

Rollo de Sala núm. 21/05

AUDIENCIA NACIONAL

SALA DE LO PENAL.

SEC. PRIMERA.

Presidente :

Ilmo. Sr. Don Javier Gómez Bermúdez.

Magistrados :

Ilma. Sra. Doña Manuela Fernández Prado.

Ilmo. Sr. Don Ramón Sáez Valcárcel.

AUTO

En Madrid a 30 de julio de 2009 .

ANTECEDENTES DE HECHO.

1. Las representaciones procesales de Egunkaria, S.A., Egunkaria Sortzen, S.L., Ignacio Uria Manterola, Francisco Javier Alegría Loinaz, Javier Oleaga Arondo, Marcelo Otamendi Eiguren, Juan María Torrealday Nabea, José María Auzmendi Larrarte y Pedro Zubiria Camino, propusieron en tiempo y forma como artículos de previo pronunciamiento la falta de presupuesto de procedibilidad por haberse aperturado el juicio oral sólo a instancia de las acusaciones populares, la prescripción del delito respecto del

procesado Zubiria Camino y la concurrencia de la excepción de cosa juzgada en el caso del procesado Alegría Loinaz.

Tras la tramitación pertinente, se señaló para la vista la audiencia del día 23 de junio de 2009.

2. El día señalado comparecieron los promotores del incidente así como el Ministerio Fiscal y las acusaciones populares constituidas por la Asociación de Víctimas del Terrorismo y la Asociación Dignidad y Justicia, exponiendo por su orden las razones en defensa de sus respectivas posiciones.

Los promotores del incidente y el Ministerio Fiscal solicitaron la estimación de las cuestiones de previo pronunciamiento y el archivo definitivo procedimiento.

Las acusaciones populares personadas se opusieron al archivo.

Es ponente el Ilmo. Sr. Gómez Bermúdez.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS.

1. Falta de presupuesto de procedibilidad por haberse aperturado el juicio oral sólo a instancia de las acusaciones populares.

1.1. Esta cuestión ya fue planteada por las defensas en el trámite de instrucción del artículo 627 LECrm. previo al dictado del auto de apertura de juicio oral.

Por lo tanto, estamos ante un recurso encubierto frente a una resolución no recurrible, lo que por sí sería motivo bastante para la desestimación del motivo.

No obstante, al tratarse de un presupuesto procesal, la sala sucintamente resuelve la cuestión en fondo en el sentido que se dirá.

1.2. Se invoca el principio de unidad del ordenamiento jurídico procesal según el cual admitida jurisprudencialmente la limitación de la acusación popular en el procedimiento abreviado, el tratamiento en el procedimiento ordinario debe ser el mismo.

El Tribunal no comparte esa posición jurídica con el carácter absoluto que se le confiere:

El principio de unidad de ordenamiento no impide un trato jurídico diferenciado de la extensión y límites de las diversas instituciones según el tipo de procedimiento.

Basta para confirmar lo dicho con la confrontación del procedimiento ante la jurisdicción de menores, el regulado en el Código de Procedimiento Militar.

Es relevante para resolver la cuestión planteada la doctrina sentada en los autos del Tribunal Supremo de los conocidos como casos Botín y Atutxa (SSTS 17/12/2007 y 08/04/2008).

En primero de ellos, confirma el de esta misma Sala de lo Penal de 20 de diciembre de 2006 en el que decíamos que *“en el procedimiento ordinario la llamada doctrinalmente fase intermedia -en la que se insertan la apertura del juicio oral o el sobreseimiento de la causa-, se desarrolla ante el tribunal de enjuiciamiento, no estando éste vinculado por la petición de las partes -art. 632 LECR- y sólo si se acuerda la apertura del juicio oral se da traslado para calificación provisional a las partes en los términos del art. 649 y sigs. LECR, pudiendo éstas -en los tres primeros días del término para calificar- plantear los artículos de previo pronunciamiento.*

Por el contrario, el procedimiento abreviado es un proceso sumario o simplificado en el que gran parte de los trámites se refunden y, así, la fase intermedia se realiza en el juzgado instructor, que está obligado a dictar auto de apertura de juicio oral si lo pide el Ministerio Fiscal o la acusación

particular, sin que la sala o tribunal tenga intervención alguna ni fiscalización de esta decisión hasta el trámite en que nos encontramos, como recoge el Tribunal Constitucional en el auto de inadmisión del recurso de amparo presentado por la defensa de Emilio Botín y otros (ATC, Secc. 2ª de 24.05.2005)

De la diferencia procedimental expuesta se colige que la naturaleza, estructura y finalidad de dichos procedimientos es diversa, alzaprímándose en el abreviado la celeridad, concentración, simplificación de trámite y refuerzo del principio acusatorio, lo que ya de por sí justificaría el distinto tratamiento procesal.”

En el referido auto, concluíamos diciendo que “el tribunal entiende...por perjudicado u ofendido no sólo el titular del bien jurídico protegido sino todo afectado de modo directo o subjetivo por el delito, sea persona física o jurídica.”

La imputación por delito de pertenencia a banda armada, organización o grupo terrorista implica que se sigue el procedimiento por un tipo penal de peligro o riesgo abstracto en el que el titular del bien jurídico protegido es la comunidad, sin que quepa duda del interés legítimo de las asociaciones personadas como acusaciones populares en sostener la acción penal.

Así lo expresa el TS en la conocida sentencia de 8 de abril de 2008 (caso Atutxa) matizando la tesis sostenida en la también muy conocida STS de 17 de diciembre de 2007 (caso Botín) al decir que: “la doctrina que inspira la sentencia 1045/2007 , centra su thema decidendi en la legitimidad constitucional de una interpretación, con arreglo a la cual, el sometimiento de cualquier ciudadano a juicio, en el marco de un proceso penal, sólo se justifica en defensa de un interés público, expresado por el Ministerio Fiscal (arts. 124 CE y 1 Ley 50/1981, 30 de diciembre) o un interés privado, hecho

valer por el perjudicado. Fuera de estos casos, la explícita ausencia de esa voluntad de persecución, convierte el juicio penal en un escenario ajeno a los principios que justifican y legitiman la pretensión punitiva. Y este es el supuesto de hecho que, a nuestro juicio, contempla el art. 782.1 de la LECrim (...) sólo la confluencia entre la ausencia de un interés social y de un interés particular en la persecución del hecho inicialmente investigado, avala el efecto excluyente de la acción popular. Pero ese efecto no se produce en aquellos casos en los que los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación formal de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral. En tales casos, el Ministerio Fiscal, cuando interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico".

En consecuencia, no procede el archivo por falta de presupuesto de procedibilidad.

2. Prescripción del delito imputado respecto del procesado Zubiria Camino.

La tesis de la defensa parte de un plazo prescriptivo inconcuso de 10 años. Fija como día inicial de cómputo el 8 de julio de 1991, fecha en la que el procesado deja de trabajar para Egunkaria, según certifica el Ministerio de Trabajo, y como hecho interruptivo del cómputo del plazo el informe de 28 de enero de 2003 en el que –según la defensa- se menciona por primera vez a su cliente.

Por su parte, la acusación popular Dignidad y Justicia alegó que el día inicial del cómputo no podía ser el 8 de julio de 1991 porque a 31 de marzo de 1992 el procesado seguía apareciendo en la mancheta del periódico como director.

Del examen de las actuaciones se extrae con claridad que no es hasta el informe de la Guardia Civil núm.16/02, fechado el 3 de octubre de 2002 y presentado en el juzgado instructor el 6 de octubre de 2002, cuando por primera vez se imputa cierta relación de dependencia entre ETA y Ekungaria, reflejándose como uno de los datos clave el nombramiento de director del periódico.

Pues bien, es en ese momento cuando por primera vez, directa e indirectamente, aparece el procesado Pedro Zubiria Camino como persona a la que se imputa un hecho presuntamente delictivo (tomo 26, folio 7383).

Por lo tanto, aun en el caso de tomarse como fecha inicial del cómputo el 31 de marzo de 1992 hasta el 6 de octubre de 2002 habrían transcurrido más de los 10 años de plazo, por lo que la acción penal ha prescrito.

3. Excepción de cosa juzgada.

Esta cuestión de previo pronunciamiento se desdobló en dos distintas, una, referida al procesado Xabier Alegría Loinaz, la otra, que calificaremos de extensiva, afectaría a la totalidad de los procesados.

3.1. El procesado Alegría Loinaz fue condenado en la sentencia de esta Sala de lo Penal, Sección Tercera, de 19.12.2008, recaída en el sumario 18/98 procedente del JCI núm. 5, como dirigente de una asociación ilícita en su subespecie de banda armada, organización o grupo terrorista porque, sucintamente, bajo el seudónimo de Garikoitz, era el hombre de la banda terrorista en los medios de comunicación controlados por esta, el eufemísticamente llamado "frente mediático".

La sentencia de la AN fue confirmada por el Tribunal Supremo en lo que afecta a Alegría Loinaz el 22.05.2009.

La excepción de cosa juzgada es consecuencia del principio "non bis in ídem", que enlaza con los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones, incluido en el artículo 25 de la Constitución Española, y que impide castigar doblemente por un mismo delito, de modo que , nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto a virtud de sentencia firme "de acuerdo con la Ley de Procedimiento Penal de cada país" (art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, aplicable por disposición del art. 10.2 CE).

A diferencia de lo que ocurre en otras ramas del derecho, en penal se exige sólo la identidad subjetiva y objetiva en cuanto que no se puede seguir otro procedimiento sobre el mismo hecho y respecto de la misma persona cuando la causa criminal fue resuelta con anterioridad por sentencia firme o auto de sobreseimiento libre también firme. Incluso carece de relevancia tanto la calificación jurídica como el título por el que se acusó cuando los hechos sean los mismos y la persona contra la que se sigue el nuevo procedimiento fue aquella contra la que se siguió el primero (SsTS de 16 de febrero y 30 de noviembre de 1995, 17 octubre y 12 de diciembre 1994, 20 junio y 17 noviembre 1997, 3 de febrero y 8 de abril de 1998 y 24 de abril de 2000).

En el presente caso, los hechos imputados a Alegría por las acusaciones populares a este procesado son exactamente los mismos que en el sumario 18/98 del JCI 5, pero referidos al control que, como dirigente de ETA, supuestamente ejercía sobre el diario Egunkaria en un período temporal coincide con aquel al que se refiere su condena por pertenencia a banda armada, como se extrae de los escritos de calificación provisional de las acusaciones.

Por lo tanto, tratándose la imputación de hechos que integrarían un delito de peligro o riesgo abstracto de carácter permanente por el que ya ha sido condenado en firme el procesado, la excepción debe estimarse.

3.2. La que hemos denominado cosa juzgada extensiva, que afectaría al resto de procesados, se sustenta en la tesis de que, tras las sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, 3ª, de 19.12.2008 y del Tribunal Supremo número 480/09, de 22.05.2009, recaídas en el citado caso Ekin (sumario 18/98 del Juzgado Central de Instrucción número 5, rollo de sala con igual número de la sección tercera de la Sala de lo Penal), el denominado por los terroristas “frente mediático” ya ha sido juzgado, existiendo identidad de elementos probatorios entre los del presente sumario, procedente del JCI núm. 6, y el 18/98 del JCI núm. 5.

Afirman las defensas que incluso las declaraciones del procesado Alegría en aquel procedimiento y juicio se citan como prueba en éste, y que los cuatro documentos sobre los que se construye la acusación ya fueron usados en aquel juicio y sirvieron de base a la sentencia firme.

Asimismo, sostuvieron que estamos ante una absoluta falta de tipicidad de la conducta, sin que en los escritos de calificación provisional se impute ningún hecho concreto constitutivo de delito a los procesados. Por ello solicitan que se aplique el artículo 645 en relación con el 637.2, ambos de la LECrm., aun cuando ya se ha producido la apertura del juicio oral porque, en el ínterin, se ha producido un hecho nuevo: La firmeza de la sentencia recaída en el conocido como caso Ekin.

Por su parte, el Ministerio Fiscal reiteró los argumentos contenidos en el escrito unido a los folios 49 y siguientes del rollo de sala, interesando también el sobreseimiento definitivo de la causa.

Todos estos argumentos son inanes a los efectos del archivo pretendidos porque: a) Exigen un prejuicio por parte del Tribunal después de la apertura del juicio oral –donde se desestimó idéntica pretensión- y antes de que se practique la prueba, de modo que sin oralidad, publicidad, inmediación y contradicción se pide que valoremos lo que constituye el fondo del asunto; y b) No existe cosa juzgada porque, salvo en el caso de Alegría Loinaz, no hay identidad subjetiva.

Dicho de otro modo, una vez abierto el juicio oral, y no existiendo cosa juzgada, lo que en realidad se está haciendo es introducir por la vía de los artículos de previo pronunciamiento una revisión del auto de apertura de juicio. Se pide que el Tribunal decrete el archivo definitivo declarando que examinada la prueba y los escritos de calificación provisional de las acusaciones el hecho es atípico, o que existen dudas fundadas de tipicidad, o que ya se ha producido “la explotación judicial de los documentos incriminatorios”. Es decir, se pide que el Tribunal se pronuncie sobre el fondo valorando una prueba no practicada.

Debe recordarse, como lo hace la invocada sentencia del Tribunal Supremo, 2ª, de 24 de abril de 2007 que, como ha declarado el Tribunal Constitucional, sentencia 54/83 de 6 de mayo, el sobreseído libremente ha de ser tenido por inocente a todos los efectos, como si hubiera mediado sentencia absolutoria. Dado su carácter definitivo, en contraste con el sobreseimiento provisional, sólo puede adoptarse tras profunda reflexión y procediendo con tacto, prudencia y mesura (SSTC. 297 y 314/94 y STS. 17.5.90).

Por último, en contra de lo sostenido por las defensas, la citada sentencia del Tribunal Supremo, 2ª, de 24 de abril de 2007, no contempla un caso idéntico sino uno formalmente contrario, pues resuelve un recurso contra el sobreseimiento definitivo acordado por el Tribunal tras el trámite de

instrucción a las partes del artículo 627 LECrm. Es decir, justo lo contrario que ocurre aquí donde se acordó –acertadamente o no- la apertura del juicio oral.

ACORDAMOS

- 1) Estimar la excepción de cosa juzgada respecto del procesado Xabier Alegría Loinaz, sobreseyendo libremente la causa respecto de él.
- 2) Declarar prescrita la acción penal respecto del procesado Pedro Zubiria Camino, sobreseyendo libremente la causa respecto de él.
- 3) Desestimar las excepciones de falta de presupuesto de procedibilidad y de cosa juzgada respecto del resto de procesados.

Contra los pronunciamientos 1) y 2) cabe recurso de casación para ante el Tribunal Supremo.

Contra el pronunciamiento 3) de este auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio del que proceda contra la sentencia definitiva (artículo 676 LECrm.)

Así lo acordaron y firmaron los Magistrados anotados al margen.

DOY FE.