

2. ANÀLISI DE LA SENTÈNCIA

2.1. ELS FETS PROVATS

Primer de tot, convé tenir present que l'aproximació que drem a terme a continuació està basada en l'anàlisi del discurs. El motiu és trivial: no tenim formació jurídica per a realitzar l'anàlisi de la sentència des d'una perspectiva legal. En conseqüència, no pretenem fer un estudi jurídic minuciós, sinó mostrar algunes incoherències discursives amb mínimes referències jurídiques. D'altra banda, tampoc pretenem construir un discurs ètic sobre els fets que comentem, sinó posar de manifest les llacunes discursives de la sentència i les seves conseqüències jurídiques. De fet, la sentència del Tribunal Suprem és un magnífic exemple dels pressupòsits i dels implícits en els que es basen algunes sentències i interlocutòries judicials. Així, de vegades, sota una forma argumentativament convincent, trobem desajustos amb els suposats fets que es pretenen provar i/o amb la lògica de les argumentacions utilitzades en les sentències i interlocutòries.

Si passem a la sentència sobre la Mesa Nacional d'HB, en el seu Fonament de Dret novè trobem com funcionarà per a establir el veredict de condemna:

La estructura de aquesta resolució, en lo que de aquí en adelante se dirá, pretende expresar la potestad jurisdiccional que constitucionalmente nos ha sido atribuida -art. 117 y 120 CE.- motivando tanto la fijación de los hechos que se declaran probados a través de una inferencia inductiva obtenida a partir del resultado de la actividad probatoria legítimamente llevada a cabo en el juicio oral, como la calificación jurídica de los mismos, a través de una inferencia deductiva en la que las premisas están integradas por la anterior afirmación del hecho enjuiciado y por el precepto legal aplicable, no siendo la parte dispositiva de la sentencia sino la concreción de un silogismo que expresa una conclusión normativa individualizada.

Fent paràfrasi del text, aquest fragment afirma que, d'una banda, el tribunal ha establert els fets provats a partir de les proves aportades durant la celebració de la vista oral i que, d'una altra banda, ha lligat els fets provats amb els articles del codi *penal* corresponent. Finalment, aplica l'article individualment a cada membre de la Mesa Nacional d'HB.

Conseqüentment, una vegada establert com va arribar el tribunal a la resolució, cal començar pels fets provats en la sentència. En l'apartat B) dels Fets Provats, podem llegir que:

[...] en una reunió a la que todos [los miembros de la Mesa Nacional] asistieron, celebrada el 5 de febrero de 1996, acordaron asumir el contenido de los videos, proceder a su difusión y -ante la imposibilidad de que ETA pudiera ocupar espacios electorales televisivos y radiofónicos

reservados con carácter gratuito a los partidos políticos legalizados- ceder a dicha organización terrorista sus propios espacios electorales gratuitos.

Segons aquest apartat, queda clar que tots els membres de la Mesa Nacional d'Herri Batasuna estaven presents en la reunió celebrada el dia 5 de febrer de 1996. Però, a més, com que no s'afirma el contrari, tots van estar d'acord a portar a terme diverses accions. Així, en aquest apartat dels Fets Provats, el tribunal es refereix a qui comet el delictes i a quants el cometen: tots els dirigents de HB. Queda per concretar quins són els fets, que apareixen en el Fonament de Dret onzè:

La pretensión acusatoria parte de hechos inobjetable: la existencia indubitada tanto de los videos y la cuña radiofónica aportados a la causa como de los documentos de la propia Mesa Nacional de HB en los que se constata la decisión de todos sus componentes de asumir los contenidos de aquellos a partir de la cesión de sus espacios electorales gratuitos a ETA.

Per tant, els fets materials són els vídeos d'ETA, el vídeo electoral de HB, la falca radiofònica i el comunicat de la Mesa Nacional en què s'assumeix col·lectivament la decisió d'emetre el vídeo electoral en els espais gratuïts.

Segons el tribunal, la delimitació dels assistents i els fets materials permeten “el ordinario análisis judicial de hechos concretos objetivamente constatados”¹⁰⁸ que són “la plasmación del resultado de la valoración de la prueba practicada”¹⁰⁹ que “ha estado presidida por las notas de globalidad, lógica, racionalidad e interrelación y se ha llevado a efecto desde principios de experiencia.”¹¹⁰ Tot això comporta que “Determinados objetivamente los hechos”¹¹¹ se llega a “la convicción [que ha sido] racionalmente deducida del patrimonio probatorio incorporado a la causa.”¹¹² Aquesta convicció condueix a una resolució determinada, la qual és presa quan el Tribunal ateny “su íntima convicción con un grado de certeza que supera la simple probabilidad o el mero criterio de sospecha sobre la realización de los hechos y la intervención en ellos de los acusados”.¹¹³

¹⁰⁸ Fonament de Dret segon.

¹⁰⁹ Fonament de Dret novè.

¹¹⁰ Ibídem.

¹¹¹ Fonament de Dret vintè.

¹¹² Fonament de Dret novè.

¹¹³ Fonament de Dret dotzè.

Com es dedueix de la lectura del paràgraf anterior, el Tribunal afirma que construeix la sentència a partir de fets “objectivament constatats”, de la utilització de mètodes basats en la lògica i la racionalitat, i de l'Assumpció d'un altíssim grau de certesa. A partir d'aquí reconstrueix el que va passar a la reunió de la Mesa Nacional d'Herri Batasuna celebrada el 5 de febrer de 1996: algú pren una decisió, aquest algú és un col·lectiu, algú porta a terme la decisió i qui pren una decisió en sap el contingut.

No obstant això, el principal problema amb què es va enfrontar la sentència del Tribunal és la delimitació dels participants en el presumpte delictes que enjudicia. Els magistrats van optar per la reconstrucció lògica dels fets no materials, fet que els va portar a la convicció que tots els membres de la Mesa d'HB van assistir a la reunió del 5 de febrer i que tots els membres de la Mesa d'HB van votar a favor de l'emissió del vídeo electoral de la coalició que incloïa el vídeo d'ETA. El procés que els va conduir a aquestes conviccions no es basa en proves documentals, ni en la constància de les persones que van assistir a la reunió o que van votar a favor segons consta en les actes de l'organització política, ni es basa en les declaracions orals dels acusats ni en declaracions de testimonis de les diferents acusacions.

La convicció es fonamenta en la “nula verosimilitud”,¹¹⁴ “altísimo grado de incredulidad”¹¹⁵ i “apariencias de nula credibilidad”¹¹⁶ de la versió construïda pels advocats defensors i assumida pels acusats. En aquest sentit, és simptomàtic que el jutge redactor utilitza tres vegades la paraula *credibilidad*, en el sentit que no té credibilitat el discurs de la defensa, tres *verosimilitud* i dos *incredulidad*.

Pel que fa a les preguntes *qui* i *quants*, sobre els vots favorables a l'emissió del vídeo electoral, llegim en el Fonament de Dret vint-i-setè que:

En cuanto a las manifestaciones relativas a la adopción de los acuerdos por mayoría, y no por unanimidad, se trata, sin duda, de una genérica afirmación sin acreditación individualizada de los votos disidentes de quienes refieren tal circunstancia, máxime si es cierta la declaración del Sr. Araiz Flamarique, según la cual se llevaba un Libro de Actas, pues su simple exhibición -solo posible por voluntad de los acusados- hubiera asignado credibilidad al mismo. Tampoco invalida esta conclusión, sino todo lo contrario, sus subsiguientes manifestaciones, según las cuales, en una posterior decisión colegiada, en la que no consta hubiere discrepancias, dicho declarante manifiesta con rotundidad lo que sigue.

Segons el Suprem, els acusats hagueren hagut d'aportar el llibre d'actes o hagueren hagut de dir que algun membre de la Mesa va discrepar de la decisió acordada pel màxim òrgan dirigent de la coalició abertzale. Sobre la resposta dels acusats respecte als dirigents que van assistir a la reunió, el Fonament de Dret acabat de citar també afirma que:

¹¹⁴ Fonament de Dret vint-i-setè.

¹¹⁵ Fonament de Dret vint-i-setè.

¹¹⁶ Fonament de Dret vint-i-setè.

Por otra parte, de la respuesta literal y uniforme (“faltaron cinco”) manifiada por todos los inculpados, puede deducirse que todos los que la han utilizado estaban presentes en la reunión de la Mesa Nacional de H.B. del día 5 de febrero de 1996, pues si no fuera así alguno hubiera dicho “faltamos cinco” para evidenciar que entre los ausentes estaba el declarante.

Òbviament, el tribunal no creu que l’afirmació que no hi van ser cinc membres de la Mesa de HB sigui certa. El tribunal tampoc no es creu que els membres de la Mesa desconeguessin el contingut dels vídeos:

Por ello, la verosimilitud de las afirmaciones de los encausados en torno al previo desconocimiento del contenido de los videos, pierde toda consistencia dado el funcionamiento estructurado del órgano directivo del que forman parte, la naturaleza política de una decisión como la cuestionada que cae dentro de sus normales competencias y la transcendencia de tal determinación en cuanto comprometía gravemente a la coalición H.B. en momento tan relevante para toda organización política como es un proceso electoral.¹¹⁷

Així mateix, el Tribunal considera que les respostes dels acusats en la vista oral, a causa de la seva “contextura monosilábica, condicional, lineal y sin matices”¹¹⁸ i per “la utilización de un lenguaje ambiguo, ambivalente i difuso en lo incriminatorio, oblidadizo e impreciso en lo que podria perjudicar, però concretísimo y contundente en lo que creen que les puede favorecer”,¹¹⁹ “no ha producido, no obstante, el efecto deseado, com se especificará más detalladamente, dado que su carga de monolitismo y de exposición uniforme se compadecen mal con y con [sic] la explicación personal que de un mismo acontecer pueden ofrecer veintitres personas”.¹²⁰ Aquesta percepció, és a dir, que “la tónica y el contenido de las declaraciones de todos los acusados ha sido uniforme a lo largo de todo el proceso”,¹²¹ és el que porta al Suprem a considerar que “tal coincidencia [en la versión de los hechos] merece un tratamiento unitari”.¹²² Aquesta afirmació es troba en la base del que serà el veredict: tots seran condemnats a set anys, és a dir, no hi haurà una condemna individualitzada per a cada acusat.

¹¹⁷ Fonament de Dret vint-i-setè.

¹¹⁸ Fonament de Dret dissetè.

¹¹⁹ Fonament de Dret vint-i-setè.

¹²⁰ Fonament de Dret dissetè.

¹²¹ Fonament de Dret vint-i-sisè.

¹²² Fonament de Dret vint-i-sisè.

Finalment, el Suprem deixa clar que la causa només afecta la Mesa Nacional d'HB, i no tota l'organització política, com afirma en el Fonament de Dret vint-i-setè:

Por otra parte, tal efecto generador de responsabilidad individual en la decisión, ratifica el resultado de la determinación colectiva ya que los acusados como integrantes individualizados de la Mesa Nacional, concurren con su participación a la formación de la voluntad del órgano colegiado. Ese efecto irradiante, sin embargo, no alcanza a toda la formación política en tanto que no está acreditado que para el fin concreto -aprobar la cesión del espacio electoral a ETA y asumir el contenido y formato del video- se hubiera otorgado un mandato o representación expresa a la Mesa Nacional por parte de la Asamblea Nacional de H.B.

2.2. LA CESSIÓ DE L'ESPAI ELECTORAL ÉS DELICTE

El Tribunal Suprem espanyol considera que el delicte de col·laboració amb banda armada consisteix en la cessió a ETA:de l'espai electoral a què tènia dret la coalició Herri Batasuna

Asimismo ha sido muy activo el intento de diluir subjetivamente las responsabilidades derivadas de la decisión de ceder el espacio electoral a ETA, expresando en la vista oral un contexto de confusas funciones institucionales, remisiones imprecisas y ausencias injustificadas a la sesión de la Mesa Nacional de H.B. de 5 de febrero de 1996 en la que se adoptó tal determinación.¹²³

A través de ellas [de las consideraciones hechas por el tribunal] hemos delimitado tanto el contorno de la conducta enjuiciada -la decisión, adoptada por el órgano directivo de la coalición H.B., de ceder un espacio electoral gratuito a la organización terrorista ETA- como los actos precedentes, coetáneos y posteriores a tal acuerdo de 5 de febrero de 1996, en la medida en que permiten recrear el propósito que guiaba la actuación enjuiciada.¹²⁴

Se afirma por tanto que el Sr. Sampedro, a quien desgraciadamente ya no se le puede interrogar sobre tales extremos, dispuso, sin control alguno y sin que el aparato ejecutivo de la coalición necesitare conocer visualmente el contenido de los videos enviados por ETA, la confección de cuñas electorales con base en dichas cintas y la cesión de unos espacios gratuitos en periodo electoral en favor de una organización

¹²³ Fonament de Dret dissetè.

¹²⁴ Fonament de Dret vint-i-sisè.

terrorista.¹²⁵

A partir d'aquestes tres citacions queda clar que el delictes consisteix en la decisió de la Mesa Nacional de Herri Batasuna de cedir els seus espais electorals a ETA. En altres citacions, tanmateix, el Suprem afirma que la Mesa Nacional d'HB, a més de cedir l'espai electoral, també assumeix el seu contingut:

La pretensión acusatoria parte de hechos inobjctables: la existencia indubitada tanto de los videos y la cuña radiofónica aportados a la causa como de los documentos de la propia Mesa Nacional de H.B. en los que se constata la decisión de todos sus componentes de asumir los contenidos de aquellos a partir de la cesión de sus espacios electorales gratuitos a ETA.¹²⁶

[...] lo que aquí se ha juzgado y por lo que se condena a los acusados - conviene repetirlo y recordarlo- es un acto de colaboración con ETA, concretado en la decisión, adoptada por los componentes de la Mesa Nacional de H.B. en su reunión de 5 de febrero de 1996, de ceder a una organización terrorista los espacios electorales gratuitos que como formación política le correspondían, asumiendo de aquesta forma su contenido.¹²⁷

Ese efecto irradiante, sin embargo, no alcanza a toda la formación política en tanto que no aquesta acreditado que para el fin concreto -aprobar la cesión del espacio electoral a ETA y asumir el contenido y formato del video- se hubiera otorgado un mandato o representación expresa a la Mesa Nacional por parte de la Asamblea Nacional de H.B.¹²⁸

Ara es pot comprovar que el delictes també consisteix a assumir el contingut del vídeo. Per tant, hi ha dues maneres de veure el delictes. D'una part, consisteix en la cessió de l'espai electoral i, per una altra, consisteix en la cessió de l'espai electoral i en l'assumpció del contingut del vídeo. El contingut a què fa referència la citació cal dividir-lo en contingut textual, és a dir, l'*Alternativa Democràtica* d'ETA, i en contingut visual, com apareixen els membres d'ETA i la simbologia que usen en el vídeo. El mateix Suprem confirma que el contingut textual no és delictiu quan afirma que:

¹²⁵ Fonament de Dret vint-i-sisè.

¹²⁶ Fonament de Dret onzè.

¹²⁷ Fonament de Dret vint-i-vuitè. La mateixa argumentació surt dues vegades en el Fonament de Dret dissetè en què s'afirma que els membres de la Mesa Nacional d'HB assumeixen "el integral contenido de las cintas" y que "votaron a favor de la decisión de ceder el espacio electoral a ETA asumiendo integralmente el contenido de los videos".

¹²⁸ Fonament de Dret vint-i-setè.

Asimismo pudimos apreciar en todas las intervenciones defensivas una consciente desestructuración del soporte videográfico o del “spot” televisivo para enfatizar el texto frente a la imagen, con interesado olvido de que lo audiovisual tiene técnicamente una consideración unitaria, adecuada a su concepción y funcionalidad, que no puede fragmentarse, sino interesadamente, para asumir una parte -la textual- que, por sí misma, no merecería reproche a pesar de su radical contenido político, y obviar otra -la visual- que, ante la presencia de las armas y del mensaje que la imagen de las mismas reporta, difunde a todo el contexto un contenido amenazador.¹²⁹

Queda clar, doncs, que el contingut de l'*Alternativa Democràtica* no és delictiu “a pesar de u radical contenido”. Per tant, quan el Tribunal Suprem parla del contingut del vídeo, es refereix al seu contingut visual. Això queda palès en els fragments següents:

Es dicha cesión [del espacio electoral], en conjunción con las imágenes de los videos a las que nos referiremos mas puntualmente, la estructura fáctica que conforma la acción de colaboración con una organización terrorista y la que por su intencionalidad, consciencia y finalidad promocional de ETA, merece el reproche penal.¹³⁰

En definitiva, en el supuesto enjuiciado, los acusados -como componentes de la Mesa Nacional de H.B.- cedieron a ETA mucho más que la voz y la palabra. Le cedieron además, la imagen en un espacio electoral televisivo y gratuito para prestar incondicional apoyo a dicha organización criminal que se propone dominar por el terror a la sociedad para imponer sus criterios a través de la sinrazón de la violencia.¹³¹

En aquests dos textos apareixen les paraules claus: el problema són *les imatges* del vídeo i la cessió de *la imatge*. En el fons, és clar, és el mateix: segons el Tribunal Suprem, el delicte està en la iconografia utilitzada per ETA en el vídeo, en concret, l'aparició de tres pistoles damunt d'una mesa. Però aquest argument no és més que una simple excusa formal. Si no haguessin aparegut pistoles, llavors el Suprem hagués pogut argüir que es veia l'anagrama d'ETA o que sortien tres encaputxats, per exemple. O, simplement, que l'aparició dels membres d'ETA és en si mateixa una amenaça per a la democràcia espanyola. En el període de treva que es va obrir el 18 de setembre de 1998 assistim a diversos comunicats escrits d'ETA que van ser qualificats d'amenaçadors i en els quals, per estar en suport paper, no es van veure pistoles.

¹²⁹ Fundamento de Derecho vigesimoprimerro.

¹³⁰ Fonament de Dret divuitè.

¹³¹ Fonament de Dret dinovè.

Si bé en un producte videogràfic cal tenir en compte les dues parts del seu contingut, el textual i el visual, cal no oblidar que la Mesa Nacional d'HB no cedeix el seu espai a ETA perquè apareguin tres encaputxats amb tres pistoles, sinó perquè ETA presenti una proposta política autoqualificada de proposta de pau, amb la que, evidentment, es pot estar d'acord o no.

Com hem vist, el Suprem utilitza dos arguments al llarg de la sentència. D'una banda, la cessió d'un espai electoral a ETA i, per una altra, la cessió i l'aparició de pistoles en el vídeo. En el fons, el segon argument no passa de ser un pseudoargument, com acabem de suggerir i com veurem més endavant.

2.3. LA PRESUMPCIÓ D'INNOCÈNCIA

Un dels aspectes jurídics més importants de l'argumentació del Tribunal Suprem per a prendre la decisió de condemnar la Mesa Nacional d'Herri Batasuna va ser trencar la presumpció d'innocència dels acusats. Aconseguir aquest trencament era fonamental per a l'elaboració d'una sentència condemnatòria i, per tant, els magistrats hi van dedicar molt d'espai

En primer lloc, els jutges afirmen que l'estructura de l'interrogatori dels advocats als membres de la Mesa, basat en preguntes amb respostes en moltíssims casos monosil·làbiques, que les afirmacions dels acusats que desconeixien el contingut del vídeo d'ETA i que tot l'assumpte el va portar personalment el secretari de comunicació de la Mesa, comporta que la versió que ofereixen no tingui versemblança.¹³² En conseqüència, el Tribunal ofereix una versió alternativa que és presentada com la versió real del que va succeir. Ara bé, cal tenir en compte que el fet que una versió no sigui creïble no implica que una altra sigui forçosament certa. O sia, totes dues versions poden ser incertes per motius diferents. Però el Tribunal Suprem opta per la solució que una versió és falsa i la seva és veraç. Cal tornar a insistir que el tribunal hauria hagut de construir la seva versió a partir dels fets provats en comptes de construir-la a partir d'una reconstrucció "lògica" dels fets.

En segon lloc, el Tribunal va establir els fets provats per mitjà dels quals va determinar que tots els acusats van estar presents a la reunió del 5 de febrer de 1996 i que tots van votar a favor de la cessió de l'espai electoral de HB al vídeo que ETA va remetre a la Mesa Nacional. No obstant, en cap moment del sumari ni en la vista oral, a petició del fiscal, consta el número d'assistents ni el nom dels que van votar a favor de la cessió. No obstant això, el Tribunal manté que eren els acusats els que havien d'haver informat al tribunal de qui va estar present i de qui va votar afirmativament:

¹³² Tot i que en el Fonament de Dret vint-i-sisè s'hi afirma que, "incluso, el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por otras pruebas no debe servir, por sí solo, para considerarlo culpable. No obstante, su versión constituye un dato que el juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente."

Sin embargo, sí es relevante el referido contraste si tenemos en cuenta que la plasmación de determinadas concreciones -especialmente la relativa al número de los asistentes a la reunión de 5 de febrero de 1996, y la referida a la de la identidad de los miembros de la Mesa Nacional de H.B. que votaron en favor de la decisión de ceder el espacio electoral a ETA asumiendo integralmente el contenido de los vídeos-, pudo aparecer incorporada a la narración fáctica del escrito inicial sin necesidad de esperar al resultado de la actividad probatoria practicada en el juicio, pues en tal punto, dicha actividad se redujo a las propias declaraciones de los acusados, pese a que tenían a su exclusivo alcance medios de acreditación documental contundentes como lo serían la aportación de las actas de las sesiones de la Mesa Nacional de H.B. o la declaración específica de su Secretario.¹³³

Segons la citació, els que havien de demostrar que no van participar en els fets jutjats eren els acusats en comptes de ser el fiscal qui provés la participació dels acusats en els fets. O sigui, hi ha una inversió de papers. En comptes de ser el fiscal qui acusi per mitjà de proves materials com l'acta de la reunió, ha de ser la defensa qui demostrï qui dels acusats no van participar en els fets jutjats per mitjà de l'aportació de l'acta de la reunió o la declaració del secretari de la Mesa. No obstant, en el Fonament de Dret desè s'afirma que és l'acusació qui ha d'aportar les proves dels fets, mentre que els acusats poden negar-les o mostrar-se passius:

También es doctrina reiterada, tanto del Tribunal Constitucional como de aquesta Sala (17 de mayo y 23 de diciembre de 1996, entre otras), que el ámbito propio de la garantía constitucional, en que la presunción de inocencia consiste, es de naturaleza fáctica, esto es, comprende la apreciación de la existencia de hechos que se consideran delictivos y la presencia o intervención en ellos del acusado. Tales datos fácticos corresponde probarlos a la acusación, y frente a ellos es suficiente la mera negativa o pasividad del acusado.

En tercer lloc, el sistema penal espanyol permet que els acusats no tinguin l'obligació de declarar ni d'autoincriminar-se, per la qual cosa poden callar i, fins i tot, no dir la veritat en la seva declaració. Més endavant sosté que:

El Tribunal racional no puede concluir que el acusado es culpable simplemente porque opta por permanecer en silencio. Sólo si la evidencia contra el acusado pide una explicación que el acusado debería aquistar en posición de dar, su negativa a hacerlo puede, como una cuestión de sentido común, permitir la deducción de una inferencia de que no hay explicación y que el acusado es culpable. A la inversa, si el caso presentado por la acusación tiene tan poco valor evidencial que no pide respuestaa, una negativa a contestar no puede justificar una inferencia

¹³³ Fonament de Dret dissetè.

de culpabilidad. Contra tales conclusiones no puede argumentarse que la deducción de inferencias razonables del comportamiento del acusado tenga el efecto de trasladar la carga de la prueba de la acusación a la defensa como para infringir el principio de presunción de inocencia.¹³⁴

L'estructura discursiva del text consisteix que l'acusat ha de provar la seva participació en els fets en comptes de fer-ho l'acusació. A més, "l'evidència contra un acusat" sovint és un apriorisme perquè l'*evidència* de què parla el tribunal depèn de la reconstrucció dels fets que s'hagi realitzat. El que en una reconstrucció d'uns fets es presenta com una evidència potser no tingui sentit en una altra reconstrucció (o que no resulti obvi o tan obvi com abans).

En quart lloc, la defensa dels acusats presenta una versió dels fets en la que cinc dels acusats no van assistir. Aquesta versió és contestada per una altra elaborada pel Suprem:

Por otra parte, de la respuesta literal y uniforme ("faltaron cinco") manifestada por todos los inculpados, puede deducirse que todos los que la han utilizado estaban presentes en la reunión de la Mesa Nacional de H.B. del día 5 de febrero de 1996, pues si no fuera así alguno hubiera dicho "faltamos cinco" para evidenciar que entre los ausentes estaba el declarante.¹³⁵

En aquesta citació hi ha quatre aspectes a considerar. Primer, el tribunal pretén que algun dels acusats, al dir que "faltamos cinco", es declara innocent i, consegüentment, involucra els altres en els fets jutjats. Segon, el Suprem torna a invertir els termes ja que es pretén que sigui un processat/siguin uns processats els que acusin els seus propis companys en comptes de ser el fiscal amb l'aportació de proves documentals. Tercer, si la defensa va triar aquesta resposta és perquè tots els membres de la Mesa Nacional van assumir personalment i col·lectivament la decisió d'oferir, des del seu punt de vista, una versió única i coherent dels fets, mentre que l'observació del Suprem només té sentit en un context en què hi hagués hagut més d'una versió. Quart, el canvi de "faltaron cinco" per "faltamos cinco" no resol cap problema. Si tots haguessin dit "faltamos cinc", ningú no hagués assistit a la reunió.

En cinquè lloc, el Tribunal Suprem dicta sentència condemnatòria per a tota la Mesa Nacional de HB:

En conclusión: del referido delito de colaboración con banda armada son responsables en concepto de autores los veintitrés acusados dada su participación directa en la decisión tantas veces referida. No nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad por otro, sino en un

¹³⁴ Fonament de Dret setzè.

¹³⁵ Fonament de Dret vint-i-setè.

caso de autoría directa del art. 14.1 del CP 1973, numéricamente múltiple pero individualmente diferenciada, en el que sus respectivos partícipes adquieren la condición de coautores por tomar parte directa y personal en la ejecución de los actos nucleares integrantes de la dinámica comisiva teniendo el completo dominio del hecho no sólo a través de su propio comportamiento sino también de manera funcional [...].

Por otra parte, tal efecto generador de responsabilidad individual en la decisión, ratifica el resultado de la determinación colectiva ya que los acusados como integrantes individualizados de la Mesa Nacional, concurren con su participación a la formación de la voluntad del órgano colegiado.¹³⁶

En aquesta citació apareix una expressió des del punt de vista discursiu molt curiosa: autoria “numéricamente múltiple pero individualmente diferenciada”. Evidentment, l'autoria és múltiple atès que el delicte el comet un òrgan col·legiat format per vint-i-cinc persones (de les que només se'n jutgen vint-i-tres perquè dos han mort abans de la celebració de la vista oral). Segons la nostra opinió, a partir de la sentència no es desprèn la idea que sigui “individualmente diferenciada”. Així, en cap moment s'explica la participació concreta de cada acusat en els fets. Segons la legislació *penal* espanyola no es pot condemnar a ningú per una participació genèrica en un delicte, sinó que s'ha d'especificar en què es concreta la seva participació activa en la comissió del delicte. Aquest tractament uniforme però no individualitzat, en el qual no s'estableix la participació de cada acusat en els fets, implica un trencament de la presumpció d'innocència, perquè, per exemple, és evident que no tots els membres d'un col·lectiu tenen la mateixa importància. Per exemple, no és el mateix que algú defensi contundentment la necessitat de votar afirmativament l'emissió d'un vídeo d'ETA, que el fet que algú es limiti a votar a favor de l'esmentada emissió. A banda que en un col·lectiu de 25 persones, per molt que pertanyin al mateix partit, pot haver-hi alguna dissensió. I ja se sap que *in dubio, pro reo*. De fet, la sentència del Suprem pot condemnar algú que no va ser a la reunió o que va votar en contra o que es va abstenir i que assumeix, per compromís polític, la decisió majoritària acordada en la reunió del 5 de febrer de 1996 per la Mesa Nacional d'HB.

Finalment, hi hauria molts més aspectes a considerar de la sentència, però la falta d'espai i la nostra nul·la formació jurídica no ens ho permeten. No obstant això, no volem acabar sense ressaltar que tot i la profunda reflexió teòrica sobre la presumpció d'innocència que apareix a la sentència, quan el Suprem passa a analitzar els fets jutjats vulnera de manera sistemàtica la presumpció d'innocència dels acusats. D'aquesta manera, és cert que un silenci a una pregunta compromesa pot provocar la pèrdua de la presumpció d'innocència: si l'arma amb què s'ha comès un presumpte delicte té les empremtes de l'acusat, el silenci d'aquest respecte a si les empremtes que hi ha en l'arma són seves, amb seguretat trencarà la presumpció d'innocència.¹³⁷ Ara bé, perquè això succeeixi ha de donar-se una condició

¹³⁶ Fonament de Dret vint-i-setè.

¹³⁷ I fins i tot en aquest són necessàries més proves perquè es podria donar el cas que la prescua de petjades a la pistola fos circumstancial.

necessària: la perfecta delimitació dels fets jutjats. I açò no es dóna en cap moment, des del punt de vista discursiu, en el cas de la Mesa Nacional d'Herri Batasuna. En cap moment s'estableix qui va assistir a la reunió del 5 de febrer de 1996 ni qui va votar a favor de la proposta resultant. El Tribunal Suprem estableix que, com la versió que proporciona la defensa no és versemblant, llavors és falsa, cosa que implica que no va faltar ningú i que no va haver-hi discrepàncies sinó unanimitat. Conclou, doncs, que tots els acusats són culpables de col·laboració amb banda armada. Però aquesta conclusió no deixa de ser una mera hipòtesi, que pot ser més o menys encertada, però només és una hipòtesi. No hi ha cap dada objectiva, llegeixi's documental, que provi que hi van assistir tots i que tots van votar el mateix. Un altre judici que no té res a veure amb el que comentem és el de Rita M., ciutadana brasilera, que “va denunciar també haver estat violada a les dependències [d'una comissaria de Bilbao], circumstància que va ser declarada provada en un altre procediment judicial anterior i en el qual, no obstant, els dos acusats van ser declarats innocents per falta de proves incriminatòries”¹³⁸ És a dir, tot i que es va provar que un policia va violar Rita M., el tribunal va dictar una sentència absolutòria perquè no es va poder aqüestablir la identitat del violador. Tornant, al judici de la Mesa d'HB, i per acabar, el tribunal exigeix reiteradament que siguin els acusats qui demostrin la seva innocència, en comptes de reclamar que l'acusació provi la presència dels inculpats i la seva participació concreta i individual en els fets jutjats.

2.4. L'ALTERNATIVA DEMOCRÀTICA

El Tribunal Suprem comença els Fonaments de Dret afirmant que no vol entrar en conflictes polítics, sinó que pretén cenyir-se a una lectura jurídica dels fets jutjats:

Quede bien claro, pues, que no es objeto de este proceso el análisis global de la actividad y finalidades de una formación política legalizada como es la coalición electoral H.B. Es también evidente que el mismo no pretende sustituir el estudio y la adopción de las decisiones que, para afrontar el denominado “problema vasco”, puedan y deban propiciarse desde las Instituciones pertinentes y por los cauces que la convivencia en democracia permite. Las sedes judiciales no pueden transformarse en foros donde resolver seculares contiendas políticas -por más que, en ocasiones, el contenido estrictamente jurisdiccional de sus resoluciones tenga alguna posibilidad de influir en el desarrollo de los acontecimientos políticos-, y, desde luego, aquest Tribunal no aspira a ello.¹³⁹

¹³⁸ Aitor Ubarretxena, EPC, 12 de gener de 2000, *Una brasilera reconeix en el judici al policia que la maltratà*, pàg. 25.

¹³⁹ Fonament de Dret segon.

Posteriorment fa un al·legat que tot missatge polític que no inciti a la violència està permès i emparat per la llei en una democràcia com l'espanyola encara que es tracti d'un discurs antisistema:

Ya hemos reflejado como el sistema democrático español ampara en su seno, la convivencia pacífica de corrientes sociales y actividades políticas discrepantes, incluso la de aquellas que preconizan postulados destinados a sustituir el esquema territorial constitucionalmente consagrado, pues precisamente la grandeza de la Democracia reside en asumir la discrepancia política y, digerir, además, planteamientos no violentos, por muy distintos que sean del programa que para regular su pacífica convivencia ha conformado la mayoría de los ciudadanos a través, usualmente, de su representación parlamentaria.¹⁴⁰

I acaba assumint que l'*Alternativa Democràtica* no mereix cap càstig penal ja que és plenament legal des d'una perspectiva jurídica:

Asimismo pudimos apreciar en todas las intervenciones defensivas una consciente desestructuración del soporte videográfico o del “spot” televisivo para enfatizar el texto frente a la imagen, con interesado olvido de que lo audiovisual tiene técnicamente una consideración unitaria, adecuada a su concepción y funcionalidad, que no puede fragmentarse, sino interesadamente, para asumir una parte -la textual- que, por sí misma, no merecería reproche a pesar de su radical¹⁴¹ contenido político, y obviar otra -la visual- que, ante la presencia de las armas y del mensaje que la imagen de las mismas reporta, difunde a todo el contexto un contenido amenazador.¹⁴²

Tanmateix, aquesta pretensió de deixar al marge el contingut de la proposta política d'ETA i de no entrar a valorar-la perquè legalment és assumible per un estat de dret com l'espanyol, té els seus límits. En el fons, el Tribunal Suprem mostra el seu desacord palès per molt que reiteradament manifesti que no entrarà en el seu contingut. Posarem alguns exemples per a demostrar-ho.

En primer lloc, a l'última citació, el Suprem afirma que la part textual “no merecería reproche a pesar de su radical contenido político”. La qualificació d'una proposta política com a “radical”, d'entrada, no és una afirmació que es limiti exclusivament a l'àmbit de la

¹⁴⁰ Fonament de Dret dinovè.

¹⁴¹ Cal fer notar que la utilització d'aquest adjectiu (“radical”), que mostra una oposició implícita a l'Alternativa Democràtica. La “radicalidad” d'una opció política o una altra depèn del punt de vista de qui jutga. Òbviament, no hi ha ningú que es consideri a sí mateix com a radical. Els radicals, como diria Sartre, són els altres.

¹⁴² Fonament de Dret vint-i-unè.

justícia. És a dir, aquesta afirmació està fora de context ja que és una intrusió d'un òrgan judicial en l'àmbit de la confrontació política. Però és que, a més, l'adjectiu *radical* sempre s'utilitza per a desqualificar els altres i mai no s'aplica a un mateix. D'aquesta manera, els nazis no es consideraven radicals a si mateixos. Per descomptat, els radicals eren els jueus i els comunistes. El mateix es podria dir, invertint termes, d'Stalin. Queda clar, doncs, que la utilització de *radical* suposa un rebuig frontal del contingut de l'*Alternativa Democràtica* per part del Tribunal.

En segon lloc, en la sentència apareix en diverses ocasions adjectius com *llamada i denominada*:

Aparecen, primero, andando por el campo y luego sentados ante una mesa, tres encapuchados, los cuales, teniendo como fondo la ikurriña y el símbolo de ETA, -hacha y serpiente-, informan en euskera sobre la llamada “Alternativa democrática”.¹⁴³

La asistencia letrada de los acusados puso especial énfasis en acreditar que la llamada “Alternativa Democrática” es ajena a planteamientos reivindicativos armados, que su presentación como forma de solución del conflicto que vive el País vasco la hace merecedora de una valoración política positiva, que ello justificaba su propagación, conocimiento público o “socialización”, y que el desarrollo de tal actividad de difusión se llevó a cabo sin contratiempos policiales o judiciales desde muchos meses antes de ocurrir los hechos que aquí se juzgan.¹⁴⁴

De otro lado, la decisión de reflejar en el “factum” tanto la actividad desarrollada por la Mesa Nacional de H.B., con anterioridad a su acuerdo de 5 de febrero de 1996, para la difusión de la denominada “Alternativa Democrática”, como los comunicados de prensa emitidos por dicha coalición política con motivo de los asesinatos de los Sres. Múgica Herzog (f. 1259 y 1260 Tomo III del Instructor) y Tomas y Valiente (f. 1261 y 1262 del Tomo III del Instructor), únicamente responde al designio de completar la descripción del contexto en que se enmarca la acción concreta sometida a enjuiciamiento penal y calificación punitiva, pero cabe ya avanzar que tanta aquella actividad como los comunicados carecen de contenido incriminatorio específico.¹⁴⁵

¹⁴³ Fets Provats B).

¹⁴⁴ Fonament de Dret dissetè.

¹⁴⁵ Fonament de Dret dotzè. A més, hi ha d'altres citacions que reproduïm a continuació :

Una primera, dirigida a negar el caràcter del hecho nuclear referido -la decisión de acoger el planteamiento de la organización terrorista ETA tal como está expresado videográficamente y ceder el espacio electoral gratuito a dicha organización para difundir su contenido- a base de

L'ús de *llamada i denominada* explicita el distanciament amb què el Tribunal es refereix a l'*Alternativa Democràtica*. Un distanciament lògic des d'un punt de vista polític però no des d'una perspectiva jurídica després de les afirmacions que el propi Suprem reitera en diverses ocasions. És impensable que el Suprem es refereixi a la Llei d'Enjudiciament Criminal com l'"anomenada Llei d'Enjudiciament Criminal" i, molt menys, que la Constitució Espanyola passi a ser l'"anomenada Constitució Espanyola".

Finalment, aportem la següent citació, molt explícita de l'opinió que mereix l'*Alternativa Democràtica* al Suprem:

Puestos en relación estos razonamientos y precisiones con la conducta enjuiciada, es cierto que los comunicados pretenden explicar los asesinatos en el contexto de un supuesto y subjetivo "conflicto entre la represión española y Euskal Herria", presentando los crímenes como una "respuesta", expresando su opinión acerca de que la "represión" no va a acabar con el conflicto, tratando de desplazar la responsabilidad política de los asesinatos hacia el Gobierno y proponiendo como solución final la tan manida "Alternativa Democrática".¹⁴⁶

considerar tal determinación como una faceta más del ejercicio normal del derecho a la libre expresión y a la actividad política que consideran criminalmente inane tal como lo fue la precedente "difusión" del texto de la llamada "Alternativa Democrática" (esta pretensión se apoya fundamentalmente en las pruebas pericial y testifical y parte de la documental propuesta). (Fonament de Dret dissetè)

Por tanto, no es el contenido de la llamada "Alternativa Democrática", en sí mismo, el que, por asunción de sus postulados, genera responsabilidad penal en nuestro ordenamiento. (Fonament de Dret divuitè)

Es inviable la propuesta defensiva que invita a prestar atención exclusiva al interés general que presenta el contenido de la llamada "Alternativa Democrática" para -con habilidosa derivación argumental- desviar el análisis jurisdiccional del núcleo esencial de la actividad enjuiciada. igual cabe decir de la doctrina denominada del "reportaje neutral o de autor", tampoco aplicable al caso porque se refiere a profesionales de la información que reportan -no asumen- la información y por ello no son responsables de la misma si la que facilitan encaja dentro de los requisitos constitucionalmente exigidos. (Fundamento de Derecho vigesimoprimer)

¹⁴⁶ Fonament de Dret trentè.

La qualificació que rep l'*Alternativa Democràtica* és clara: *la tan gastada*. L'ús de l'adjectiu denota un sentit certament pejoratiu. El significat que suposem que té el text és que la proposta política d'ETA és mencionada amb reiteració en la vista oral i en la sentència. Per això és *tan gastada*. Ara bé, hi ha un altre text que és al·ludit en multitud d'ocasions i que no resulta *tan gastat*. Ens referim a la Constitució Espanyola, a la qual s'al·ludeix en 45 ocasions sense que rebí mai cap qualificatiu que indiqui reiteració amb sentit pejoratiu.

A les pàgines anteriors hem volgut mostrar que el Tribunal Suprem no és neutral, com caldria esperar de qualsevol òrgan judicial, malgrat el que es pot deduir de les seves afirmacions sobre la legalitat irreprotxable “del contingut” de l'*Alternativa Democràtica*, sinó que pren partit des d'una perspectiva discursiva: la desqualificació explícita de la proposta d'ETA es posa de manifest de manera clara diverses vegades. Amb la consegüent aparició d'una incoherència: la sentència no es mou en un àmbit exclusivament jurídic, sinó que introdueix consideracions polítiques. Aquest fet suposa que la sentència sobrepassa amb escreix l'àmbit jurídic.