicas como representante de la organización en Guipúzcoa (Folios 11077 a 11079 del Tomo XXXVII), con manifestaciones, plenamente coherentes con la estrategia diseñada y dispuesta por la misma ETA, de que la tortura sobre los presos de esa organización era una herramienta habitual de la Policía con la cobertura de la Audiencia Nacional.

Y participó con evidente protagonismo tanto en la organización como en la realización de "jornadas de lucha" y actos de homenaje para el ensalzamiento póstumo de militantes terroristas fallecidos, como el celebrado en honor a Pilar.

De igual manera que también asistía a las ya conocidas reuniones para la "Coordinación de la Izquierda Abertzale", según las anotaciones y fechas contenidas en la agenda personal ocupada en el registro de su vivienda.

De modo que puede predicarse de Porfirio, con idéntico fundamento, las mismas afirmaciones incriminatorias antes vertidas para el caso de Irene.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Luis Manuel (motivo Vigésimo Sexto).

Si alguno de los acusados concita un acopio de prueba abundante respecto de su relevancia en la organización GPA y de su implicación en todos aquellos proyectos y actividades enmarcados en la estrategia diseñada y dirigida por ETA, ese no es otro que Luis Manuel.

Esa importancia de su presencia en GPA es la que llevó a la Audiencia a imponerle unas penas superiores a las de otros condenados, con base en argumentos que ya se han transcrito y que aproximan considerablemente la figura de este recurrente a la de uno de los "directores" de organización terrorista a los que se refiere el artículo 516.1 del Código Penal.

A lo largo de siete páginas la Resolución de instancia presenta el apretado inventario del material probatorio que inculpa a Luis Manuel.

Así, los documentos ocupados en la sede de GPA en Bilbao le sitúan en la cúspide de la organización como "coordinador a nivel nacional" y su número telefónico y nombre fi-

guran también en el listado de "Asistentzia 24 Orduz".

Por supuesto que es uno de los asiduos a las reuniones de "Coordinación de la Izquierda Abertzale" y en la celebración de actos en homenaje de terroristas como los miembros de ETA fallecidos en agosto de 2001, en Bolueta, cuando transportaban los dispositivos para la ejecución de un atentado.

Acto en el que Luis Manuel actuó como orador manifestando, entre otras cosas, estas ideas tan comprometedoras:

"Compartimos un proyecto político con estos cuatro militantes que han perdido la vida, en defensa de los derechos de Euskal Herria".

"Estamos orgullosos de compartir un mismo proyecto político, con los cuatro militantes independentistas".

"¿Cómo se puede perder el respeto a quienes han dado su vida por Euskal Herria? Nunca daremos la espalda a quien lucha en defensa de este pueblo".

En otras comparencias en actos públicos, desde principios de 1993 hasta mediados de 2000, en las que actúa en su condición de representante máximo de GPA, reflejadas en los medios de comunicación (Anexo 2 del Tomo XXXVI), listadas en número de más de veinte en la fundamentación jurídica de la recurrida y algunas reconocidas incluso en su declaración en el Juicio oral, vuelve a hacer afirmaciones tales como que los presos de ETA son en realidad "represaliados políticos" sometidos a torturas y violaciones por parte de la Policía y la Guardia Civil, que habían ido al País Vasco a "hacer la guerra" y que eran una "policía de ocupación", a quienes protege la Audiencia Nacional y los Tribunales franceses.

Participa también desde el estrado en el acto de homenaje del preso de ETA, en prisión desde hacía 20 años, Ildefonso, alias "Virutas", en compañía de dos encapuchados que aparecen en el escenario exhibiendo el anagrama de ETA.

Incluso tras la muerte en atentado de ETA del concejal del Partido Popular de Durango, Roque, justificó ese hecho como una lógica respuesta del pueblo contra "los responsables políticos del sufrimiento de los presos", que "dan cobertura a esa violencia".

Interviene directamente como impulsor de la campaña "Alde Hemenetik", como consta acreditado en el documento obrante como Anexo 30 del Tomo XXXI de las actuaciones.

También figuran en los autos grabaciones de las conversaciones telefónicas mantenidas por este recurrente con otros miembros de la organización, donde se comprueba el

nivel de ascendencia jerárquica de que disfrutaba y la trascendencia de sus decisiones como cuando a Jenaro (único condenado que aquí no ha recurrido) le ordena que el texto de una pancarta a exhibir por los miembros de GPA en una manifestación de apoyo a ETA debe decir:

“Necesitamos a los patriotas encarcelados en el pueblo”.

Por último, según el documento “Ekitaldi Nazionale Anoeta Velodromoan”, estaba prevista su presencia en el acto de presentación de Askatasuna, en el velódromo de Anoeta de San Sebastián, inicialmente programada para el mes de enero de 2002.

En definitiva, poco más se precisa decir para comprobar cómo Luis Manuel es, sin duda, el mayor implicado en las actividades desarrolladas por GPA dentro de la estrategia fijada por la organización ETA, como misiones propias asignadas a la primera dentro de los variados cometidos del amplio espectro del terrorismo militante.

DÉCIMO OCTAVO.- Desiderio (motivo Vigésimo Séptimo).

En la estructura de GPA Desiderio es el “alter ego” de Luis Manuel puesto que no sólo comparte con él la coordinación nacional de la organización, según los documentos de la sede de Bilbao y su propio reconocimiento en Juicio, o un lugar en la lista asistencial de 24 horas igualmente hallada en ese registro, sino que también participa en homenajes a terroristas de ETA como Pilar y asiste a las reuniones de “Coordinación de la Izquierda Abertzale”, según las notas contenidas en su agenda personal.

Se le ocupan en su vivienda documentos con información respecto de diversas estrategias de actuación paralela a la de ETA y la Sentencia de instancia afirma probada su pertenencia también a EKIN, organización declarada “terrorista” por reciente Sentencia de esta misma Sala (STS de 22 de mayo de 2009).

De hecho, se le atribuye ser el encargado, desde EKIN, de “dinamizar” las actividades de GPA, teniendo en cuenta que, como dijimos en anteriores Fundamentos Jurídicos de esta misma Resolución, era EKIN, como sustituta de KAS, la organización encargada de la coordinación, al servicio de ETA y de los intereses que representaba, del resto de las organizaciones de la Izquierda Abertzale.

Una referencia a esa actividad figura referenciada, en primera persona, en las anotaciones de su agenda personal, mientras que sobre otros aspectos de su intervención en GPA obran en la causa grabaciones de sus conversaciones telefónicas.

Se trata, por lo visto, de otra persona esencial en la estructura de

GPA y en especial en los lazos que vinculan a ésta con el resto del “movimiento” abertzale, incluida su “vanguardia dirigente”, es decir, ETA.

Por ello precisamente es el segundo acusado al que la Audiencia condena con una pena superior a las de los restantes.

DÉCIMO NOVENO.- Rodolfo (motivo Vigésimo Octavo).

Rodolfo es el coordinador de GPA en Navarra y como tal aparece, representando a la organización, en ese nivel provincial, en varias comparecencias públicas reflejadas en los medios de comunicación (folios 11045 a 11051 del Tomo XXXVII).

En la grabación telefónica efectuada el día 23 de mayo de 2001 participa, junto con su interlocutor Pedro Miguel, en la organización de un acto en demanda de la excarcelación de presos de ETA, a los que en el propio Juicio oral denominaría “presos políticos”.

Menciones las anteriores todas ellas relativas a la actuación de Rodolfo e incluidas en la Sentencia recurrida que, aunque pudieran parecer algo escasas en número, no dejan de ser trascendentalmente significativas como muestra de su importante actividad organizativa y, por ende, perteneciente a ese grupo al que venimos refiriéndonos, recordemos que era ni más ni menos que coordinador provincial para Navarra, que ostentaba su innegable autoridad interna precisamente por su conocimiento y adhesión a los verdaderos objetivos perseguidos por GPA, vinculada y bajo las órdenes de ETA como organización rectora del movimiento “abertzale” terrorista.

Por lo que también en este caso hemos de considerar razonable el criterio de la Audiencia, en la valoración de las pruebas disponibles, y su conclusión acerca de la integración de este recurrente en el ámbito terrorista.

VIGÉSIMO.- Cipriano (motivo Vigésimo Noveno).

Cipriano es, junto con Rodolfo, el otro coordinador responsable de la organización en Navarra, de acuerdo con los documentos de Bilbao, en los que así mismo también figura, con su número telefónico, en la lista de asistencia de 24 horas.

Pero además, según esa misma documentación, es uno de los responsables del área “Derecho a vivir en Euskal Herria” y miembro integrante del denominado “Comité de Provincias”, que coordina la actividad desarrollada por las estructuras territoriales de esta dimensión provincial.

Comparece públicamente en representación de GPA y en esas comparecencias los medios de comunica-

ción (folios 11019 a 11094 del Tomo XXXVII) registran manifestaciones suyas como las citadas en la Resolución de instancia (pg. 134).

El 9 de agosto de 2001 mantiene conversación telefónica, que es intervenida por la Policía (cinta 18, cara A, paso 665 a 673), en la que junto con su interlocutor, el también recurrente Jorge, redacta el texto para la convocatoria del acto de homenaje a los cuatro terroristas de ETA fallecidos en Bolueta.

Actuaciones todas ellas claramente reveladoras de la posición de este recurrente, equivalente cuando menos a la situación del anterior y, por ende, igualmente reveladora de su integración en el movimiento terrorista.

■

“...lo que otorga la condición, desde la óptica legal, de "terrorista" a la conducta delictiva es esa pertenencia a una organización que viene caracterizada, desde un punto de vista estrictamente funcional o teleológico, en el propio artículo 571, cuando dice que se trata de organizaciones "...cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.”

■

VIGÉSIMO PRIMERO.- Primitivo (motivo Trigésimo).

Respecto de Primitivo, la parquedad de la Sentencia recurrida es patente.

En la narración de Hechos declarados probados tan sólo se dice:

“Primitivo fue representante nacional”.

Y en la Fundamentación jurídica, cuando se va desgranando la prueba acreditativa de la participación de cada uno de los condenados en los hechos que se enjuician, de nuevo exclusivamente leemos a propósito de este recurrente:

“Primitivo: En Gestoras Pro-Amnistía fue representante nacional.”

A pesar de semejante indeterminación y flagrante ausencia de motivación, no sólo se le condena sino que es uno de los que, según la Audiencia, merece una pena superior por la importante posición que ocupaba en la organización.

Según lo que leemos en la recurrida, no consta que apareciera su nombre en los importantes documentos hallados en la sede de Bilbao, y no se nos explica de dónde extrae la Sala las anteriores afirmaciones.

Por otro lado, el Fiscal afirma, en su escrito de impugnación del Recurso, que existe algún material probatorio, al que como decimos no se refiere en ningún momento la Sentencia recurrida, que implica a Primitivo en comparecencias públicas representando a GPA y en actos de “señalamiento” como la concentración celebrada ante el domicilio del concejal del Partido Popular, Sr. Roque.

Pero como ya antes adelantábamos nos es imposible, en este momento, suplir, contra reo, las lagunas probatorias advertidas en la Resolución del Tribunal “a quo”.

Circunstancia, por otro lado, que el propio Fiscal, en una encomiable demostración de su sometimiento a los principios de legalidad e imparcialidad, vino a admitir en su Informe emitido con ocasión de la Vista del Recurso, manifestando lo consciente que era de la penuria de la argumentación de la Audiencia en relación con este recurrente.

Razones por las que procede la estimación del motivo, con el ulterior dictado de la Segunda Sentencia, en la que se recoja el correspondiente pronunciamiento absolutorio derivado de esta estimación.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Alejo (motivo Trigésimo Primero).

Según la narración de Hechos probados de la recurrida, con base en el contenido de los tan citados documentos intervenidos en la sede de GPA en Bilbao, dos declaraciones testificales prestadas en Juicio, las de Valentín y Inocencio, y las propias manifestaciones del recurrente en ese acto, Alejo era responsable de la organización en Álava, así como del área de “Libertades públicas”.

Además manifestó públicamente, representando a GPA (folios 11006 a 11026 del Tomo XXXVII), que “...bajo la aplicación de la ley antiterrorista pasan (los presos de ETA) 3 o 5 días incomunicados, y en ese tiempo la Guardia Civil tiene vía libre hasta conseguir con torturas y malos tratos que se incrimine a otros compañeros.”

Y también participó activamente en la organización del acto de homenaje de la miembro de ETA fallecida, Pilar, como revelaron las diver-

sas grabaciones de las conversaciones mantenidas con otros militantes, en especial con Patricia (cinta núm. 3, cara B, pasos, 130-132, 135-140, 142-145, 147-148 y 153-157, y cinta núm. 8, cara A, pasos 639-644, 690-698 y cara B, pasos 460-473).

Datos que revelan la implicación de Alejo en GPA hasta el punto de su consideración como integrante del amplio movimiento terrorista.

VIGÉSIMO TERCERO.- Moisés (motivo Trigésimo Segundo).

Coordinador provincial de GPA en Vizcaya y miembro del Comité de Provincias es Moisés, según la nominación que figura en el esquema estructural y atribución de cargos en la organización contenidos en los documentos hallados en la sede de Bilbao, donde también se le incluye en el grupo de Asistencia telefónica durante las veinticuatro horas del día.

Y participó en esa condición de alto responsable de la organización en diferentes comparecencias públicas (folios 10982 a 10985 del Tomo XXXVII), entre ellas los actos de homenaje de los terroristas fallecidos en Bolueta, en los que intervino como orador, junto con unos encapuchados que subieron al escenario exhibiendo el anagrama de ETA.

Asistía a las referidas reuniones de "Coordinación de la Izquierda Abertzale", al igual que Desiderio, en su condición de miembro de EKIN, interviniendo en ellas para asegurar esa coordinación y su puesta en práctica, siguiendo las instrucciones de ETA.

Con anotaciones acerca de los temas tratados en esos encuentros, junto con alusiones expresas a la ejecución de la campaña "Alde Hemendik", en la agenda que le fue intervenida (Anexo 39 del Tomo XXX).

Se intervinieron conversaciones telefónicas entre Moisés y Jorge tratando de la conveniencia de convocar una reunión de la "Izquierda Abertzale" con motivo del fallecimiento de Pilar, y de este mismo recurrente con Nicolás sobre la dificultad para celebrar otro homenaje honrando a un preso de ETA (cinta núm. 1, cara B, pasos 100 a 104).

Por último, en la sede de GPA en Bilbao, en la que estaban al frente Moisés y Jorge, además de numerosa e importantísima documental sobre la estructura y actividades de la organización se encontró el documento "Udaren Bolantzea/Balance de verano", que se encabeza con las frases "leer, quemar, leer, quemar", algo muy propio, según la pericial, de los documentos de ETA.

Cúmulo de datos, debidamente acreditados, que, en efecto, señalan a Moisés como uno más de los integrantes de la organización terrorista,

en un sentido jurídico estricto de esta calificación.

VIGÉSIMO CUARTO.- Humberto (motivo Trigésimo Tercero).

Humberto aparece como responsable de Comunicación de GPA en Vizcaya en el documento ocupado en la sede de ésta en Bilbao, denominado "Komunikabidekim El Karrizketak"

En esa condición, además de su vinculación con las empresas controladas por GPA, Jais Press y Amaiur Press Service, es el encargado del aspecto publicitario de los actos de apoyo a los presos de ETA y otros que se convocan por GPA, como se comprueba por el contenido de la conversación que mantiene el día 9 de julio de 2002 con Jenaro (cinta 4, cara A, paso 36 a 49), donde trata del aspecto estético y decorativo del acto "Askatasun Fauoadak/Latidos de Libertad".

A semejanza de lo que antes ya se decía en relación con el recurrente Rodolfo (Fundamento Jurídico Décimo Noveno), la escasez numérica de las pruebas relativas a Humberto expresamente mencionadas en la Resolución de instancia, no ha de interpretarse ni mucho menos como una carencia de datos para considerarle como responsable a alto nivel de la organización, toda vez que el responsable de Comunicación es, sin duda, una figura clave en cualquier organigrama organizativo.

Y esa es la condición acreditada de Humberto, por lo que su calificación como integrante en el movimiento terrorista ha de ser confirmada.

VIGÉSIMO QUINTO.- Agapito (motivo Trigésimo Cuarto).

La Sentencia recurrida declara probado que este recurrente fue, junto con Carlos y José Francisco, uno de los tres primeros relevantes miembros de Askatasuna al tiempo de su fundación, hallándose en registro practicado en su domicilio un documento informático llamado Askatasuna, relativo a la caracterización de esta organización para el futuro, como sucesora de GPA.

En otro documento intervenido en la misma ocasión se lee como objetivo de la referida organización: "Reivindicar el carácter político de los represaliados siendo altavoz de sus necesidades e intereses, y gestionar y aumentar la solidaridad y asistencia hacia los represaliados políticos."

Así mismo, Agapito contactó el día 27 de diciembre de 2002 con Telefónica al haber sido cortadas varias líneas de teléfono que venía usando Gestoras Pro-Amnistía, con el fin de mantenerlas en lo sucesivo al servicio de Askatasuna (cinta núm. 7, cara A, pasos 57 a 113), gestión que

por sí misma resulta altamente significativa, junto con el contenido de la conversación telefónica de 23 de octubre de 2002 tratando sobre su aparición pública, ante la prensa, para realizar unas declaraciones, en representación de GPA, sobre la situación de los "presos políticos" vascos (cinta núm. 1, cara A, pasos 493 a 513).

Datos que, en definitiva, revelan bien a las claras la determinante posición dentro de esta organización de este recurrente y, por tanto, la implicación en las actividades directamente vinculadas con la actividad sometida a ETA, como cabeza rectora de las organizaciones que integran la "Izquierda Abertzale".

VIGÉSIMO SEXTO.- Patricia (motivo Trigésimo Quinto).

Patricia era Coordinadora de GPA en Álava y además ocupaba el cargo de responsable del área "Derecho a vivir en Eusal Herria" y figuraba en la lista telefónica "Asistentzia 24 Ormuz/Asistencia 24 Horas", todo ello según los repetidos documentos de GPA de Bilbao.

Asistía a las reuniones de "Coordinación de la Izquierda Abertzale", cuyo importante significado para la actividad de las organizaciones, entre las que se encontraba GPA, ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad.

Realizó manifestaciones públicas, en las que actuaba en nombre de GPA (folios 11017 y 11018 del Tomo XXXVII), sobre la "tortura" que sufrían los militantes de ETA detenidos y presos.

En la agenda que se le ocupa constan, entre otras anotaciones, algunas sobre la actividad denominada como "K.K" ("Kontuz Kontrola/Cuidado Control"), integrada en la campaña "Alde Hemendik".

En la Fundamentación jurídica de la recurrida se mencionan hasta quince grabaciones de conversaciones telefónicas en las que esta recurrente mantiene conversaciones con numerosos responsables de la organización para abordar, entre otros temas, la organización de homenajes a militantes de ETA.

Todo lo cual pone de relieve, incuestionablemente, que también Patricia era miembro relevante de GPA y perteneciente por tanto al ámbito de quienes desempeñaban su actividad con plena conciencia y asunción de que los objetivos reales y la actuación de esa organización a la que pertenecía eran intencionadamente coincidentes con el terrorismo con el que se encontraba plenamente vinculada.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- Pedro Miguel (motivo Trigésimo Sexto).

Consta en los documentos de la sede de Bilbao que este recurrente

era uno de los responsables del área de "Libertades democráticas" de la organización GPA, concretamente en Navarra.

Circunstancia que también confirmó en Juicio la testigo África, así como que era uno de los organizadores o participantes de la campaña "Alde Hemendik", lo que fue igualmente reconocido por él mismo.

Es el interlocutor de la conversación telefónica con Rodolfo, intervenida el 23 de mayo de 2001, a la que ya antes nos referimos y en la que ambos trataron de la organización en Navarra de un acto de homenaje a terroristas de ETA.

Por otro lado, su relevancia en la organización viene confirmada por las comparecencias públicas llevadas a cabo y registradas en varios los medios de comunicación (los folios 11082 a 11085 del Tomo XXXVII).

En consecuencia, se trata de nuevo de un señalado responsable de GPA en Navarra y voluntario y consciente partícipe, como los anteriores, en las tareas desarrolladas por esta organización con sumisión a las instrucciones dictadas por ETA.

VIGÉSIMO OCTAVO.- Sixto (motivo Trigésimo Séptimo).

En los reiterados documentos de la Sede de Bilbao, a Sixto se le señala como responsable de finanzas de la organización aunque, como vimos con anterioridad, actuaba, al menos en ciertas ocasiones, recibiendo instrucciones de Carlos Daniel, como en el caso del préstamo concedido a "Quetzal" sobre el que ambos trataron en una conversación telefónica intervenida.

Reconoció en Juicio que le incumbía la solidaridad económica de GPA, incluyendo la recaudación por sus rifas, "txonas/bares portátiles", etc., lo que corroboró también la testigo Alejandra.

Era el Administrador único de la empresa Goikogane S.L., en la que se ingresaba el dinero recolectado en fiestas populares, etc., por GPA y otras organizaciones como Ekinizal, Herri Batasuna, etc.

Su actividad y la de dicha empresa viene perfectamente reflejada en diversas conversaciones telefónicas que le fueron intervenidas (cinta 5-B, cara A pasos del 61 al 200), así como por los hallazgos documentales obtenidos con motivo del registro practicado en la entidad, en el transcurso del cual también se encontró documentación acreditativa del abono de multas administrativas impuestas a Luis Manuel y cargadas como gasto en las cuentas de Goikogane S.L.

También procede, por lo tanto, considerar a este recurrente como implicado en el ámbito de GPA de

pendiente y partícipe de la estrategia terrorista de ETA.

VIGÉSIMO NOVENO.- José Francisco (motivo Trigésimo Octavo).

Este recurrente, miembro según sus propias manifestaciones, de GPA y Askatasuna, se inscribe, dentro del organigrama de la primera de tales organizaciones, en la denominada "área de huidos", e interviene, como responsable en dicha GPA, en la preparación y ejecución de homenajes a militantes de ETA, como los celebrados tanto en honor de Pilar como por los cuatro terroristas fallecidos en Bolueta, poseyendo en su domicilio el texto del discurso a pronunciar en este segundo homenaje.

Así mismo, tomaba parte en las reuniones de dirigentes y coordinadores celebradas para la "Coordinación de la izquierda abertzale".

Participó de forma activa, igualmente, en la campaña "Alde Hemenetik", ocupándose en el registro de su domicilio un documento consistente en un diseño propagandístico de esa campaña.

De hecho fue uno de los miembros de GPA que tomo parte, desde sus inicios, en la constitución de la organización sucesora de aquella, Askatasuna, junto con Carlos y Agapito.

Y se le intervino en su vivienda y en relación con esta ulterior actividad, documentos informáticos significativos, tales como el denominado "Askatasun Ohiaua", relativo a la planificación económica de Askatasuna, y el "Karta Homertziala" de GPA/Askatasuna.

De nuevo, por tanto, se puede afirmar que estamos ante un integrante del movimiento terrorista.

TRIGÉSIMO.- Fabio (motivo Trigésimo Noveno).

Según los documentos de la sede de Bilbao, Fabio es uno de los responsables, dentro de GPA, del "Área de libertades democráticas".

Cometido con el que guardan relación las conversaciones telefónicas que se le intervinieron y a las que hace referencia la Sentencia recurrida en sus Fundamentos Jurídicos (folio 132) de fecha 13 y 29 de marzo de 2002.

Lo que evidencia también en su caso, su ubicación destacada en la estructura de GPA y por ende, de acuerdo con todo lo dicho hasta ahora, su inclusión en el grupo de ejecutores de las instrucciones y estrategias provenientes de ETA, como cabeza, del movimiento terrorista.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- Luis (motivo Cuadragésimo).

A semejanza del anterior, Luis también es condenado por la Au-

diencia en razón a su indudable carácter de responsable y directivo dentro de la organización de GPA, como queda suficientemente evidenciado por su inclusión, dentro de la estructura descrita en la documentación ocupada con motivo del registro de la sede de Bilbao, con la condición de responsable del "Área de huidos".

Habiendo desarrollado, así mismo, diversas actividades públicas, en representación de GPA (folios 11056 a 11062 del Tomo XXXVII), lo que evidencia su carácter directivo, con manifestaciones relativas a la denuncia de las torturas supuestamente sufridas por los miembros de ETA, dentro de la estrategia de esta organización diseñada al efecto.

Razones por las que el motivo ha de desestimarse.

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- Jorge (motivo Cuadragésimo Primero).

Y, finalmente, por lo que se refiere a Jorge, su condición de directivo y responsable de GPA resulta evidente, a partir de numerosos datos acreditados que le vinculan con actividades y cometidos propios de ese carácter, tales como su posición en la estructura de GPA, descrita en los documentos de la sede de Bilbao, con carácter de coordinador de la organización en Vizcaya, así como del área de "Solidaridad y Asistencia" y figurando en el listado telefónico de atención a los miembros de GPA durante las 24 horas del día, las noticias de prensa relativas a actos públicos en los que, en su condición de representante de GPA realizaba manifestaciones coincidentes con los objetivos estratégicos y propagandísticos de la propia ETA (folios 10966 a 10981 del Tomo XXXVII), la constancia de su carácter de asistente a las reuniones de "Coordinación de la Izquierda Abertzale", según las anotaciones de la agenda que se le ocupó en su domicilio, su participación activa en los homenajes a terroristas de ETA y en la política de presiones y amenazas a las empresas francesas con presencia en el territorio vasco y navarro (Intervenciones telefónicas contenidas en la cinta núm. 10, cara B, pasos 395 a 411), etc.

Además también consta que fue él quien tomó la decisión de destinar a los militantes de ETA presos una parte de los beneficios obtenidos por GPA con el alquiler de un local de su propiedad (cinta núm. 10, cara B, pasos 732 a 748).

Elementos que revelan claramente su capacidad de decisión en actividades directamente vinculadas con el terrorismo de ETA, por lo que este motivo se desestima.

E) Costas:

TRIGÉSIMO TERCERO.- A la vista del contenido parcialmente es-

timatorio de la presente Sentencia, deben ser declaradas de oficio las costas ocasionadas por este Recurso, en lo que se refiere al recurrente abuelto, imponiéndose las restantes a los recurrentes cuyas pretensiones se desestiman.

Todo ello a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

FALLO

Que con estimación del Recurso de Casación en lo que respecta a la condena de Primitivo y desestimación de las pretensiones referentes a Carlos, Carlos Daniel, Irene, Porfirio, Luis Manuel, Desiderio, Rodolfo, Cipriano, Alejo, Moisés, Humberto, Agapito, Patricia, Pedro Miguel, Sixto, José Francisco, Fabio, Luis y Jorge, interpuesto contra la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el 15 de septiembre de 2008, por la que se le condenaba a los recurrentes como autores de un delito de integración en organización terrorista, que casamos y anulamos parcialmente, debiéndose dictar, en consecuencia, la correspondiente Segunda Sentencia.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en el presente Recurso, en lo que a Primitivo se refiere, imponiendo al resto de los recurrentes las causadas a su instancia.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución y la que seguidamente se dictará, 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. Juan Saavedra Ruiz.- Joaquín Giménez García.- José Manuel Maza Martín.- Miguel Colmenero Menéndez de Lurcar.- Francisco Monterde Ferrer.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de octubre de dos mil nueve.

En la causa incoada por el Juzgado Central de Instrucción número 5 con el número 33/2001 y seguida ante la Audiencia Nacional, Sala de los Penal Sección 4ª, por delito de integración de organización terrorista, contra Luis Manuel, nacido el 25 de marzo de 1955, en Gainza (Guipúzcoa), hijo de Antonio y Josefa María, titular del D.N.I. núm. 007; Desiderio, mayor de edad, nacido el 11 de marzo de 1967, en San Sebastián, hijo de Ignacio y de Emilia,

con DNI núm. 008; Primitivo, mayor de edad, nacido el 15 de junio de 1964, en Galdácano (Vizcaya), hijo de Ángel y María Dolores, titular del D.N.I. núm. 009; Jorge, mayor de edad, nacido el 5 de noviembre de 1969, en Bilbao, hijo de Pedro Luis y Begoña, titular del D.N.I. núm. 010; Moisés, mayor de edad, nacido el 18 de enero de 1967, en Bilbao, hijo de Salvador y Ana María, titular del D.N.I. núm. 011; Porfirio, mayor de edad, nacido el 5 de octubre de 1979 en San Sebastián, hijo de Pedro y Lourdes, titular del D.N.I. núm. 012; Irene, mayor de edad, nacida el 26 de junio de 1975, en Ordicia (Guipúzcoa), hija de José Francisco y Aniceta, titular del D.N.I. núm. 013; Alejo, mayor de edad, nacido el 23 de noviembre de 1977, en Vitoria, hijo de Mario y Natividad, titular del D.N.I. núm. 014; Patricia, mayor de edad, nacida el 27 de marzo de 1971, en Vitoria, hija de Jesús y Amada, titular del D.N.I. núm. 015; Cipriano, mayor de edad, nacido el 18 de noviembre de 1966, en Pamplona, hijo de Jesús y María Isidora, titular del D.N.I. núm. 016; Rodolfo, mayor de edad, nacido el 15 de noviembre de 1971, en Pamplona, hijo de José Javier y Beatriz, titular del D.N.I. núm. 017; Luis, mayor de edad, nacido el 28 de octubre de 1957, en Baracaldo (Vizcaya), hijo de Antonio y Mercedes, titular del D.N.I. núm. 018; Fabio, mayor de edad, nacido el 8 de octubre de 1977, en Burgos, hijo de Julián y María Carmen, titular del D.N.I. núm. 019; Pedro Miguel, mayor de edad, nacido el 7 de julio de 1978, en Pamplona, hijo de Pedro y Soledad, titular del D.N.I. núm. 020; Jenaro, mayor de edad, nacido el 3 de julio de 1959, en Elorrio (Vizcaya); Epifanio, mayor de edad, nacido el 26 de octubre de 1954 en Eibar (Guipúzcoa), hijo de Miguel y de Susana, titular del D.N.I. núm. 021, Carlos Daniel, mayor de edad, nacido el 9 de junio de 1962 en Pasajes (Guipúzcoa), hijo de Manuel y María Luisa, titular del D.N.I. núm. 022; Sixto, mayor de edad, nacido el 19 de octubre de 1968 en Bilbao, hijo de Ricardo y Pilar, titular del D.N.I. núm. 023; Casimiro, mayor de edad, nacido el 7 de octubre de 1959 en Bilbao, hijo de Basilio y Valentina, titular del D.N.I. núm. 024; Nicolás, mayor de edad, nacido el 13 de diciembre de 1951 en Guernica (Vizcaya), hijo de Antonio y María, titular del D.N.I. núm. 025; Noemi, mayor de edad, nacida el día 2 de agosto de 1976 en Eibar (Guipúzcoa), hija de José y María Arrate, titular del D.N.I. núm. 026; Humberto, mayor de edad, nacido el 8 de abril de 1956 en Iurreta (Vizcaya), hijo de Vicente y Juana, titular del D.N.I. núm. 027; Evaristo, mayor de edad, nacido el 27 de febrero de 1972 en Bilbao, hijo de Javier y María Pilar, titular del D.N.I. n núm. 028; Carlos, mayor de edad, nacido el 28 de julio de 1975 en Azcoitia (Guipúzcoa), hijo de Xabino y María del Carmen, titular del D.N.I. núm. 029; Agapito, mayor de edad,

nacido el 26 de marzo de 1970 en Vitoria (Álava), hijo de Julián y María, titular del D.N.I. núm. 030; Adela, mayor de edad, titular del D.N.I. núm. 031; José Francisco, mayor de edad, titular del D.N.I. núm. 032, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 15 de septiembre de 2008, que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

Se admiten los de la Resolución recurrida, excepto la frase:

“Primitivo fue representante nacional”, que se excluye de los mismos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se tienen aquí por reproducidos los Fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

SEGUNDO.- Como ya se ha dicho en el Fundamento Jurídico Vigésimo Primero de los de la Resolución que precede, ante la ausencia de prueba suficiente para la enervación del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) del acusado Primitivo, procede su absolución.

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

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos absolver y absolvemos a Primitivo, del delito de integración en organización terrorista del que venía acusado en las presentes actuaciones, con declaración de oficio de una vigésima parte de las costas procesales causadas en la instancia, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la Resolución de instancia relativos a las condenas de los restantes acusados.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz.- Joaquín Giménez García.- José Manuel Maza Martín.- Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.- Francisco Monterde Ferrer.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.



2009/234617

TS Sala 1ª, Sentencia 5 octubre 2009. Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Inexistente ataque al honor al apreciar veracidad en el libro litigioso

El TS declara haber lugar a los recursos de casación interpuestos, anulando la sentencia impugnada absolviendo al autor del libro litigioso de haber vulnerado el derecho al honor de la demandante, al haber publicado en el mismo que la actora estaba vinculada como enlace entre los presos de una organización terrorista y la cúpula dirigente. La Sala considera correcta la exigencia de veracidad apreciada por la sentencia de instancia, que estimó que el autor del libro demandado cumplió con la diligencia exigible en la investigación de los hechos en él relatados, y declara que dicha exigencia se elevó a un nivel excesivo en la segunda instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La sentencia recurrida estimó las pretensiones declarativa y de condena que había deducido en su demanda Dª Camila, en defensa de su derecho fundamental al honor, que consideró lesionado por los demandados, por medio de un libro escrito por D. Edmundo, con el título “Mujeres de ETA, piel de serpiente”, y editado por Editorial Temas de Hoy, SA.

Alegó la demandante que, en uno de los apartados del libro, bajo el subtítulo “Nosotras, militantes de ETA”, aparecía escrito lo siguiente: “Camila - la mujer KAS -. Parlamentaria de HB en Vitoria, ha sido enlace entre los presos etarras y la cúpula dirigente”. Esa afirmación, según la demandante, no era cierta, pues no era miembro de KAS, declarada ilícita, ni había actuado de enlace entre los presos de ETA y sus dirigentes.

La sentencia de primer grado desestimó la demanda, por considerar el órgano judicial que, de conformidad con el sentido que el Tribunal Constitucional había dado a los artículos 18 y 20 de la Constitución Española, no se había producido la intromisión ilegítima denunciada.

La sentencia de apelación estimó el recurso de la demandante y, en lo sustancial, la propia demanda, pues condenó a los dos demandados a abonar solidariamente a la actora la suma de dinero por ella reclamada en concepto de indemnización.

La referida sentencia ha sido recurrida por los dos demandados. El autor del libro lo hizo mediante un recurso de casación, por dos motivos,

en los que, respectivamente, denuncia la infracción de los artículos 18, apartado 1, y 20, apartado 1, letras a) y d), de la Constitución Española.

La sociedad interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. En estas normas que afirma fueron infringidas son las mismas señaladas en los dos motivos del otro recurso, razón por la que ambos se examinarán de modo conjunto.

SEGUNDO. En el recurso extraordinario por infracción procesal Ediciones Temas de Hoy, SA acusa, con amparo en el artículo 469, apartado 1, ordinal 2º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de los artículos 216, 217, 218, apartado 2, 217, en particular su apartado 6, y 316 de la misma Ley procesal, que regulan temas heterogéneos como son, por un lado, el principio de justicia rogada, la carga de la prueba, la exhaustividad, congruencia y motivación de las sentencias y, por otro, la valoración del interrogatorio de las partes.

Realmente, el motivo constituye expresión de la discrepancia de la recurrente con la valoración de la prueba efectuada en la segunda instancia sobre la veracidad e interés público de la información contenida en el libro respecto de la demandante y con la aplicación de las reglas de la carga de la prueba sobre los referidos temas.

El recurso se desestima ya que no abre una nueva instancia que posibilite revisar la valoración de la prueba practicada - salvo por la vía del artículo 469, apartado 1, ordinal 4º -, que es lo que pretende la recurrente mediante la denuncia de unos su-

puestos defectos internos de la sentencia recurrida.

Por otro lado, las reglas de la carga de la prueba sobre la veracidad de la información y el interés público de la misma no han sido incorrectamente aplicadas por la Audiencia Provincial de Vizcaya.

Otra cosa es que dicho Tribunal haya acertado al exigir la veracidad en el grado en que es constitucionalmente exigible. Pero esto nada tiene que ver con la carga de la prueba.

TERCERO. El Tribunal de segundo grado construyó su sentencia a modo de un silogismo en el que la premisa mayor se identifica con la afirmación, no discutida, de que atribuir a la demandante la condición de miembro de KAS y de encargada por ese colectivo de servir de enlace entre los presos etarras y la cúpula dirigente de la organización ilícita a la que pertenecen, lesiona su derecho al honor. La premisa menor, resultante de la valoración de la prueba, se construyó negativamente en los términos siguientes: “los demandados no han demostrado ni la pertenencia o integración de la señora Camila en KAS ni la acusación de que ha servido de enlace entre los presos de ETA-KAS y la cúpula dirigente de dicha organización”. La conclusión no fue otra que la calificación de la ilegitimidad de la lesión del derecho subjetivo en cuestión, por quiebra, precisamente, de la exigencia de veracidad en la información.

La corrección de ese silogismo es lo que debemos valorar, claro está, a la luz del significado que a los artículos 18, apartado 1, y 20, apartado 1, letras a) y d) de la Constitución Española atribuye el Tribunal Constitucional, en ejercicio de las funciones que le otorgan los artículos 123 y 161.1.b) del referido texto y el 1.1 de la Ley 2/1.979, de 3 de octubre.

CUARTO. Como han puesto de manifiesto las sentencias de las dos instancias, con el reconocimiento normativo del derecho al honor se pretende amparar la buena reputación de una persona, frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena, por ir en su descrédito o menosprecio - sentencias del Tribunal Constitucional números 180/1.999, de 11 de octubre, 52/2.002, de 25 de febrero, 216/2.006, de 3 de julio, y 51/2.008, de 14 de abril, entre otras -.

Se trata de un derecho eficaz erga omnes, pero no ilimitado. Antes bien, su contenido puede resultar restringido por imponer el sacrificio la necesaria protección de otros derechos concurrentes e igualmente reconocidos, como ha puesto de manifiesto en numerosas sentencias, de innecesaria cita, el Tribunal Constitucional.

En ese caso de conflicto se hace preciso determinar cual de los dere-

chos concurrentes es, a la vista de las circunstancias, el más digno de protección, conforme a las conocidas como técnicas de ponderación y proporcionalidad, que permiten valorar las razones a favor de cada uno, al fin de identificar cual es el que debe ser considerado preferente en la ocasión y de hallar el punto de equilibrio entre la preferencia y el correlativo sacrificio que resulte adecuado a la vista de las circunstancias.

De otro lado, no es siempre posible separar nítidamente la narración de hechos de la expresión de pensamientos, ideas y opiniones - la cual se proyecta también en la creación literaria: artículo 20, apartado 1, letra b), de la Constitución Española y sentencia del Tribunal Constitucional 51/2.008, de 14 de abril -. Pero, en todo caso se muestra evidente que el libro a que se refiere la demanda, en el particular en dicho escrito indicado, constituye el instrumento de una información sobre una persona y unos hechos referidos a la misma, mas que un medio de expresión de juicios u opiniones del autor y, desde luego, de novelar al respecto.

Ello sentado, cuando la libertad de información sea uno de los derechos enfrentados, como es lógico suponer, deberán ser tenidas en cuenta, primeramente, las condiciones que son necesarias para su protección constitucional.

Ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional la posición especial que ocupa en nuestro ordenamiento la libertad de información - a la que se refieren, con buen criterio, las sentencias de las dos instancias como implicado -, en cuanto garantía de la existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático - sentencias números 21/2000, de 31 de enero, 62/2.008, de 23 de junio, y las que en ellas se citan -. En todo caso, la protección de ese derecho está condicionada a que la información sea veraz y se refiera a hechos con relevancia pública.

Conforme a dicha doctrina, la información ha de tener por objeto hechos que, por su trascendencia social o por la relevancia de la persona en ellos implicada, puedan considerarse merecedores de difusión para el conocimiento por los demás, al fin de formar opinión pública - sentencia 139/2.007, de 4 de junio y las que en ella se citan -.

La veracidad recibe un tratamiento particular, por cuanto no ha de entenderse en términos absolutos. La sentencia del Tribunal Constitucional número 132/1.995, de 11 de septiembre, rechazó la exigencia de una plena concordancia de la información con la realidad incontrovertible de los hechos y - al igual que la posterior sentencia número 121/2.002, de 20 de mayo - identificó la veracidad con una diligente indagación que asegure la seriedad del esfuerzo in-

formativo. Dicha doctrina ha sido reiterada en las sentencias del mismo Tribunal números 144/1.998, de 30 de junio, y 138/2.007, de 4 de junio, que insisten en que el requisito de la veracidad de la información no está ordenado a procurar la concordancia entre la difundida y la verdad material u objetiva de los hechos narrados, de manera que proscriba los errores o inexactitudes en que pueda incurrir el autor de aquella, sino que se dirige a exigir del informador un específico deber de diligencia en la búsqueda de la noticia y en su comprobación, de tal manera que lo que transmita haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos o con fuentes informativas de solvencia.

QUINTO. Formuladas esas consideraciones generales por su utilidad para iniciar el enjuiciamiento requerido, debemos recordar que la razón por la que el Tribunal de apelación declaró ilícitamente lesionado el honor de la demandante fue la falta de prueba de la verdad de la información divulgada por los demandados.

Pues bien, esa exigencia de veracidad, que el Juzgado de Primera Instancia había considerado cumplida - al afirmar que " el autor se desenvolvió con la diligencia exigible en la investigación... de lo relatado, a través de las abundantes fuentes documentales (públicas y privadas) sobre las que actuaron (entre ellas abundante documentación judicial) " -, ha sido elevada en la segunda instancia a un nivel excesivo, sin tener en cuenta que, como se ha expuesto, es entendida por el Tribunal Constitucional en un sentido impropio coincidente no con la certeza de lo publicado o difundido, sino con una actuación diligente del informador, a quien se exige que lo que transmite como "hecho", si no es verdad, haya sido al menos objeto de previo contraste con datos objetivos - sentencias 6/1988, de 21 de enero, 28/1996, de 26 de febrero, 52/1996, de 26 de marzo, 3/1997, de 13 de enero y 144/1998, de 30 de junio, entre otras -; ni que, con tal interpretación, puede merecer protección una información que resulte errónea, siempre que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información con la diligencia exigible a un profesional diligente - sentencias 21/2000, de 31 de enero, 46/2002, de 25 de febrero, 52/2002, de 25 de febrero, 148/2002, de 15 de julio, 53/2006, de 27 de febrero, entre otras-.

Ello sentado, alguno de los datos declarados probados por la Audiencia Provincial en su sentencia ponen de relieve la improcedencia de negar veracidad de la controvertida información, en ese sentido necesario para salvaguardar una información libre.

Por un lado, la integración de la demandante " desde hace muchos

años en los partidos políticos del entorno de Batasuna, que han ido variando de nombre ". Por otro, la afirmación, que se dice contenida en un auto dictado por uno de los Juzgados Centrales de Instrucción, en el sentido de que la llamada Coordinadora Abertzale Socialista (KAS) dirige, junto con ETA, el complejo terrorista a que ambas se dedican coordinadamente. Finalmente, la necesidad que, en la sentencia de 27 de marzo de 2.003, tuvo la Sala de este Tribunal Supremo prevista en el artículo 61 de la Ley 6/1.985, de 1 de julio, de acudir a la técnica del levantamiento del velo para declarar la ilegalidad de los partidos políticos Herri Batasuna y Batasuna, ante " la existencia de una unidad de sujeto real, frente al cual las distintas estructuras interpuestas vienen a ser puros ropajes jurídicos, insusceptibles de ocultar " la realidad de una identidad efectiva de los partidos mencionados y ETA, cuya atención a sus miembros apresados es notoriamente compartida por las demás organizaciones sólo aparentemente autónomas.

Por las razones expuestas, procede estimar los dos recursos de casación.

SEXTO. La estimación de los recursos debe ir seguida por la desestimación de la demanda, en los términos y con los pronunciamientos contenidos en la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia.

Las costas de la apelación, que debió ser desestimada, quedan a cargo de la apelante, en aplicación del artículo 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sobre las costas de los recursos interpuestos ante esta Sala Primera del Tribunal Supremo no formulamos pronunciamiento de condena.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español y su Constitución.

FALLO

Declaramos no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Ediciones Temas de Hoy, SA, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, el día dos de junio de dos mil cinco.

Declaramos haber lugar a los recursos de casación interpuestos por D. Edmundo y Ediciones Temas de Hoy, SA., contra la sentencia referida, la cual casamos y anulamos, sin especial pronunciamiento sobre las costas de dicho recurso.

En lugar de la sentencia casada, declaramos que procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por D^a Camila contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Guernika, con fecha veintiocho de junio de dos mil cuatro.

Las costas del referido recurso de apelación quedan a cargo de la apelante.

Sobre las costas de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal no formulamos especial pronunciamiento.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jesus Corbal Fernandez.-José Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Ramon Ferrandiz Gabriel, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



TS Sala 3^a, Sección: 3, Sentencia 9 diciembre 2009. Ponente: D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

Posible infracción del principio de libertad de empresa Planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 5, 1 Ley 25/1994

El TS acuerda plantear al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad del art. 5, 1 segundo párrafo Ley 25/1994, por la que

se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, en su versión modificada por las leyes 22/1999 y 15/2001. La Sala considera que la ley podría incentivar el uso de sus recursos propios para invertirlos en productos cinematográficos a través de fórmulas diversas (de naturaleza fiscal, entre otras) pero no existe una razón imperiosa de interés general que exija de modo coactivo la vinculación forzosa de una parte de los ingresos de los operadores televisivos a la financiación anticipada de producciones cinematográficas y que revista la fuerza necesaria para imponer a las empresas el sacrificio de su libertad garantizada por el art. 38 CE, en beneficio de la actividad cinematográfica.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Unión de Televisión Comerciales Asociadas ha recurrido ante esta Sala el Real Decreto número 1652/2004, de 9 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, europeos y españoles.

El Real Decreto 1652/2004 desarrolla de modo parcial la legislación española en materia de televisión y cinematografía. En concreto, viene a ser un eslabón más -de carácter reglamentario- en la cadena normativa iniciada por el apartado cinco del artículo único de la Ley 22/1999, de 7 de junio, que introdujo un segundo párrafo en el apartado 1 del artículo 5 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE del Consejo, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de la actividad de radiodifusión televisiva.

La evolución de este bloque normativo ha sido la siguiente:

A) La Ley 22/1999, al modificar el artículo 5 de la Ley 25/1994, impuso a los operadores de televisión la obligación de destinar cada año el cinco por ciento de sus ingresos de explotación del año anterior a la financiación de películas cinematográficas y para televisión europeas, en los siguientes términos:

“Artículo 5. Obras europeas. 1. Los operadores de televisión deberán reservar el 51 por 100 de su tiempo de emisión anual a la difusión de obras audiovisuales europeas. Para el cumplimiento de esta obligación, de-

berán destinar como mínimo, cada año, el 5 por 100 de la cifra total de ingresos devengados durante el ejercicio anterior, conforme a su cuenta de explotación, a la financiación de largometrajes cinematográficos y películas para televisión europeas”.

B) La Disposición adicional segunda de la Ley 15/2001, de 9 de julio, de Fomento y Promoción de la Cinematografía y el Sector Audiovisual, modificó el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 5 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, para dotarle del siguiente contenido:

“Disposición adicional segunda. Inversión de los operadores de televisión.

Se modifica el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 5 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio, que queda con la redacción siguiente: ‘Los operadores de televisión que tengan la responsabilidad editorial de canales de televisión en cuya programación se incluyan largometrajes cinematográficos de producción actual, es decir, con una antigüedad menor de siete años desde su fecha de producción, deberán destinar, como mínimo, cada año, el 5 por 100 de la cifra total de ingresos devengados durante el ejercicio anterior, conforme a su cuenta de explotación, a la financiación anticipada de la producción de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión europeos, incluidos los supuestos contemplados en el artículo 5.1 de la Ley de fomento y promoción de la cinematografía y del sector audiovisual.

El 60 por 100 de esta financiación deberá destinarse a producciones cuya lengua original sea cualquiera de las oficiales en España.

A estos efectos se entenderá por películas para televisión las obras audiovisuales de características similares a los largometrajes cinematográficos, es decir, obras unitarias de duración superior a sesenta minutos con desenlace final, con la singularidad de que su explotación comercial no incluye la exhibición en salas de cine; y por ingresos de explotación, los derivados de la programación y explotación del canal o canales de televisión que dan origen a la obligación, reflejados en sus cuentas de explotación auditadas.

El Gobierno, previa consulta a todos los sectores interesados, podrá establecer reglamentariamente las duraciones exigibles para considerar una obra audiovisual como película para televisión’.”

C) Según su propio preámbulo, el Real Decreto 1652/2004 trata de resolver determinadas “dudas” surgidas a raíz de las modificaciones legislativas que se acaban de citar. Literalmente afirma aquel preámbulo que en el texto se incorporan “normas tendentes a facilitar la aplicación de la norma reguladora de la financiación de las producciones cinematográficas europeas.

Para ello, centra su atención en dos elementos fundamentales: cómo computar la facturación de los operadores de televisión y cómo computar la cuota destinada a adquirir producciones cinematográficas europeas. A estas reglas se añaden otras que abordan otras cuestiones centradas en hacer efectivo el cumplimiento de la obligación y velar porque haya transparencia en las labores de comprobación y seguimiento que debe hacer la Administración competente.”

A estos efectos, las disposiciones más relevantes del Real Decreto 1652/2004 son las siguientes:

“Artículo 1. Ámbito de aplicación.

1. Están sujetos a lo dispuesto en este Reglamento los operadores de televisión cuya inspección y control sea competencia del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE del Consejo, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

2. De acuerdo con la mencionada Ley, se entiende por operador de televisión la persona física o jurídica que asuma la responsabilidad editorial de la programación televisiva y que la transmita o la haga transmitir por un tercero. Asimismo, se considerarán establecidos en España aquellos operadores que cumplan las condiciones previstas en el artículo 2 de la citada Ley 25/1994, de 12 de julio.”

“Artículo 6. Obras audiovisuales cuya financiación se computará.

Las obras audiovisuales, de ficción, documentales o animación cuya financiación podrá computarse serán las siguientes:

a) Los largometrajes y cortometrajes cinematográficos.

b) Las películas para televisión, entendiéndose por tales cualquier género de obras audiovisuales de características similares a los largometrajes cinematográficos, es decir, obras unitarias de duración superior a 60 minutos con desenlace final, con la singularidad de que su explo-

tación comercial no incluye la exhibición en salas de cine.

Se excluyen las obras audiovisuales por episodios, cualquiera que sea el número de éstos.

Para distinguir estas últimas obras de aquellas películas para televisión que, en razón de su duración, puedan ser objeto de emisión dividida en dos partes, cuando se produzca la emisión en estas condiciones se considerará que dichas películas no podrán tener una duración superior a 150 minutos.

Dichas películas deberán obtener la calificación por grupos de edad y, en su caso, el certificado de nacionalidad española, de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 15/2001, de 9 de julio, y en el artículo 3 del Real Decreto 526/2002, de 14 de junio, por el que se regulan medidas de fomento y promoción de la cinematografía y la realización de películas en coproducción, respectivamente.

c) Las obras que, no estando incluidas en los párrafos anteriores, se encuentren comprendidas en los supuestos contemplados en el artículo 5.1 de la Ley 15/2001, de 9 de julio, de Fomento y Promoción de la Cinematografía y el Sector Audiovisual, esto es, películas, cualquiera que sea su soporte, de nuevos realizadores, experimentales, documentales, pilotos de serie de animación o de decidido carácter cultural.”

SEGUNDO.- El Real Decreto sobre cuya adecuación a Derecho surgen las dudas que se convertirán en motivos determinantes del planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad, es, pues, en lo esencial, o bien transcripción de una norma con fuerza de ley o bien desarrollo de ella.

En la cuestión clave del litigio (la inversión obligatoria) el reglamento no hace sino concretar ciertos extremos respecto al modo en que los operadores de televisión han de cumplir la obligación legal de destinar, como mínimo, cada año, el 5 por 100 de la cifra total de ingresos devengados durante el ejercicio anterior, conforme a su cuenta de explotación, a la financiación anticipada de la producción de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión europeas.

Dada la coincidencia de base entre el Real Decreto 1652/2004, sobre cuya validez esta Sala ha de pronunciarse, y el precepto con fuerza de ley cuyo enjuiciamiento corresponde al Tribunal Constitucional y ante las dudas que a continuación expondremos sobre su adecuación a la Constitución, la validez constitucional del citado precepto legal condiciona directamente el resultado del recurso contencioso-administrativo.

Concurren, por lo demás, el resto de los requisitos procesales exigidos

en el artículo 35.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad: han sido oídas las partes y el Ministerio Fiscal al respecto y el recurso se halla concluso, tan sólo pendiente de dictar sentencia.

Es cierto que la decisión final de esta Sala habrá de analizar también las implicaciones que en el litigio pudieran derivarse de la sentencia dictada 5 de marzo de 2009 por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al resolver la cuestión prejudicial que le planteamos (asunto C-222/07), pero no lo es menos que el juicio de conformidad a derecho del Real Decreto está necesariamente ligado a la validez constitucional de la norma legal mencionada.

La relevancia para el fallo y la pertinencia del planteamiento de la cuestión resultan, pues, innegables al advertir que si el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 5 de la Ley 25/1994, en su versión modificada por las leyes 22/1999 y 15/2001 (es decir, la norma legal que instaura la obligación de inversión) fuera declarado contrario a la Constitución, el Real Decreto 1652/2004 que no hace sino desarrollar aquél a fin de concretar determinados extremos relativos a su puesta en práctica, se vería igualmente desprovisto de validez.

TERCERO.- La vigencia del precepto legal cuestionado se ha mantenido en las ulteriores leyes y reglamentos sobre la materia. En concreto, la Disposición transitoria única de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, establece que “en tanto no se produzca el correspondiente desarrollo reglamentario y en todo aquello que no se oponga a las previsiones de esta Ley, mantendrán su vigencia las siguientes normas (...) c) Real Decreto 1652/2004, de 9 julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, europeos y españoles”.

Por su parte, el Real Decreto 2062/1998, de 12 de diciembre, al desarrollar la Ley 55/2007, del Cine, contiene una Disposición adicional (quinta) sobre la “inversión de los operadores de televisión”, que se refiere de modo específico a la “forma de aplicación del porcentaje del 5 por 100 de inversión obligatoria de los operadores de televisión prevista en la disposición adicional segunda de la Ley 15/2001, de 9 de julio, de Fomento y Promoción de la Cinematografía y el Sector Audiovisual”.

CUARTO.- En el fundamento jurídico octavo de la sentencia 112/2006, de 5 de abril, el Tribunal Constitucional hace una síntesis de su jurisprudencia sobre la libertad de

empresa en el marco de la economía de mercado, reconocida en el artículo 38 de la Constitución. Con citas o transcripciones de anteriores sentencias constitucionales (las correspondientes a los números 37/1981, 83/1984, 88/1986, 225/1993, 127/1994 y 109/2003) reitera en aquélla los rasgos esenciales de la libertad de empresa según la doctrina constitucional, que podrían resumirse en estos términos:

A) Existen unos “límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad.

El mantenimiento de esos límites (...) está asegurado por una doble garantía, la de la reserva de Ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial. No determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades, y las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal”.

B) “Si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial “en libertad”, ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado.

Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general”.

C) “La vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado”.

D) “De lo que se trata con estas resoluciones es de llevar al campo de la libertad de empresa el principio, reconocido siempre en nuestra doctrina, de que, no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer,

para la esfera de libertad pública protegida, un sacrificio menor”.

En el fundamento jurídico octavo de la misma sentencia constitucional 112/2006, una vez transcritos los “criterios de acuerdo con los cuales debe enjuiciarse (el precepto legal) respecto a su posible lesión de la libertad de empresa”, el Tribunal Constitucional afirma que forma parte de la garantía inserta en el artículo 38 de la Constitución “la libertad de contratación, entendida ésta, junto a la libertad de inversión y la libertad de organización, como una de las vertientes imprescindibles de la primera”. Lo cual no impide que se les impongan determinadas exigencias siempre que no constituyan una “restricción desproporcionada” de la libertad misma.

La lectura de estas sentencias pone de relieve cómo la identificación y concreción del contenido mismo del artículo 38 de la Constitución precisa un trabajo progresivo de decantación jurisprudencial que quizás no ha llegado a su final y en cuya elaboración las referencias hasta ahora existentes proporcionan, sin duda, una sólida base pero requieren ulteriores desarrollos que contribuyan a precisar hasta dónde se extiende la garantía.

QUINTO.- A juicio de esta Sala, la imposición por ley a una o a varias empresas del destino obligatorio que han de dar a sus inversiones, con la consiguiente vinculación de una parte de sus recursos propios -concretamente un determinado porcentaje de sus ingresos, no de sus beneficios- constituye una restricción de la libertad que les garantiza el artículo 38 de la Constitución.

La restricción es tanto más relevante cuanto que el destino forzoso de las inversiones no corresponde al objeto propio de su actividad (la difusión televisiva) sino a un sector económico diferente (la producción cinematográfica).

La “libertad de inversión” se integra en el núcleo mismo del haz de facultades propias del empresario dentro de una economía de mercado y, en principio, debe ser ajena a imposiciones forzosas por parte de los poderes públicos, incluido el poder legislativo. La capacidad de decidir de modo autónomo dónde y en qué invertir los recursos propios es parte del núcleo “duro” o indisponible de la libertad empresarial.

Los poderes públicos pueden, legítimamente, detraer de los beneficios empresariales las cantidades que consideren oportunas, en el marco de un sistema tributario que responda a las exigencias del artículo 31 de la Constitución. Con los fondos así recaudados el Estado realizará su “asignación equitativa”, instrumentada en el presupuesto de gastos.

Tienen, pues, aquellos poderes plena habilitación para establecer un

marco tributario que contribuya a propiciar la inversión en determinados sectores, adoptando normas fiscales de muy amplio espectro (bonificaciones, exenciones, régimen de amortizaciones, deducciones, etcétera) con esa misma y legítima finalidad.

De manera singular, además de los instrumentos tributarios y presupuestarios, el legislador podrá igualmente adoptar medidas de subvención, incentivo, fomento o promoción de determinadas inversiones empresariales, estimulando directa o indirectamente aquellas que considere más adecuadas a los intereses generales.

Su capacidad de configuración normativa no tendrá otros límites, en este sentido, que los marcados por el respeto a las disposiciones de carácter comunitario en materia de ayudas de Estado y a las normas reguladoras de la defensa de la competencia. No se discute en este proceso la viabilidad de las ayudas públicas a sectores determinados, como es el de la producción cinematográfica: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha afirmado de modo expreso, ante el planteamiento de la cuestión prejudicial que esta Sala hiciera en su día, que la inversión obligatoria objeto de litigio no es una ayuda de Estado en el sentido del Tratado CE (apartados 41 a 47 de la sentencia de 5 de marzo de 2009, dictada en el asunto C-222/07).

Podrá igualmente el legislador, en atención a estas mismas consideraciones, incluso prohibir ciertas inversiones empresariales o condicionarlas a determinados requisitos (de solvencia, de respeto de normas técnicas, entre otros) que sean adecuados. Por motivos de defensa de la competencia, en el marco del control de concentraciones, los poderes públicos pueden, en su caso, exigir determinadas desinversiones para evitar que se consoliden situaciones de posición de dominio en detrimento de la competencia en el mercado.

Innecesario es decir que las decisiones autónomas de las empresas sobre sus propias inversiones sólo podrán hacerse efectivas en la medida en que respeten el marco normativo propio del sector correspondiente pues, como ya hemos expuesto, razones de interés general pueden modular y fijar límites a aquéllas. Todo ello forma parte del normal juego de la ordenación del mercado ya que la libertad garantizada en el artículo 38 de la Constitución no implica ni la desregulación ni la ausencia de intervención estatal ni la supresión de límites y controles establecidos o impuestos por el Estado.

Lo que, a juicio de esta Sala, no puede sin embargo el legislador, salvo que esté fundado en razones imperiosas de interés general, es imponer por sí mismo el destino forzoso de las inversiones empresariales. En

principio, la decisión sobre la inversión de los recursos (privados) de las empresas corresponde a éstas, sin perjuicio de que parte de aquéllos sean transferidos coactivamente, por la vía de los tributos, al sector público y se conviertan de este modo en “recursos públicos” de los que el Estado puede, obviamente, disponer.

SEXTO.- La inversión obligatoria de los operadores televisivos en las producciones cinematográficas no viene impuesta por la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de la actividad de radiodifusión televisiva, modificada por la nueva Directiva 97/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997.

En el apartado 17 de su ya citada sentencia de 5 de marzo de 2009 el Tribunal de Justicia afirmó que los artículos 4 y 5 de aquella Directiva (esto es, los que imponen determinadas obligaciones a la actividad de los operadores de televisión) “no se refieren a dicho supuesto”. La Directiva, pues, no ofrece base para obligar a los operadores de televisión a destinar una parte de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas cinematográficas y para la televisión europeas, incluidas las españolas.

En consecuencia, aun cuando la obligación de inversión se haya incluido en una ley (la 25/1994, de 12 de julio, ulteriormente modificada) por la que se afirma incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, en realidad se trata de una medida legislativa ajena al texto comunitario y en modo alguno impuesta por éste.

SÉPTIMO.- Tampoco la obligación de invertir en la financiación de películas cinematográficas a cargo de los operadores de televisión deriva del régimen concesional bajo el que éstos desempeñan su actividad. La obligación legal de invertir en las producciones cinematográficas nace extramuros de las disposiciones que en España regulan la gestión, directa o indirecta, del servicio público de televisión. Las condiciones bajo las que se adjudican las concesiones, cuando se trata de gestión indirecta, o bajo las que han de actuar las entidades de titularidad pública estatales o autonómicas en régimen de gestión directa no incluyen las exigencias de financiación objeto de recurso.

De hecho, la obligación de invertir que aparece en la Ley 25/1994, por efecto de la Ley 22/1999, y se modifica en las leyes ulteriores ni siquiera se exige a todos los operadores televisivos, esto es, a todos los concesio-

narios del servicio público, lo que pone de relieve la disociación conceptual y legal entre éste y aquélla. Tan sólo quedan obligados los operadores cuyos canales de televisión incluyan en su programación largometrajes cinematográficos con una antigüedad menor de siete años desde su fecha de producción.

La imposición en cuanto tal, estos es, el destino forzoso del cinco por ciento de la cifra total de ingresos de los referidos operadores televisivos a la financiación anticipada de producciones cinematográficas, resulta, pues, ser ajena a las razones que han determinado la opción legislativa por la figura del servicio público televisivo.

OCTAVO.- A partir de las premisas anteriores, el diseño de la medida legislativa debe buscarse en el fomento y producción de la creación y producción cinematográficas. Dadas las características propias de este sector, cuya dimensión cultural ha de ser reconocida, el legislador ha optado por una medida que sacrifica la libertad empresarial de los operadores televisivos a fin de aumentar y facilitar la financiación de determinadas creaciones y producciones cinematográficas. Los creadores y productores cinematográficos disponen, a partir de la entrada en vigor de la ley, de la garantía de contar (en su conjunto) con las inversiones correspondientes al cinco por ciento de los ingresos de explotación de aquéllos.

Las razones imperiosas de interés general que pudieran legitimar una restricción en la libertad empresarial de invertir se han de valorar según los criterios que han quedado expuestos en la síntesis de la doctrina constitucional antes reseñada.

Las restricciones adquieren su legitimación si son “adecuadas a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden” y resultan indispensables, esto es, “inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad pública protegida, un sacrificio menor”. El canon de proporcionalidad se convierte, de este modo, en el criterio clave para su enjuiciamiento.

A juicio de esta Sala la restricción objeto de debate pudiera no cumplir aquellas condiciones. En primer lugar, sin negar -antes al contrario- que el apoyo a la cinematografía europea por parte de los poderes públicos sea un fin constitucionalmente legítimo, su consecución ya viene instrumentada mediante numerosas medidas legislativas y reglamentarias que lo aseguran. Ante lo que se presenta como una situación en la que el mercado, por sí solo, no parece ser capaz de asegurar la rentabilidad adecuada de todas las producciones cinematográficas, la Ley 15/2001, de 9 de julio, por la que se regula el fomento y la promoción de la cinematografía y el sector audiovisual (y ulteriormen-

te la Ley 55/2007), instaura ayudas públicas de muy diverso género para la producción, distribución y explotación cinematográficas, en buena parte bajo la forma de subvenciones no reintegrables.

Este régimen de incentivos, caracterizado por asignar importantes cantidades de fondos públicos al servicio de aquel fin, se plasma en actuaciones públicas que ofrecen, en primer lugar, un marco de financiación privilegiado, con la garantía del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales que suscribe convenios de cooperación con bancos y entidades de crédito para facilitar y ampliar la financiación de las actividades de los productores, distribuidores, exhibidores y de las industrias técnicas. Se obtienen, con esta medida, créditos para la inversión a tipos inferiores a los de mercado, subvencionados con fondos públicos.

En segundo lugar, se instaura un régimen de ayudas públicas directas a la producción, tanto si se trata de ayudas anticipadas, basadas en meros proyectos, como si se trata de ayudas posteriores al estreno, en función de la recaudación obtenida en las salas de proyección: en este último caso el régimen de la subvención resulta tanto de un porcentaje general como de un complemento equivalente al 33 por ciento de la inversión hecha, sujetos ambos a determinadas condiciones y límites presupuestarios. Existen asimismo ayudas para el desarrollo de guiones, entre otras modalidades de fomento de la actividad.

En tercer lugar, existen estímulos a la distribución de las películas comunitarias en las salas de proyección españolas, bajo la fórmula de subvenciones directas calculadas sobre la base de un porcentaje de los gastos correspondientes; ayudas a los productores para gastos de participación y de promoción durante los festivales, así como para cubrir los costes de la organización de éstos. Y todo ello al margen de los incentivos públicos establecidos por las Comunidades Autónomas para la promoción de la actividad cinematográfica en sus respectivos territorios.

Los mecanismos de protección antedichos se complementan, además, con los que derivan -éstos sí- de la aplicación de los artículos 4 y 5 de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de la actividad de radiodifusión televisiva. Los operadores televisivos han de reservar determinados tiempos mínimos de difusión y emisión a “obras europeas” (en el sentido del artículo 6) de las que forman parte las cinematográficas.

A nuestro juicio, no resulta indispensable, esto es, “inevitablemente

preferida” a otras medidas de menor restricción, añadir al elenco de medidas públicas protectoras de la cinematografía, otra adicional que suponga para los operadores televisivos una evidente mengua de la esfera de su libertad empresarial como es la de forzarles a invertir en los términos en que lo hace la Ley objeto de debate.

La ley podría incentivar el uso de sus recursos propios para invertirlos en productos cinematográficos a través de fórmulas diversas (de naturaleza fiscal, entre otras) pero no existe, según nuestro parecer, una razón imperiosa de interés general que exija de modo coactivo la vinculación forzosa de una parte de los ingresos de los operadores televisivos a las inversiones ya referidas y que revista la fuerza necesaria para imponer a las empresas de aquel sector el sacrificio de su libertad garantizada por el artículo 38 de la Constitución, en beneficio de la actividad cinematográfica.

NOVENO.- En atención a lo expuesto, de conformidad con los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad respecto del segundo párrafo del apartado 1 del artículo 5 de la Ley 25/1994, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, en su versión modificada por las leyes 22/1999, de 7 de junio, y 15/2001, de 9 de julio.

FALLO

La Sala Acuerda: Plantear al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad del segundo párrafo del apartado 1 del artículo 5 de la Ley 25/1994, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, en su versión modificada por las leyes 22/1999, de 7 de junio, y 15/2001, de 9 de julio.

Expídase testimonio de la presente resolución y de los autos del recurso contencioso-administrativo, que se elevarán al Tribunal Constitucional conforme a lo previsto en el artículo 36 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados. José Manuel Bandrés.- Ramón Trillo Torres.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espín Templado.- José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.- María Isabel Perelló Doménech.



2009/265820

TS Sala 4ª, Sentencia 27 octubre 2009. Ponente: Dª Mª Milagros Calvo Ibarlucea

Incompetencia del orden social para declarar la laboralidad de una relación a efectos de concurso de méritos

El TS declara la falta de jurisdicción del orden social para conocer de la pretensión deducida y anula la sentencia impugnada en el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Consejería Autonómica demandada frente a sentencia que declaró que la relación mantenida por el actor con la recurrente era de carácter laboral.

La Sala señala que el orden competente para juzgar el presente asunto es el contencioso administrativo pues lo que la parte demandante pretende no es resolver una controversia actual o pretérita con su empleador público, sino acreditar, mediante una sentencia laboral, un mérito a efectos de la puntuación en un concurso de selección y esto no queda alterado por el hecho de que también se solicite que se condene a la administración a acreditar en legal forma la laboralidad de los periodos, porque esta acción carece de autonomía y no es más que una mera consecuencia instrumental del reconocimiento de la laboralidad en que se funda la pretensión básica de carácter declarativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante, veterinario que ha prestado servicios para la Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural da Xunta de Galicia en diferentes periodos de tiempo desde el 19 de mayo de 1995, solicitó la emisión de un certificado en el que constase los periodos servicios como personal laboral. Su pretensión fue estimada por el Juzgado de lo Social en sentencia confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, extendiéndose, el pronunciamiento a la declaración de relación laboral durante los periodos que reseñó la parte dispositiva y a la condena de acreditar la laboralidad de dichos periodos.

Recurre la demandada y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 21 de marzo de 2007 por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

En la sentencia referencial el demandante, había prestado servicios como veterinario para la Consejería de Agricultura y Ganadería de la Junta de Castilla y León, en diferentes periodos, el primero iniciado el 1 de abril de 1992. Se declaró relación laboral común la que unía a las partes, confirmándose dicha declaración en suplicación. La sentencia de contraste declaró de oficio la falta de jurisdicción del orden social para conocer la pretensión deducida consistente en que se declarase la na-

turalidad jurídica de la relación laboral y no administrativa.

En la sentencia de suplicación se confirmó un pronunciamiento en el que se incluía la desestimación de la falta de acción y la sentencia de contraste razona que “el demandante carece de acción para deducir una mera pretensión declarativa sobre un reconocimiento general del carácter laboral de una relación extinguida hace años, y esta falta de acción se traduce también en una falta de jurisdicción.

Concurre entre ambas resoluciones la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEGUNDO.- La recurrente alega la infracción del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, así como de los artículos 17.1 y 80.d) del mismo texto legal y 24 de la Constitución Española, invocando asimismo la facultad de la Sala para declarar de oficio la falta de acción y de jurisdicción.

La cuestión que se plantea, conectando la acreditación de periodos de servicios para la demandada cuya declaración de laboralidad se pide con los efectos que deberá surtir en pruebas de selección, ha sido resuel-

ta por esta Sala en relación tanto al colectivo al que afecta la sentencia de contraste como al que se refiere la impugnada, siendo el ejemplo más próximo el de la sentencia de comparación.

La sentencia de esta Sala razona que: “desde el momento que la eventual relación laboral entre las partes quedó extinguida hace varios años, el conflicto actual ya no se produce entre un empresario y un trabajador, salvo que ese conflicto tuviese por objeto el cumplimiento de alguna obligación derivada del vínculo que existió entre las partes y que pudiese ahora ser justiciable.

No es éste el caso, pues lo que se pretende en la demanda no es una declaración que proyecte sus efectos sobre el desarrollo de aquella relación ya hace tiempo terminada, sino que lo que se pide es que se realice una calificación de la misma en orden a acreditar determinada puntuación en un concurso para el acceso a determinados puestos de trabajo de la Administración autonómica; cuestión que no correspondería al ámbito propio de la jurisdicción social, aunque se tratara de concursos para acceder a puestos de carácter laboral (sentencias de 14 de octubre de 2000 y 7 de febrero de 2003, entre otras muchas).

En definitiva, lo que la parte demandada pretende no es resolver una controversia actual o pretérita con su empleador público, sino acreditar mediante una sentencia laboral un mérito a efectos de la puntuación de un concurso administrativo, es decir, obtener una declaración que ha de surtir efectos fuera del vínculo laboral y en el marco de una actuación administrativa de selección de personal y esto no entra en la competencia del orden social de la jurisdicción.

Se trata de un dato que tendrá que alegarse y acreditarse en el correspondiente procedimiento administrativo de selección y que, en su caso, dará origen a una controversia sobre la puntuación en un concurso para cuyo conocimiento será competente el orden contencioso-administrativo, en virtud de los artículos 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Ciertamente, en esa controversia podría resultar necesario decidir si la relación que el actor mantuvo con la Administración demandada entre 1992 y 1995 fue administrativa o laboral, pero es ésta una cuestión laboral que el orden contencioso-administrativo tendrá que resolver con carácter prejudicial conforme al artículo 4 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al pronunciarse sobre una pretensión administrativa principal relativa al resultado del concurso.

Lo que no cabe es que esa cuestión prejudicial laboral en el proceso ad-

ministrativo se transforme en un pleito laboral que resulta completamente artificial, porque ni existe ya relación laboral ente las partes, ni se ventila ninguna controversia de este carácter entre ellas.

Podría también sostenerse que el actor, aparte de la declaración de laboralidad vinculada a la acreditación de un mérito en un concurso, solicita también en el suplico de la demanda esa misma declaración, pero con un carácter general a “los efectos legales inherentes a dicha declaración”. Pero en ese caso estaríamos también ante una acción declarativa desprovista de cualquier utilidad práctica y que no responde, conforme a lo ya razonado, a un conflicto real y actual entre las partes.

Como dice nuestra sentencia de 6 de marzo de 2007, dictada en el recurso 4163/2005, con cita de otras sentencias de esta Sala y del Tribunal Constitucional, no es posible el recurso a acciones meramente declarativas para plantear «cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor, pues la actividad jurisdiccional en cuanto se ordena conceptualmente a la satisfacción de pretensiones fundadas en Derecho requiere siempre que exista un caso o controversia, una verdadera “litis”, sin que sea admisible “solicitar del Juez una mera opinión o un consejo”.

El demandante carece, por tanto, de acción para deducir un mera pretensión declarativa sobre un reconocimiento general del carácter laboral de una relación extinguida hace años, y esta falta de acción se traduce también en una falta de jurisdicción. “

TERCERO.- Procede, por tanto, declarar la nulidad de lo actuado y, de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, la falta de jurisdicción del orden social para conocer de la pretensión deducida en las presentes actuaciones.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

En el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado representante de la XUNTA DE GALICIA actuando en nombre y representación de la CONSELLERÍA DE POLÍTICA AGROALIMENTARIA E DESENVOLVEMENTO RURAL contra la sentencia de fecha 9 de mayo de 2008, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación núm. 1691/2005, formulado contra la sentencia de fecha 23 de febrero de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Uno de Lugo, en autos núm. 1093/2004,



EL DERECHO

Año XVII. Número 2788

Madrid, 2 de febrero de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

seguidos a instancia de D^a Caridad contra la CONSELLERÍA DE POLÍTICA AGROALIMENTARIA E DESENVOLVEMENTO RURAL de la XUNTA DE GALICIA sobre DERECHOS, declaramos la falta de jurisdicción del orden social para conocer de la pretensión deducida en las presentes actuaciones

nes y anulamos la sentencia de instancia y la sentencia de suplicación mencionadas, advirtiendo a las partes que la jurisdicción competente para conocer esa pretensión será, en las condiciones señaladas en la fundamentación jurídica de esta sentencia, el orden contencioso-administrativo.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. María Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

permite su convivencia en el mercado sin que se genere riesgo de confusión o riesgo de asociación.

RESEÑA

Si desea recibir por fax el texto completo de las sentencias de las que se informa en la sección "Reseña", puede solicitarlo por teléfono (91) 423 29 00 o por fax (91) 578 16 17, indicando siempre el número de referencia de la sentencia.



2009/245667

TS Sala 1^a, Sentencia 28 octubre 2009.
Ponente: D. Román García Varela

Obras realizadas que respetan el título constitutivo

Desestima el TS el recurso de casación deducido por la comunidad de propietarios contra la sentencia de la AP que, confirmando la de la instancia, rechazó la pretensión de que se condenara al demandado a reponer los elementos comunes a su estado original. Sostiene la recurrente que las obras acometidas por el propietario contravienen los estatutos, lo cual no es correcto, ya que entiende el TS que lo que el recurrente entiende como estatutos, o bien no fueron aprobados en junta, o de serlo, lo fueron sin las mayorías necesarias. Además de ello, las obras realizadas no contradicen el título constitutivo, que es la otra piedra angular de la legislación sobre propiedad horizontal.

2009/251495

TS Sala 1^a, Sentencia 2 noviembre 2009.
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

División de cosa común atendiendo a la cosa real frente a la descripción registral

Declara el TS que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado contra sentencia dictada por la AP que admite la acción de división de cosa común, al igual que el juez "a quo", pero matizando la configuración de la finca en copropiedad, lo cual no ha sido objeto de la acción ejercitada, pues no se ha ejercitado acción

reconventional declarativa de dominio o reivindicatoria. Señala el TS que junto al principio de fe pública registral responde la presunción de exactitud registral, pero la eficacia de la inscripción se refiere al derecho inscrito, no al hecho, por lo que la división de la cosa común se hace sobre una cosa real, no sobre la descripción registral.



2009/245672

TS Sala 2^a, Sentencia 6 octubre 2009.
Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer

Concepto de organización en delito contra la salud pública

Se desestiman los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública. Subraya el TS que existe organización para delinquir cuando se acredite la concurrencia estable de una pluralidad de personas, dotadas de una articulación interna, con reparto, normalmente jerarquizado, de papeles y la infraestructura adecuada para realizar un plan criminal que, por su complejidad o envergadura, no estaría al alcance de una actuación individual o incluso plurisubjetiva pero inorgánica.

2009/225077

TS Sala 2^a, Sentencia 21 julio 2009.
Ponente: D. Manuel Marchena Gómez

Vulneración del principio acusatorio al condenar por estafa y apropiación indebida

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado

contra sentencia que le condenó por delitos continuados de apropiación indebida y estafa. El TS dicta segunda sentencia por la que aprecia la vulneración del principio acusatorio, en la medida en que el Ministerio Fiscal sólo solicitaba la condena por un delito de estafa y alternativamente por un delito de apropiación indebida, y el tribunal "a quo", sin embargo, ha condenado por dos delitos distintos, convirtiendo la petición de condena por un único delito, en términos alternativos -estafa o apropiación indebida- en la efectiva condena por dos figuras delictivas.



2009/265763

TS Sala 3^a, Sección 3^a, Sentencia 16 noviembre 2009.
Ponente: D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruaz

Compatibilidad de marcas similares ante la inexistencia de riesgo de confusión

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil contra la sentencia del TSJ de Madrid y en su lugar dicta otra por la que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Oficina Española de Patentes y Marcas, que acordó el registro de la marca nacional "Smarties" (tridimensional), que ampara productos en la clase 30 del Nomenclátor Internacional de Marcas. La Sala considera que el órgano a quo contradice la doctrina jurisprudencial en cuanto la marca solicitada, que reivindica productos de chocolatería, no evoca los productos designados por las marcas prioritarias "Lacasitos", aunque ésta incorpore en su configuración un envase cilíndrico, debido a la disimilitud de las denominaciones confrontadas, que

2009/271347

TS Sala 3^a, Sección 2^a, Sentencia 11 noviembre 2009.
Ponente: D. Oscar González González

Declaración de derivación de responsabilidad subsidiaria por deuda tributaria

No ha lugar al rec. de casación interpuesto contra la SAN, parcialmente estimatoria del rec. contencioso-administrativo deducido frente a la Resolución del TEAC sobre derivación de responsabilidad subsidiaria por deuda tributaria en concepto de Impuesto de Lujo, pues no es precisa la sucesión en la integridad de la titularidad empresarial, basta con que lo sea en el ejercicio de dicha actividad, para que se derive la responsabilidad en la totalidad de las deudas, dado que no cabe confundir los presupuestos de la existencia de sucesión con las consecuencias que dicha declaración de responsabilidad produce, que es por la totalidad de las deudas tributarias pendientes de ingreso por la antigua empresa.

2009/259181

TS Sala 3^a, Sección 4^a, Sentencia 10 noviembre 2009.
Ponente: D. Antonio Martí García

Aplicación de la teoría del riesgo para analizar el desequilibrio económico en la contratación administrativa

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso deducido por la unión temporal de empresas frente a la desestimación presunta por el Ministerio de Fomento de la solicitud de compensación, formulada por incrementos extraordinarios en los precios de productos ligantes bituminosos durante la ejecución de las obras del proyecto denominado autovía de la Plata, carretera N-630 de Gijón al Puerto de Sevilla. A juicio de la Sala en el supuesto de autos no se rompió el equilibrio financiero del contrato, señalando que la sentencia de instancia no lesionó la jurisprudencia invocada en lo que se refiere al límite cuantitativo del riesgo imprevisible, ya que las cifras de incremento se encuentran dentro de los márgenes razonables con relación al beneficio industrial.