

Roj: **STS 1653/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:1653**Id Cendoj: **28079120012013100284**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **01/04/2013**Nº de Recurso: **1576/2012**Nº de Resolución: **282/2013**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE MANUEL MAZA MARTIN**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 2353/2012,**  
**STS 1653/2013**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Abril de dos mil trece.

En el recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma que ante Nos pende, interpuesto por **Cosme , Gabriel , Laureano , Reyes y Rodrigo** contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal (Sección Segunda) que les condenó por delito de **enaltecimiento del terrorismo** , los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Manuel Maza Martin, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dichos recurrentes representados por el Procurador Sr. Cuevas Rivas.

## I. ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El Juzgado Central de Instrucción número 5 instruyó Procedimiento Abreviado con el número 258/2009 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2ª que, con fecha 30 de mayo de 2012 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: " *Con motivo de la 16ª edición de la carrera popular denominada "Korrika", que cada dos años recorre Euskadi, Navarra y el País Vasco Francés, organizada por AEK (Coordinadora de Alfabetización de Adultos), celebrada entre los días 26 de marzo y 5 de abril de 2009, bajo el lema "ongi etorri euskaraz bici nahi dugunon herrira" (bienvenido al pueblo <http://askatu.org/> de l@s que queremos vivir en euskera), el día 28 de marzo, **Rodrigo , Cosme , Gabriel , Laureano e Reyes** , todos ellos mayores de edad, estando de acuerdo, exhibieron banderolas a favor de presos de la organización terrorista ETA y fotografías de miembros de dicha organización a su paso por el barrio de San Juan de Pamplona, a la altura de la prisión, en el Km. 404 de su recorrido, en el cual correspondía llevar el "Lekuko" ("Testigo") al colectivo "Presten Lagunak" ("Amigos de los Presos"), y de cuya subvención, aunque finalmente no fuera abonada, se había hecho cargo Amnistiaren Aldeko Mugimendua (Movimiento Pro Amnistía, para, durante su transcurso, "mostrar solidaridad a los presos políticos vascos".*

*Desde el referido Km. 404, y hasta al menos el paso por el barrio de la Milagrosa, fue utilizado por los acusados para dar publicidad mediante las referidas banderolas y fotografías a diferentes individuos pertenecientes a la referida organización, así como para reivindicar el reagrupamiento, de lo que denominaban presos políticos, en las cárceles de Navarra.*

*La adquisición del referido Km. 404 fue difundida por medio de un comunicado en la página web [www.askatu.org](http://www.askatu.org) divulgado el anterior día 27, en el cual, textualmente, se podía leer: "el kilómetro del Movimiento Pro-Amnistía tiene el número 404 y pasará por la cárcel de Pamplona sobre las 13.30. Hacemos un llamamiento a los ciudadanos a que se acerquen al lugar para mostrar la solidaridad con los presos políticos vascos y contra la represión".*



Aparecía junto al logotipo de la organización terrorista Gestoras-Askatusuna, siendo **Rodrigo** quien se había encargado de la adquisición del Km. 404, y quien también presidía la marcha, ocupando un lugar a la cabecera.

Cosme , quien se encontraba igualmente en la cabecera, portaba a la altura de dicho Km. Una foto de Inés , condenada en sentencia 64/2010, de 8 de noviembre, de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional , hoy firme, por pertenencia a organización terrorista, y durante el resto del recorrido una foto de Eladio , condenado en Francia en sentencia de 26 de noviembre de 2009, también firme, por integración de organización terrorista.

Gabriel , también en la cabecera, llevaba en el Km. 404 una fotografía de Lázaro , condenado en sentencia firme, de fecha 2 de noviembre de 2009, de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por delitos de tenencia de explosivos con fines terroristas y por delitos de atentado, y durante el resto del recorrido una foto de Rodolfo , procesado en auto de 19 de octubre de 2009, y preso por el Sumario 65/06 del JCI nº 3, por delito de integración en organización terrorista.

Laureano , asimismo desde la cabecera, a la altura del mismo Km. Portaba la foto del referido Rodolfo .

Reyes , igualmente, se encontraba a la cabecera de la marcha, portando una bandera en la que se podía leer "EUSKAL PRSO ETA IHESLARIAK", y durante su recorrido, al paso por el barrio de la Milagrosa, llevaba una foto de Alexis , condenado por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, en sentencia de 17 de marzo de 2010 , ya firme, por delito de tenencia de explosivos con fines terroristas, y en sentencia de 30 de noviembre de 2010, también firme de la Sección Primera, por delito de daños.

Ninguno de los acusados tiene antecedentes penales, a excepción de **Rodrigo** , que, entre otros, ha sido condenado por hechos cometidos el 5 de julio de 2003, por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en sentencia firme de 1 de septiembre de 2005, como autor de un delito de terrorismo, a la pena de UN año de prisión e inhabilitación absoluta de SIETE años. "[sic]

**SEGUNDO.** - La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: " **FALLAMOS:** que **debemos condenar y condenamos a Cosme , Gabriel , Laureano e Reyes** , sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad en ninguno de ellos, como autores penalmente responsables de un delito de **enaltecimiento** del terrorismo, a la pena, para cada uno, de UN año de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de SIETE años.

Y **debemos condenar y condenamos a Rodrigo** , en quien concurre la circunstancia agravante de reincidencia, como autor penalmente responsable del mismo delito de **enaltecimiento** del terrorismo, a la pena de UN año, SEIS meses y UN día de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de OCHO años.

Condenamos, asimismo, a los cinco, al pago de las costas del presente juicio por partes iguales.

Notifíquese la presente sentencia a los acusados, a sus representaciones procesales y al Ministerio Fiscal, con indicación de que contra la misma cabe interponer recurso de casación para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el término de cinco días, a contar desde la última notificación. "[sic]

**TERCERO.** - Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.** - El recurso interpuesto por **Cosme , Gabriel , Laureano , Reyes y Rodrigo** se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

**Primero.-** Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por entender que se ha producido una aplicación contraria a derecho de precepto penal de carácter sustantivo, del artº. 578 del Código Penal , que castiga el delito de **enaltecimiento** del terrorismo.

**Segundo.-** Por infracción de precepto constitucional, con base procesal en el artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción del artº. 24 de la Constitución española , con relación al derecho a la presunción de inocencia.

**Tercero.-** Por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por entender que se ha producido una aplicación contraria a derecho de precepto penal de carácter sustantivo, por inaplicación del artº. 14 del Código Penal , previsto para el error de prohibición, en relación al artº. 578 del CP .

**Cuarto.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con el artº. 5. 4º de la L.O.P.J ., por infracción del derecho de presunción de inocencia.



**Quinto.-** Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que se ha producido una aplicación contraria a derecho de precepto penal de carácter sustantivo, del artº. 22.8º del Código Penal, como agravante de reincidencia en relación con el delito de **enaltecimiento** de terrorismo del artº. 578 del Código Penal, en relación a Rodrigo.

**QUINTO.** - Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en informe de 25 de septiembre de 2012, solicitó la inadmisión de todos los motivos del recurso interpuesto y, subsidiariamente, su desestimación; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para la vista prevenida, se celebró la misma el día 20 de marzo de 2013, habiendo comparecido en defensa de los recurrentes el Letrado Jaione Carrera Ciriza y el Ministerio Fiscal.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los recurrentes, condenados por el Tribunal de instancia, como autores de un delito de **enaltecimiento** del terrorismo, a las penas de un año de prisión y siete años de inhabilitación absoluta, para cada uno de ellos, excepto en el caso de Rodrigo a quien, al aplicársele la agravante de reincidencia, se le condena a las penas de un año, seis meses y un día de prisión e inhabilitación absoluta por ocho años, fundamentan en cinco diferentes motivos su Recurso conjunto. Motivos que, de acuerdo con el correcto orden lógico procesal, se han de examinar comenzando por los ordinales Segundo y Cuarto, al referirse a tres supuestas vulneraciones del derecho fundamental a la presunción de inocencia ( art. 5.4 LOPJ, en relación con el 24.2 CE ) que se concretan en la ausencia de prueba del ánimo de ensalzamiento del terrorismo, de la referente al conocimiento, por los recurrentes, de la ilicitud de su conducta y, por último, respecto de la participación de Rodrigo en el delito enjuiciado.

Antes de analizar individualizadamente esos extremos, baste recordar, con carácter general y para dar respuesta adecuada a los mismos, cómo la función casacional encomendada a esta Sala, acerca de las posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber: a) que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; b) que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y c) que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la Sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba.

En consecuencia, si la prueba de cargo existe, no puede ser tachada de ilícita y se muestra bastante para alcanzar la conclusión condenatoria, en la valoración que, de la misma, lleva a cabo el Tribunal "a quo", no le es posible a esta Sala entrar en censura del criterio de dicho Tribunal, sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles.

Y, en este caso, nos encontramos en principio con una argumentación, contenida en los Fundamentos Jurídicos Primero y Segundo de la Resolución de instancia, en los que se enuncian y analizan una serie de pruebas, tales como las declaraciones testificales de los guardias civiles actuantes, informes periciales y documental obrante en las actuaciones y, de modo muy especial, las manifestaciones mismas de los propios acusados, reconociendo el porte y exhibición de las fotografías de referencia, en el curso de una carrera popular que discurría por las calles de la ciudad de Pamplona, pruebas todas ellas válidas en su producción, razonablemente valoradas y plenamente capaces, en definitiva, para sustentar el "factum" de la recurrida.

Frente a ello, el Recurso se extiende, por su parte, en alegaciones que pretenden combatir esa valoración de prueba llevada a cabo en la Resolución de instancia, en especial en lo que a los aspectos subjetivos de la infracción se refiere, alegaciones que, en definitiva y como hemos visto, se alejan del contenido que le es propio a un Recurso de Casación como éste, pues afectan al ámbito, no de la existencia y validez de las pruebas sino de su valoración, función que corresponde al Juzgador máxime si, en un supuesto como el presente, la lleva a cabo de forma tan precisa como correctamente argumentada, dentro de los límites propios de la más absoluta racionalidad.

En efecto, matizando cada uno de los aspectos que consideran insuficientemente acreditados los recurrentes ha de precisarse que:

A) En cuanto a la afirmación de que no existía, en el ánimo de los recurrentes, la intención de "enaltecer" o "justificar" los actos de terrorismo o a sus ejecutores, elemento subjetivo imprescindible para la existencia del delito previsto en el artículo 578 del Código Penal (apartado segundo del motivo Segundo), lo cierto es que, como tan pormenorizada y acertadamente explica la Resolución de instancia en su Fundamento Jurídico



Segundo, dicho elemento intencional concurre sin duda en el caso presente, según ha quedado sobradamente probado a la vista de la propia naturaleza de los actos llevados a cabo por los que ahora recurren, consistentes en el porte de las fotografías de quienes se encontraban procesalmente bajo la imputación de ser autores de actos de terrorismo y a los que, como más adelante insistiremos, se les califica como "presos políticos" y objeto de "represión".

Semejante contenido entraña, evidentemente, una inequívoca vocación de ensalzamiento o, cuando menos, de justificación de los actos que se les imputaba, lo que de por sí evidencia la voluntad referida de elogio o justificación.

En términos semejantes y ante actos de análogo significado ya decíamos en nuestra Sentencia de 5 de Junio de 2009 lo siguiente:

*" Valoración de la prueba que hemos de poner de relieve cómo, en esta ocasión, no se refiere tanto a la realidad de los hechos llevados a cabo por los recurrentes, que éstos no discuten, cuanto a la intención que realmente perseguían con ellos, puesto que niegan que su pretensión fuera otra que la de honrar a sus paisanos, no por su condición de integrantes de la banda terrorista, sino como promotores, en su día, del estudio de la lengua autóctona.*

*Elemento intencional que, así mismo, como sabemos y tan reiteradamente se ha dicho en otras ocasiones, al pertenecer al ámbito de lo más recóndito del pensamiento del ser humano, no es susceptible, por lo general, de una clara probanza directa, obligando al Juzgador a acudir a juicios de inferencia a partir de ciertos extremos fácticos debidamente acreditados que puedan revelar, con la suficiente certeza, ese dato tan personal e íntimo.*

*A la luz de los anteriores presupuestos, en el presente caso se advierte que la Audiencia sí que dispuso a este respecto, en realidad, de material probatorio válido, susceptible de valoración, toda vez que, a partir de la realidad incontestable de los hechos protagonizados por los recurrentes, en modo alguno puede considerarse irracional o ilógica la conclusión probatoria, igualmente alcanzada por los Jueces "a quibus", acerca de las verdaderas intenciones de éstos cuando, en plenas fiestas locales, distinguen a sus dos conciudadanos, condenados en firme a penas que desde hace quince años se encuentran cumpliendo en prisión, por su actuación vinculada a la banda terrorista ETA, en primer lugar les honran nombrándoles representantes mayor y menor de la cuadrilla "Herriarenak", portando efigies con fotografías de sus rostros respectivos en la ceremonia celebrada en la Casa Consistorial de la localidad para la imposición de las bandas correspondientes, exhibiéndoles a continuación ante los ciudadanos en el exterior del balcón del Ayuntamiento y posteriormente, días después, desfilando con tales figuras en la procesión religiosa desde la sede municipal hacia la iglesia de la localidad.*

*En efecto, la convicción alcanzada por la Audiencia, cuyo fundamento se explicita en la propia Resolución recurrida (FJ 2º), no resulta en modo alguno ni ilógica ni irracional, única vía que le estaría permitida a esta Sala de Casación para alterar el criterio probatorio de los Juzgadores de instancia.*

*De hecho, la circunstancia de que carezca en absoluto de sentido el aceptar la versión exculpatoria de que se estuvieran honrando, con semejante conducta y nada menos que quince años después de ello, las actividades llevadas a cabo por unos conciudadanos en favor del aprendizaje del vascuence ("euskera"), al haber sido en su día los homenajeados colaboradores y responsables de escuelas ("ikastolas") donde esos estudios se impartían, con semejante relevancia en esas tareas, cuando menos, que la de otros muchos ciudadanos a lo largo de tan dilatado período de tiempo, refuerza mucho más la lógica de que la verdadera finalidad no era sino la de poner de relieve la actual situación de prisión de ambos y, con ello, manifestar, con su público ensalzamiento, la admiración hacia los recurrentes por su condición de miembros de la banda terrorista y autores de graves delitos, todo ello inscrito, a su vez, en una reiterada estrategia, sobradamente conocida, de apoyo a los presos de dicha organización".*

B) Así mismo, a propósito del alegado desconocimiento del carácter ilícito de la conducta desarrollada por quienes recurren (apartado primero del motivo Segundo), hay que empezar señalando que, en realidad, lo que se pretende no es sino la aplicación del instituto del "error de prohibición", al que se refiere el artículo 14 del Código Penal, y que para ello se hace preciso que sea quien lo alegue, los recurrentes en este caso, quienes hubieran aportado las pruebas necesarias para su acreditación con efectos de exención o reducción de la pena prevista.

Se trataría por tanto, según se deduce de la argumentación contenida en el Recurso, más que de la denuncia de una posible infracción del derecho a la presunción de inocencia ( art. 24.2 CE ), de la alusión a una ausencia de motivación, racionalmente suficiente, para el rechazo por la Audiencia de esta pretensión, es decir, de la articulación de un motivo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE ), en su vertiente de ausencia de la motivación exigible para ese pronunciamiento desestimatorio.



No obstante, es de advertir cómo la Sentencia recurrida responde a la cuestión planteada acerca de la existencia de un error de prohibición, o ausencia de la conciencia de antijuridicidad de la conducta realizada por los recurrentes, con sobrado y muy cabal fundamento para acordar su improcedencia.

En tal sentido, el Tribunal "a quo" nos recuerda que para excluir el alegado "error de prohibición" "*... basta con que el autor tenga motivos suficientes o posibilidades para saber que su actuación se halla prohibida, por ser el hecho cometido contrario a elementales normas de común conocimiento, y desde luego, tal circunstancia concurría en los acusados.*"

Y ello porque los acusados pertenecían evidentemente al ámbito reivindicativo en relación con los presos de ETA y cometen los hechos enjuiciados en Marzo de 2009, cuando ya se habían producido, con gran difusión mediática, hechos semejantes, como los de la Semana Grande de Bilbao, de Agosto de 2008 que, aunque juzgados con posterioridad y finalizados con absolución por no haberse podido identificar a sus autores, dieron lugar a las correspondientes acciones penales, cuya existencia resulta inconcebible que no conocieran los aquí recurrentes.

Lo mismo que sucedía con los acontecimientos, juzgados con pronunciamiento condenatorio en nuestra Sentencia que acaba de citarse de 5 de Junio de 2009, que acaecieron en las fiestas de Amurrio del año 2005, y sobre los que ya había recaído en la instancia, Sentencia condenatoria de la Audiencia el 29 de Julio de 2008. Antes, por tanto, de la comisión de los hechos aquí enjuiciados.

Por consiguiente, lejos de haber conseguido acreditar por la Defensas, como a ellas incumbía, la existencia del "error de prohibición", lo cierto es que existían datos y razones sobrados para afirmar que los recurrentes conocían perfectamente la ilegalidad de sus acciones.

C) Y, por último, en lo que a la carencia probatoria para atribuir a Rodrigo la participación en el delito que se enjuicia (motivo Cuarto), hay que indicar que, de nuevo, la Audiencia razona, con explicaciones repletas de lógica, el por qué le considera a él también autor de tales hechos, incluso con una cierta posición de protagonismo, toda vez que se enumeran como pruebas demostrativas de ello el dato, en primer lugar, de que fuera precisamente él quien adquiriera el Kilómetro dentro de la carrera popular, precisamente a su paso y en las inmediaciones de la prisión de Pamplona, en el que se procedió a exhibir las fotos de presos portadas por los otros recurrentes.

Añadiéndose además a ello su presencia en dicha carrera, en lugar preferente, dentro de la cabecera de la misma aún cuando en un lateral, según se aprecia en la documental gráfica de ese evento, y su pertenencia a la organización ASKATASUNA, vinculada a acciones de semejante carácter llevadas a cabo en otras ocasiones.

De modo que no puede tacharse de irracional o ilógica, más bien todo lo contrario, la convicción probatoria alcanzada por el Tribunal "a quo" acerca de la efectiva participación de Rodrigo en los actos de ensalzamiento, por mucho que él, personalmente, no portase ninguna de las mencionadas fotografías.

Por lo que ambos motivos han de desestimarse.

**SEGUNDO.-** A su vez, los restantes motivos del Recurso, Primero, Tercero y Quinto, se refieren a otras tantas infracciones de Ley, por indebida aplicación de las normas sustantivas a los Hechos declarados como probados por la Resolución de instancia ( art. 849.1º LECr ), en concreto la del artículo 578 del Código Penal, que describe el delito de ensalzamiento del terrorismo objeto de condena, la del artículo 14 del mismo Cuerpo legal, que contempla el error de prohibición invencible como causa de exclusión de la punibilidad de la conducta, y la del artículo 28.8º, relativo a la agravante de reincidencia aplicada a Rodrigo.

El cauce casacional ahora utilizado ( art. 849.1º LECr ), de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala en ese sentido, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

La labor que ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, sobre la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia inicialmente.

A) En este sentido, es clara la improcedencia de los motivos Primero y Tercero, toda vez que, al no haberse acreditado el referido "error de prohibición" ( art. 14 CP ), por la razones anteriormente expuestas, no procede su aplicación en este caso, de igual modo que resulta, por el contrario, plenamente acertada la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo delictivo del artículo 578 del Código Penal, habida cuenta de que esa descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria, al aplicar el referido precepto, que define la autoría respecto del delito de **enaltecimiento** del terrorismo por el que condena a los recurrentes, al haber



llevado a cabo actos públicos de claro contenido y finalidad de ensalzamiento de los integrantes de la banda terrorista ETA, en la interpretación seguida por la doctrina de esta Sala, citada y resumida en Sentencias como la de 30 de Mayo de 2011 .

En tal sentido hay que recordar, de entre los numerosísimos pronunciamientos de esta Sala en relación con la materia que nos ocupa ( SsTS de 21 de Diciembre de 2004 , 26 de Febrero , 20 de Junio y 17 de Julio de 2007 , 23 de Septiembre de 2008 , 5 de Junio de 2008 , 5 de Junio y 21 de Diciembre de 2009 , 3 de Marzo y 2 de Junio de 2010 o las más recientes de 2 de Febrero y 25 de Abril de 2011 ), lo siguiente:

- Que el delito que se contiene en el artículo 578 del Código Penal , redactado conforme a la LO 7/2000, de 22 de Diciembre, supone la inclusión de una actividad, como el **enaltecimiento**, en relación con figuras delictivas, las comprendidas en los artículos 571 a 577 , y de quienes hayan participado en su ejecución, tipos, todos ellos, incluidos dentro del Capítulo dedicado a las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo, comprendiendo la promoción y constitución de organizaciones terroristas, los delitos de estragos, depósitos de armas, municiones y explosivos, delitos cometidos con la finalidad de subvertir el orden constitucional, lo que se denomina como atentados contra el patrimonio, actos de colaboración activa, como la recaudación de fondos o financiación, e incluso los que, sin pertenecer a organización terrorista realicen actos encaminados a atemorizar a miembros de una población o de un colectivo social, político o profesional.

- Que, por lo que se refiere al bien jurídico protegido por este delito, la propia Exposición de Motivos de la Ley 7/2000 nos ofrece un criterio negativo y otro positivo para su determinación, cuando dice que "... *No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que estas se aleguen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional ....*", sino que consiste en algo "... *tan sencillo como perseguir la exaltación de métodos terroristas ....*", realizada mediante actos "... *que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal ....*" (Vid. STEDH de 15 de Marzo de 2011, caso "Otegui Mondragón vs Espagne").

Ni supone tampoco en modo alguno, por tanto, la criminalización de opiniones discrepantes, ni el fundamento y el bien jurídico protegido en este caso es la defensa de la superioridad de ideas contrarias a aquellas que animan a esta clase de delincuentes, sino que, muy al contrario, la finalidad de la tipificación de tales conductas es combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, abortando toda clase de justificación y apoyo para lo que no son sino cumplidos atentados contra la significación más profunda del propio sistema democrático.

De esta manera el bien jurídico protegido y el fundamento de este tipo, estaría en la interdicción de lo que el TEDH - SSTEDH de 8 de julio de 1999 , Sürek vs Turquía, 4 de diciembre de 2003, Müslüm vs Turquía -y también nuestro Tribunal Constitucional - STC 235/2007 de 7 de noviembre - califica como el "discurso del odio", es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica en la medida en que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrorizamiento colectivo como medio para conseguir esas finalidades.

- Que los elementos que integran esta infracción son los siguientes:

1º La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que es un claro comportamiento criminal.

2º El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:

a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577.

b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o a varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

3º Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión o difusión, como puede ser un periódico o un acto público con numerosa concurrencia.

- Que se trata de una figura delictiva consistente siempre en un comportamiento activo, excluyendo por tanto la comisión por omisión, tanto propia como impropia, siendo además un delito de mera actividad, carente de resultado material y de naturaleza esencialmente dolosa o intencional.



- Que, además, ostenta una sustantividad propia respecto de la apología contemplada en el artículo 18 del Código Penal, aunque no se puede desconocer que el **enaltecimiento** es una forma específica de apología.

En tal sentido, la apología del art. 18, de acuerdo con el propio tenor del tipo, exige una invitación directa a cometer un delito concreto, y solo entonces será punible, y lo mismo puede predicarse del art. 579 CP que se refiere a la provocación, conspiración y proposición para la comisión de acciones terroristas.

Por el contrario, el **enaltecimiento**/justificación del art. 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los efectuaron.

En apoyo de esta teoría de la sustantividad de esta específica apología "in genere", operaría el argumento de que su respuesta punitiva es también autónoma e independiente -prisión de uno o dos años-, frente a las "apologías" clásicas de los arts. 18 y 579 en las que la pena lo es por referencia a la que corresponda al delito a cuya ejecución se incita -pena inferior en uno o dos grados-.

La propia Exposición de Motivos de la Ley apunta en esta dirección cuando se dice que "*.... las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el art. 18 del CP.*"

- Que, así mismo, no debe confundirse este delito de **enaltecimiento** o justificación, que es por el que aquí se condenó, con el de realización de actos con el propósito de "desacreditar, menospreciar o humillar" a las víctimas del terrorismo, modalidad alternativa y completamente independiente aunque contemplada en el mismo precepto, que exige un dolo específico o ánimo directo, de desprestigiar o rebajar la dignidad de las víctimas, cuya comisión no puede consistir en la ejecución de actos que, teniendo una finalidad específica distinta, de alguna manera y de forma indirecta, puedan producir dolor o angustia en las víctimas o sus familiares, cuyo sosiego y paz merece la consideración de bien jurídico protegido específico en esta concreta figura penal distinta de la del **enaltecimiento**.

Pues bien, como queda dicho, la conducta de quienes fueron acusados en la instancia por la comisión de un delito de tales características, al exhibir en un acto público y con una finalidad de elogio hacia ellos, o al menos de justificación de sus acciones, las fotografías de varios presos, encarcelados por su presunta pertenencia a la banda terrorista, según se describe en el "factum" de la recurrida, merece, sin duda alguna, ser calificada como constitutiva de la infracción que acaba de describirse.

Y sin que a este respecto puedan aceptarse, por otro lado, las alegaciones de los recurrentes en el sentido de que no se estaban justificando y enalteciendo a miembros de la organización terrorista, toda vez que las fotografías que portaban eran de personas que se encontraban en situación de prisión preventiva y, por ende, no habían sido condenadas hasta ese momento como tales terroristas, puesto que, al margen de que al menos algunas de ellas ya tuvieran previamente antecedentes por actos de terrorismo como los Jueces "a quibus" refieren, lo cierto es que con la simple lectura del "factum" de la Resolución de instancia, se observa que se afirmaba expresamente, por medio de un comunicado público difundido el día anterior, que la finalidad de tales acciones no era otra que la de "*... mostrar la solidaridad con los **presos políticos** vascos y contra la **represión***".

Lo que significa obviamente que, más allá de la simple reivindicación de una aproximación de los presos a sus hogares, lo que por supuesto entraría dentro de la lícita expresión de unos meros deseos y pretensiones, con los referidos calificativos de "presos políticos" objeto de "represión", se está yendo más allá de una mera demanda reivindicativa, para presentar a esos presos, cautelarmente encarcelados como posibles autores de actos de delincuencia terrorista, como luchadores políticos y víctimas de una injusta persecución, con la clara finalidad de enaltecer los hechos que hubieran podido cometer y a sus propias personas.

Por lo que los motivos Primero y Tercero han de desestimarse.

B) No obstante, distinto destino debe seguir la denuncia de la infracción de Ley por indebida aplicación de la agravante de reincidencia ( art. 22.8º CP ), en el caso de Rodrigo (motivo Quinto), ya que, siendo requisito imprescindible para declarar la concurrencia de esa circunstancia de agravación el que se hagan constar expresamente en el relato de hechos los distintos elementos y requisitos exigidos para su presencia y tratándose uno de éstos del dato de que el autor del delito en el momento de su comisión "*... haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, **siempre que sea de la misma naturaleza***" ( art. 28.8ª CP ), advertimos que el antecedente al que se hace referencia es una condena por "delito de terrorismo", incluido, por tanto, en el mismo título que el de **enaltecimiento** que aquí nos ocupa, pero heterogéneos ambos en cuanto a su "naturaleza" pues como decía, entre otras, la Sentencia de esta Sala de 3 de Marzo de 2010 :



" Finalmente, en cuanto a la naturaleza de esta apología genérica, laudatoria y sin incitación, de acuerdo con la doctrina de esta Sala mantenida en los autos de 23 de Mayo de 2002 y 14 de Junio de 2002 --Causa Especial, Recurso 29/2002 -- no es un delito de terrorismo dado que la actividad típica está constituida por la mera expresión laudatoria de actos terroristas o de sus autores, sin incitación a la comisión directa ni indirecta. De suerte que como ya advirtió la STC 199/1987 de 16 de Diciembre del Pleno del Tribunal Constitucional que resolvió los recursos de inconstitucionalidad contra la L.O. 9/1984 sobre bandas armadas y elementos terroristas "...La manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades.... ".

Por ello, el argumento de que esta apología, también llamada apología menor, se encuentra sistemáticamente dentro de los delitos de terrorismo, carece de virtualidad y relevancia para en base al argumento sistemático, así estimarlo. Una cosa es el delito de terrorismo y otra es la apología del terrorismo, de igual suerte que no puede confundirse el delito de genocidio del art. 607 Cpenal con la apología del genocidio que se encuentra en el no 2 del artículo 607, y, también con una pena autónoma ".

Por tales razones, que compartimos plenamente, estamos ante un motivo, este último, que ha de ser estimado y procediendo, en su consecuencia, el dictado de la correspondiente Segunda Sentencia, en la que se extraigan las consecuencias punitivas derivadas de semejante estimación.

**TERCERO.-** Dada la conclusión parcialmente estimatoria del Recurso, procede así mismo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , la declaración de oficio de las costas procesales causadas.

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

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a la estimación parcial del Recurso de Casación conjunto, interpuesto por la Representación de Cosme , Gabriel , Laureano , Reyes y Rodrigo , contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de Audiencia Nacional el 30 de Mayo de 2012 , por delito de **enaltecimiento** del terrorismo, que casamos y anulamos parcialmente, debiéndose dictar a continuación la correspondiente Segunda Sentencia.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en el presente Recurso.

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 Carlos Granados Perez Perfecto Andres Ibañez Jose Manuel Maza Martin Miguel Colmenero Menendez de Luarca Antonio del Moral Garcia

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Abril de dos mil trece.

En la causa incoada por el Juzgado Central de Instrucción número 5 con el número 258/09 y seguida ante la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2ª, por delito de **enaltecimiento del terrorismo** , contra Cosme , con DNI NUM000 , hijo de Pedro y de Ángeles María, nacido en Pamplona el NUM001 de 1981, contra Gabriel , con DNI NUM002 , hijo de Luis María y de María Puy, nacida en Pamplona el NUM003 de 1986, contra Laureano , con DNI NUM004 , hijo de Miguel Ángel y de María Luisa, nacido en Pamplona el NUM005 de 1981, contra Reyes , con DNI número NUM006 , hija de Juan María y de Lourdes, nacida en Amezketta (Guipúzcoa) el NUM007 de 1985 y contra Rodrigo , con DNI NUM008 , hijo de Juan y de María Rosario, nacido en Pamplona el NUM009 de 1979, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 30 de mayo de 2012 , 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. Jose Manuel Maza Martin, hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

**ÚNICO.-** Se aceptan y reproducen los antecedentes de Hecho y los fundamentos fácticos de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2ª.





## II. 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 apartado B) del Segundo Fundamento Jurídico de los de la Resolución que precede, no resultando de aplicación al acusado Rodrigo la circunstancia agravante de reincidencia, en este caso, procede imponerle las penas previstas para este delito en los artículos 578 y 579.2 del Código Penal, en su mitad inferior por aplicación de la regla contenida en el artículo 66.1 6ª del mismo Texto legal para el caso de ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a semejanza del resto de los condenados en estas actuaciones.

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

## III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Rodrigo, como autores de un delito de **enaltecimiento** de terrorismo, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de un año de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de siete años, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la Resolución de la Audiencia, incluidas las restantes condenas y la imposición de costas causadas en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Perez Perfecto Andres Ibañez Jose Manuel Maza Martin Miguel Colmenero Menendez de Luarca Antonio del Moral Garcia

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