



Roj: **SAN 3614/2012 - ECLI:ES:AN:2012:3614**

Id Cendoj: **28079220012012100067**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/09/2012**

Nº de Recurso: **5/2012**

Nº de Resolución: **68/2012**

Procedimiento: **Procedimiento Abreviado**

Ponente: **FERNANDO GRANDE-MARLASKA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3614/2012,**  
**STS 4063/2013**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

### **SALA DE LO PENAL**

#### **SECCIÓN PRIMERA**

#### **ROLLO DE SALA Nº 5/2012**

#### **PROC. ABREVIADO Nº 190/2011**

#### **JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº 5**

#### **ILMO. SR. PRESIDENTE:**

**DON FERNANDO GRANDE MARLASKA GÓMEZ (ponente)**

#### **ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

**DON JAVIER MARTÍNEZ LÁZARO**

**DON NICOLAS POVEDA PEÑAS**

#### **SENTENCIA 68/2012**

Madrid, 21 de septiembre de 2012

Visto, en juicio oral y público, ante esta Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el presente Rollo de Sala nº 5/2012, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 190/2011 del JCI nº 5, seguido de oficio por delito de enaltecimiento del terrorismo contra Rosario , nacida el NUM000 .1957, DNI Nº NUM001 , sin antecedentes penales, María Antonieta , nacida el NUM002 .1957, DNI Nº NUM003 , Alicia , nacida el NUM004 .1952, DNI Nº NUM005 y Leoncio , nacido el NUM006 .1947, DNI Nº NUM007 , por la que no han padecido privación de libertad, representados por el procurador D. Javier Cuevas Rivas y defendidos por el letrado Don Ibon Altuna Goirizelaia

Asimismo, ha sido parte el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. Don Marcelo Azcárraga y Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FERNANDO GRANDE MARLASKA GÓMEZ.

### **ANTECEDENTES PROCESALES**

1.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos procesales, como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo de los artículos 578 y 579.2 CP , reputando responsables del mismo, en concepto de autores, a los acusados Rosario , María Antonieta , Alicia Y Leoncio , sin la concurrencia de



circunstancias modificativas de la responsabilidad, para el que solicitó la pena de un año de prisión y 8 años de inhabilitación absoluta, accesorias y costas por cuartas partes.

2.- La defensa de los acusados, en el mismo trámite, solicitó la libre absolución de sus patrocinados, por considerar que no existe delito tipificable.

## HECHOS PROBADOS

1.- De la prueba formalizada en el acto del juicio oral se concluye como quienes resultan ser Rosario , María Antonieta , Alicia Y Leoncio , y sobre las 19.10 horas del pasado día 11 de octubre de 2011, y actuando de común acuerdo, procedieron:

-A colocar/pegar en una pared sita al acceso, por la calle Autonomía, de la Plaza San Fausto de la localidad vizcaína de Basauri, encontrándose la misma en fiestas patronales, dos filas de fotografías de presos de la organización terrorista ETA, con su nombre en la parte inferior, así como escrito el siguiente lema en euskera: "ESKUBIEN GUZTIEN JABE EUSKAL PRESOAK EUSKAL HERRIRA" (en castellano, "dueños de todos sus derechos, presos a Euskal Herria), siendo un papel tamaño DINA 4 de unas dimensiones de 30 cm. de altura y 21 cm. de anchura. En la fila inferior, junto a las fotografías hay dos carteles.

En la fila superior se trata de las fotografías de Severiano ( Victoriano , condenado en 1989 por delito de colaboración con organización terrorista), Jose Augusto ( Carlos Francisco , condenado en 1995 por delito de integración en organización terrorista y otros de la misma naturaleza), Rocío ( Sofía , condenada en 1996 por atentado terrorista), Juan Ignacio ( Victor Manuel , condenado en 1997 por delitos de naturaleza terrorista), Alexander ( Artemio , condenado en 1995 por delito de integración en organización terrorista y otros de la misma naturaleza), Benito ( Cecilio , condenado en el año 2000 por delito de naturaleza terrorista), Doroteo ( Eugenio , condenado en 1996 por delito de atentado terrorista), Feliciano ( Gerardo , condenado en 2007 por delito de asesinato terrorista y otros), Iván ( Julián , condenado el año 2000 por delito de naturaleza terrorista)

En la fila inferior, se encuentra: un cartel de papel en tamaño DINA 3, de unas dimensiones de 42 cms. altura y 30 cm. anchura, con fondo de una manifestación y escrito el siguiente lema en euskera: "ELKARTASUN KALEJIRA, URRIAK LARUNBATA 15 BENTAKO PLAZAN 20,00 EGIN DEZAGUN. ESKUBIDE GUZTIEKIN EUSKAL PRESOAK EUSKAL HERRIRA" (en castellano: "recorrido callejero en grupo, sábado 15 octubre, a las 20,00 horas en la Plaza Benta, hagamos el camino, presos vascos con todos sus derechos a Euskal Herria"). Igualmente un cartel tamaño DINA 3 de 42 cm. altura y 30 cm. anchura. En su parte central se halla la fotografía de Nemesio ( Pedro , condenado en 2005 en Francia por asociación de malhechores, y entregado posteriormente a España por reclamaciones previas, ha sido condenado en primera instancia por hechos de naturaleza terrorista), y de fondo las caras de doce personas integrantes asimismo de la organización terrorista ETA. En la parte central e inferior se encuentra escrito en euskera: "TXUSEN ESKUBIDEAK EZ DAUDE SALGAI PRESO GAIXOAK KALERA. SEGI BORROKAN, SEGI ANTOLAKUNTZAN. INDEPENDENTZIA", (en castellano: "los derechos de Txus no están en venta, presos enfermos a la calle, sigamos en la lucha, sigamos organizando. Independencia."). En esa misma fila inferior las fotografía de los miembros de la organización terrorista ETA: Nemesio , Iván , Silvio , Gema , Jose Antonio y Carlos Antonio .

-Igualmente colocaron/pegaron, y en otro de los muros de la misma plaza de San Fausto tres filas con fotografías de presos integrantes de la organización terrorista ETA y carteles. Fila superior y de izquierda a derecha fotografía de: Jose Antonio ( Adriano , condenado en Francia por delito de asociación de malhechores), Juan Ignacio , identificado previamente Benito , identificado previamente y Feliciano , identificado previamente. Fila central y de izquierda a derecha las fotografía de: Carlos Antonio ( Baltasar , condenado en el año 2000 por delito de naturaleza terrorista), Gema ( Eulalia , condenada en 2010 por colaboración con asociación de malhechores), Anselmo Alexander , ya identificado, Doroteo , ya identificado, y Iván , igualmente identificado previamente. Fila inferior y de izquierda a derecha las fotografías de: Silvio ( Celestino , condenado en 2009 por delito de asociación de malhechores y otros de la misma naturaleza), Nemesio ( Pedro , condenado en 2005 en Francia por asociación de malhechores, y entregado posteriormente a España por reclamaciones previas, ha sido condenado en primera instancia por hechos de naturaleza terrorista), Severiano , ya identificado, Jose Augusto , identificado previamente y Rocío , previamente identificada. Junto a las mismas tres carteles: un cartel de papel, similar a los ya descritos con la fotografía central de Nemesio y de fondo otras fotografías de menores dimensiones de otros presos integrantes de la organización terrorista ETA. Un cartel de papel con el fondo de una manifestación. Y finalmente un cartel de papel en tamaño DINA 3, con unas dimensiones de 42 cm. de altura y 30 de anchura, una fotografía central de Nemesio y escrito, " SOS Nemesio , GRAVEMENTE ENFERMO VECINO DE URBI, IMPEDIMENTO PARA VISITAS, DISPERSION, PRESIONES, SOLEDAD, EGIN DEZAGUN BIDEA."



Los acusados habían sido observados en esa actitud por el testigo protegido identificado como nº NUM008 , quien realizó la oportuna llamada a la Policía, poniendo en su conocimiento tales hechos. Personada en el lugar la patrulla de la Policía Autónoma compuesta por los agentes con identificación de protección NUM009 y NUM010 , tras contactar con el testigo ya citado, quien les refirió las características y vestuario de los autores de los hechos, procedieron a su localización y detención en la Plaza Benta, habiendo accedido a través de la calle Autonomía, mientras colocaban con un celo, en una marquesina de autobuses algunos carteles, proponiéndose hacer lo mismo en la pared del Colegio San José.

A los acusados se les aprehendieron, en el momento de la detención, los siguientes objetos:

-28 carteles de papel tamaño DINA 3, con unas dimensiones aproximadas de 42 cm. de altura por 30 cm. de anchura, similares al ya descrito con el fondo de una manifestación y que había sido pegado en la Plaza San Fausto con cola.

-67 carteles de papel tamaño DINA 3, con unas dimensiones aproximadas de 42 cm. de altura por 30 cm. de anchura, similares al ya descrito con la fotografía correspondiente a Nemesio , y con fondo de otras fotografías de menor tamaño pertenecientes a miembros de la organización terrorista ETA. Similares a las que habían sido pegadas en la Plaza san Fausto.

-2 pancartas de plástico en color blanco, con unas dimensiones de 80 cm. de ancho por 80 cm. de altura con un dibujo en color negro de Euskal Herria, flechas en color rojo, y escrito en letras negras PRESO ETA IHESLARIAK ETXERA (presos y refugiados a casa).

-2 pancartas de plástico de color blanco de unos 160 cm. de largo por 80 cm. de altura con un dibujo en color negro de Euskal Herria, flechas en color rojo, y escrito en letras negras PRESO ETA IHESLARIAK ETXERA (presos y refugiados a casa).

-2 pancartas de plástico de color blanco de unos 240 cm. de largo por 80 cm. de altura con un dibujo en color negro de Euskal Herria, flechas en color rojo, y escrito en letras negras PRESO ETA IHESLARIAK ETXERA (presos y refugiados a casa).

Las personas que aparecen en los citados carteles y fotografías exhibidas al público en general, y vinculadas con la organización terrorista ETA por su participación en hechos criminales de dicha naturaleza recogidos en los arts. 571 a 577 C.P. , han sido identificadas previamente.

Los acusados conocían la integración de todos ellos en la organización terrorista ETA.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### 1.- SOBRE LA PRUEBA.

#### 1.1.- EL HECHO PRINCIPAL: EXHIBICIÓN EN PÚBLICO Y DURANTE LAS FIESTAS PATRONALES DE LA LOCALIDAD VIZCAINA DE BASAURI, EN FECHA 11 DE OCTUBRE DE 2012, DE DISTINTOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN TERRORISTA ETA

Son varias las fuentes de conocimiento sobre el hecho principal que sustentan el relato anterior.

En primer lugar la diligencia de inspección ocular formalizada por los agentes de la policía autónoma vasca con identificación protegida nº NUM011 y NUM012 , Instructor y Secretario del atestado, habiendo declarado el primero en el acto del juicio oral ratificándose en el mismo, así como la documental fotográfica que le sirve de apoyo, siempre en parámetros de corroboración.

Asimismo debemos destacar los efectos aprehendidos en poder de los acusados, recogidos en la oportuna acta de incautación formalizada por los agentes de la Policía Autónoma Vasca nº NUM009 y NUM010 , quienes han declarado en el acto del juicio oral. Las manifestaciones de los mismos son precisas y determinantes de los efectos incautados, debiéndose resaltar como los acusados se limitaron a subrayar que no firmaron el acta al no estar conformes con los efectos que se decían incautados. Afirmación de genérica y sin que explicitasen que eran lo que llevaban, y aquello que no portaban, no obviando su derecho a no declarar sobre cualquiera de los extremos determinantes de la acusación.

Igualmente no puede obviarse la referencia a las manifestaciones en el acto de juicio oral del testigo protegido nº NUM008 , persona que puso en conocimiento de la Ertzaintza los hechos objeto del presente enjuiciamiento. La defensa alegó la nulidad de la declaración de este testigo como consecuencia de que fueron los agentes de la Ertzaintza quienes le otorgaron la condición de testigo protegido desde un inicio, declarando bajo tal identificación, y sin que mediara resolución judicial. La mencionada referencia jurídica adolece de significación en términos de haber podido derivar en una vulneración del principio de tutela judicial efectiva, así



como del derecho de defensa ( art. 24 CE ). En primer lugar destacar que aún cuando en el atestado se le recibe declaración con identificación protegida, tal circunstancia no determina que se trate de una persona anónima, buena prueba de lo cual su filiación es entregada junto al atestado, resolviendo el Juez de Instrucción sobre su protección y alcance de la medida al amparo de la Ley 19/1994. La actuación material de la policía al formalizar el atestado no es otra que la de garantizar los fines inherentes a un posible y posterior resolución judicial, independientemente que pudieran alcanzarse de otro modo, así haciendo desaparecer de las actuaciones, excepción de la pieza separada declarada secreta, cualquier indicación que pudiera comprometer lo recogido judicialmente. De todos modos, en modo alguno puede hablarse de nulidad, consecuencia de que la identidad del testigo fue conocida en todo momento, desde el inicio de la denuncia, no pudiendo colegirse su carácter anónimo, habiendo podido la defensa articular cualquier medio de prueba tendente a concluir sobre la probidad e imparcialidad de dicho testigo; sin que una incidencia formal, sin efectos materiales, pueda concluir en los términos expresados.

El hecho de que las fotografías colocadas previamente por los acusados en los lugares públicos indicados, así como en los carteles que se les incautaron, se correspondían con miembros de la organización terrorista ETA, se concluye tanto de las manifestaciones recogidas por los agentes de la Ertzaintza ya citados, como de los informes formalizados por los agentes de la Guardia Civil, Servicio de Información, nº NUM013 y NUM014 (f.105 ss. de la causa), y agente del CNP, Servicio de Información, nº NUM015 (f. 93 y ss.). Subrayar como todos ellos, y en su condición de analistas de los respectivos servicios de información, comparecieron al acto del juicio oral, ratificando los mismos, sin que ninguna de las partes lo impugnaran en forma. Buena prueba de lo cual, el letrado de la defensa se limitó a interrogarles sobre si reconocían, señalando al azar, alguno de ellos. El hecho de la naturaleza de la mencionada prueba como pericial o testifical adolece de significación en términos de determinar la filiación de quines aparecían en los carteles publicitados y su relación con la organización terrorista ETA, no pudiendo obviar la necesidad de realizar el oportuno análisis del conjunto de bases de datos.

## 1.2 PRUEBA SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LOS ACUSADOS

En primer lugar, cobra especial relevancia las manifestaciones del testigo protegido NUM008 . Recordar como se ha declarado la legalidad de sus manifestaciones, no pudiéndose referir lesión del derecho de defensa, remitiéndonos a lo expuesto previamente a tal fin. El mismo es determinante en el acto del juicio oral en términos de exponer como un hombre y tres mujeres de unas concretas características físicas, edades, vestimenta, etc., habían colocado los carteles citados en la plaza de San Fausto. A esto debe resaltarse las manifestaciones en el acto del juicio oral de los agentes de la PAV NUM009 y NUM010 refiriendo como el testigo les dio las citadas características, como se correspondían, así como que la detención se verificó en las inmediaciones del lugar y con los acusados actuando en extremos sustancialmente idénticos. Pero es más, el testigo NUM008 , en el acto del juicio oral, no obviando que conocía a alguno de los acusados de vista al ser del mismo pueblo, reconoció sin ningún género de dudas a dos de ellos, Leoncio y María Antonieta . Este reconocimiento en el acto del juicio oral, aún cuando en instrucción no se formalizara rueda de reconocimiento en términos del art. 369 ss. LECrim ., cobra relevancia. En primer lugar en términos de poder concluir sobre su verosimilitud objetiva y credibilidad subjetiva, siendo determinante de una manifestación nunca exacerbada, sino aquietada a la realidad. Y en segundo lugar, atendiendo a la naturaleza de la diligencia de reconocimiento en rueda que, a diferencia de lo expuesto por el letrado de la defensa, y conociendo el testigo a alguno de ellos de vista, la misma adolecía de la significación que se pretende. A este respecto la STS de 29-11-11 señala que en el plenario es permisible y procesalmente impecable que el interrogatorio de preguntas de los testigos "presenciales" se extienda al reconocimiento del acusado como autor material del delito. En el mismo sentido - recuerda la STS 24.6.2010 - se expresó la STC 36/95, de 6-2 , al estimar prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia el reconocimiento efectuado en el juicio oral, sin ningún género de dudas, por parte del testigo, a pesar de las irregularidades de los reconocimientos fotográficos o incluso de reconocimientos en rueda anteriores ( STC 323/93 y 172/97 ) y el TS ha declarado también, STS 177/2003, de 5-2 y 1202/2003 de 22-9 , que "cuando el testigo señala inequívocamente a una persona durante el plenario, su fuerza probatoria radica en la credibilidad o fiabilidad del testimonio de quien realiza la identificación". Por tanto, el reconocimiento efectuado en el plenario por el testigo protegido en los términos consignados no puede considerarse una irregularidad procesal y sí tiene fuerza incriminatoria para desvirtuar la presunción de inocencia

Respecto a la participación de los cuatro, subrayar como aún siendo reconocidos dos de ellos, quienes ya se han citado, no puede obviarse como las otras dos acusadas se corresponden con las características que refirió el testigo al poner en conocimiento los hechos. Y lo que es más importante, al contestar los acusados las preguntas del letrado de la defensa, únicas sobre las que depusieron, no negaron haber estado en los momentos previos juntos, colgando los carteles, aún cuando indicaran que solo los relativos a Nemesio ,



instando su libertad por causa de enfermedad, aún cuando ninguno de ellos supo referir, en el acto del juicio oral, de que padecimiento se trataba.

### 1.3.- FINALIDAD DE LA ACCIÓN

La finalidad de la acción se conforma en base al propio contenido de las pancartas pegadas y/o colocadas (pluralidad de miembros de la organización terrorista ETA, incluso identificados con sus nombres) en los sitios indicados en el relato de hechos probados, así como las incautadas en poder de los acusados, así como los lemas consignados, uno de ellos del siguiente tenor literal: "TXUSEN ESKUBIDEAK EZ DAUDE SALGAI PRESO GAIXOAK KALERA. SEGI BORROKAN, SEGI ANTOLAKUNTZAN. INDEPENDENTZIA", (en castellano: "los derechos de Nemesio no están en venta, presos enfermos a la calle, sigamos en la lucha, sigamos organizando. Independencia."). Igualmente el hecho de ser colocados en lugares públicos, y durante la celebración de las fiestas patronales de la localidad.

## 2.- TIPICIDAD, AUTORÍA Y CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS.

### 2.1 Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo, previsto y penado en los artículos 578 y 579 CP .

La jurisprudencia que analiza este delito viene reiterada en diferentes sentencias del TS, de entre las cuales elegimos la 812/2011, de 21 de julio de 2011 , que desestimó el recurso de casación interpuesto contra la dictada por la Sección Segunda, nº 66/2010, de 11 de noviembre de 2010 , por cuanto que de esta tomaremos, igualmente, alguna referencia que consideramos de aplicación al caso, en la medida que también en ella se abordaba el mismo delito, por la publicación de fotografías de presos condenados o relacionados con actividades de ETA. El estudio que hace el TS del delito es extenso, por ello solo se entresaca lo que, de su doctrina, sea de utilidad.

Antes, sin embargo, conviene precisar que en el art. 578 se contemplan dos figuras delictivas, y así lo ha admitido también la jurisprudencia, que, por ejemplo, en la STS 299/2011 recordaba que "la sentencia de esta Sala, num. 224/2010, de 3 de marzo , en relación con el delito de enaltecimiento del terrorismo, del artículo 578 del Código Penal , ya señalaba que en el delito de enaltecimiento del terrorismo (introducido por LO 7/2000, de 24 de diciembre), conviven dos figuras claramente diferenciadas: a) el enaltecimiento o justificación del terrorismo y sus autores y, b) la realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas. Reiteramos la tesis que se mantenía sobre su conveniencia de que las dos modalidades sean tipificadas por separado, teniendo en cuenta la diferente acción típica y los elementos que vertebran una y otra".

De esas dos modalidades, en la que se han de subsumir los hechos es en la de enaltecimiento/justificación, que es la que se recoge en el inciso primero, a cuyo respecto la STS 812/2011 , expone lo siguiente:

"Hay que recordar que en cuanto a los elementos que vertebran este delito de modo pacífico esta Sala en numerosas resoluciones, SSTS. 149/2007 de 26.2 , 587/2007 de 20.6 , 539/2008 de 25.9 , 676/2009 de 5.6 , 1269/2009 de 21.12 , 224/2010 de 3.3 , 597/2010 de 2.6 , 299/2011 de 25.4 , 523/2011 de 30.5 , ha señalado 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 solo es un 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 pública o difusión, como puede ser un periódico o un acto público con numerosa concurrencia.

Características del delito son el tratarse de un comportamiento activo, que excluye la comisión por omisión, tanto propia como impropia, siendo un delito de mera actividad y carente de resultado material, y de naturaleza esencialmente dolosa o intencional".

Continúa la sentencia haciendo una serie de consideraciones para deslindar esta figura, que considera una forma autónoma de apología, con sustantividad propia, sin incitación al delito, para distinguirla de la apología strictu sensu del art. 18 CP , hasta llegar a concretar cuál sea el bien jurídico protegido por el delito, sobre el



que termina concluyendo que "el bien jurídico protegido y el fundamento de este tipo, estaría en la interdicción de lo que las 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 exposición o ideológica en la medida 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 atemorizamiento colectivo como medio de conseguir esas finalidades".

Reconoce el TS la tensión existente entre este delito y el derecho a la libertad de expresión, destacando que es un plus cualitativamente distinto del derecho a expresar opiniones arriesgadas lo que se castiga, que no son las opiniones discrepantes lo que se criminaliza, y admitiendo, igualmente, que la opción independentista tiene cabida dentro del pluralismo político; pero también dice que "cuestión distinta es, al socaire de una legítima opinión independentista, tratar de imponerla con el indisimulado propósito de exterminar el pluralismo político mediante los más graves actos de aterrorización social. Esta consciente confusión entre la opción independentista y el exterminio del disidente, tiene una de sus manifestaciones más claras en la atribución a los terroristas de ETA la condición de "presos políticos" por el entorno social que apoya el terrorismo. Se trata de una burda manifestación de la reinención del lenguaje que constituye uno de los símbolos de la dinámica terrorista, que, en ocasiones, de forma inconsciente y por frivolidad acaba formando parte del lenguaje coloquial, de forma tan acrítica como censurable".

En efecto, el hecho objetivo de la presencia de las pancartas, ocupando fachadas de inmuebles ubicados en la plaza San Fausto de la localidad de Basauri no ha sido cuestionado, independientemente del resto de la prueba en ese sentido valorada previamente, así como en razón el material incautado a los acusados.

Por lo demás, que las pancartas que se colocan, y aquéllas que se incautan en su poder contienen las fotografías de miembros de la organización terrorista ETA, se concluye de la misma prueba ya expuesta, sin que se haya impugnado tal correspondencia, limitándose la defensa a subrayar como respecto a Nemesio , únicamente consta una sentencia condenatoria, pero no firme, obviando como fue condenado en Francia por hechos de análoga significación.

## 2.2.- Autoría.

Los acusados, Rosario , María Antonieta , Alicia Y Leoncio , responderán en concepto de autores por el citado delito de enaltecimiento del terrorismo al haber tomado parte directa en la ejecución del hecho ( art. 28 CP ).

Para ello, y como exponíamos, se tienen en cuenta las manifestaciones del testigo protegido, NUM008 , agentes que les detuvieron, nº NUM009 y NUM010 , efectos aprehendidos en su poder, sin que el no haberse incautado el cubo y el escobón, dado el tiempo transcurrido desde la puesta en conocimiento de los hechos tenga más incidencia, más cuando los carteles incautados y los previamente colocados devienen de una misma significación, y que como manifestaron el conjunto de testigos los pegados, eran recientes; y cuya relevancia ha sido objeto de juicio jurídico precedente.

La cuestión que queda por analizar es la relativa al elemento subjetivo, que niega la defensa que concurra en sus patrocinados, partiendo de la posición que estos mantuvieron, quienes, a preguntas de su letrado, contestaban que los únicos carteles que colocaban eran los del conocido como Nemesio , reclamando su libertad ante la enfermedad grave por él padecida, aún cuando ninguno de ellos supo especificar, así como reivindicar el acercamiento de los presos al País Vasco, razón por la que no pensaban que aquella colocación pudiera ser delito de enaltecimiento del terrorismo.

Pues bien, asumiendo el referido planteamiento, lo que hemos de valorar es si, pese a que el mismo fuera el objetivo que mantienen perseguían los acusados en su acción, ello es compatible con la presencia del elemento subjetivo preciso para subsumir el hecho en el delito de enaltecimiento del terrorismo, en la modalidad del inciso primero del art. 578 CP , para lo cual no hemos de quedarnos en las declaraciones de los propios acusados, sino que se hace necesario analizar la totalidad de la prueba practicada y ya estudiada.

Entre dicha prueba hay dos elementos que consideramos importante destacar, uno de ellos es como la conducta se desarrolla aprovechando unas fiestas patronales, así como las leyendas de las pancartas colocadas y el que aparecieran una pluralidad de presos de ETA, que no únicamente el mencionado Nemesio , reiterando de quien desconocían su enfermedad. Incluso, en las pancartas relativas a éste, de fondo se observa la presencia de otros presos de la organización terrorista ETA, y se explica en los informes policiales obrante a los folios 93 ss. y 105 ss., ratificados en el acto del juicio oral, como ya se ha señalado.



Por otra parte, conviene poner de manifiesto que, pese a que la finalidad que se perseguía con la colocación de las pancartas fuera un acto reivindicativo en pro de la excarcelación de un preso de ETA por motivos de salud, desconocidos para los acusados, único extremo por ellos reconocido, así como el igualmente probado de acercamiento de los presos vascos a lugares más próximos a sus familias o localidades, no parece muy compatible con ello que no consta se haya formulado petición alguna por los directamente interesados, a título personal y en la forma reglamentaria correspondiente, de traslado a una prisión más próxima a su localidad y familiares. Desde luego no consta en autos.

Como venimos diciendo, el punto de debate planteado por la defensa ha sido en relación con el elemento subjetivo, pues se ha centrado en negar que los acusados tuvieran intención de homenajear o realizar acto de ensalzamiento alguno a favor de ETA o alguno de sus miembros, sino que lo que pretendía era una reivindicación y protesta que, al ser así, quedaría excluida su culpabilidad. Es una línea de defensa semejante a la que se suele emplear cuando del enjuiciamiento de este delito se trata, por ello que comencemos por hacer una serie de consideraciones coincidentes con las que en otras sentencias de esta Sala de lo Penal se han realizado, así en la 24/2012, de 30 de mayo y en la 66/2010, de 11 de noviembre, ambas de la Sección Segunda .

Debemos traer a colación un resumen de la jurisprudencia que consideramos de aplicación al caso, y posteriormente, partiendo de esa jurisprudencia, veremos que la misma impide llegar a la tesis absolutoria que, por falta de intencionalidad, pretende la defensa.

Como avanzábamos, la tesis absolutoria de la defensa no ha de prosperar, y reiterando que, de las dos variables comisivas contempladas en el art. 578, los hechos de autos serían subsumibles en la modalidad enaltecimiento/justificación, consideramos que lo que procede es su condena.

En efecto la colocación de una fotografía de distintos miembros de ETA, incluido Nemesio , recordemos que en las fotografías a él referidas, se observa de fondo a otros miembros de aquella, en prisión por la comisión de distintos delitos de naturaleza terrorista, y en un lugar tan público, como es las inmediaciones de la plaza principal de una localidad (Basauri, Vizcaya), por más que se pretenda desactivar el componente de ensalzamiento que de esa persona se hace, porque se coloque a continuación la leyenda: "TXUSEN ESKUBIDEAK EZ DAUDE SALGAI PRESO GAIXOAK KALERA. SEGI BORROKAN, SEGI ANTOLAKUNTZAN. INDEPENDENTZIA", (en castellano: "los derechos de Nemesio no están en venta, presos enfermos a la calle, sigamos en la lucha, sigamos organizando. Independencia."), como dando a entender que el mensaje que encierra dicha leyenda es lo fundamental, consideramos que no lo consigue.

La fotografía, en sí misma, ya da publicidad a la persona cuya imagen reproduce, y, cualquiera que sea el acto reivindicativo con que se pretenda amparar la colocación, si al individuo se le coloca ahí es por la condición de preso político que tiene para quien le coloca, porque no otra cosa cabe entender, si, como hemos indicado, las reivindicaciones son promovidas por la plataforma "EGIN DEZAGUN BIDEA" ("HAGAMOS EL CAMI NO"), observando como en algunas de las pancartas se hace referencia a la misma, en cuya declaración de intenciones es constante la mención a las y los presos políticos para referirse a las reivindicaciones que pretenden en relación con presos de la organización terrorista ETA.

Esa es la razón de la reivindicación, y partiendo de esa condición de presos políticos es por lo que los acusados, personalmente, realizan la conducta que se describe, en modo alguno circunscrita a una reivindicación de derechos de Nemesio , sin perjuicio de referencias al mismo, sino a loar al mismo, así como al conjunto de presos de la organización terrorista ETA. Caso contrario no se alcanza a colegir que en las pancartas relativas al mismo se introduzca las figuras de otros terroristas, y menos aún que siendo los acusados sus promotores, no conocieran el padecimiento determinante de la supuesta exigencia legal en su excarcelación.

En consecuencia, si, como dice la STS antes citada, una de las manifestaciones más claras de confusión entre la opción independentista y el exterminio del disidente consiste en la atribución a los terroristas de ETA de la condición de "presos políticos", se podrá concluir que es a partir de una cualidad del mismo, que se pretende encumbrar, lo que motiva el ensalzamiento de su figura a una foto, para su difusión con publicidad, porque siempre la condición de preso político contiene unas connotaciones de homenaje, distinción o consideración, que no posee la condición de preso terrorista, condenado, además, por delito de sangre.

Para mantener la ilicitud de la conducta comenzaremos por reproducir el art. 578 CP , que establece que "el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los arts. 571 a 577 art. 571 , art. 572 , art. 573 , art. 574 , art. 575 , art. 576 , art. 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años".



Ya hemos indicado más arriba que en dicho artículo conviven claramente diferenciadas dos conductas, tratándose, por lo tanto, de un tipo mixto alternativo, como también hemos dicho que la que aquí nos ocupa es la primera de ellas, esto es, el enaltecimiento/justificación. Ahora bien, si hemos reproducido el artículo es para comprobar que, en la definición que da el legislador, no se ha incluido ningún elemento subjetivo específico, lo que no quiere decir que no deba ser valorado el tipo subjetivo, pues solo constatada su presencia cabrá el reproche penal en el mismo contemplado; pero insistiendo que, en orden a la valoración de ese elemento subjetivo, el legislador no ha colocado mención específica alguna.

La referida actividad delictiva del art. 578 del CP está concebida como una modalidad dolosa; y sucede que, ante la falta de esa mención específica que haga referencia a un más concreto elemento subjetivo, para subsumir la conducta en él, bastará que concurra un dolo genérico o común, no uno específico o especial, o bien reduplicado, que son conceptos que se suelen utilizar cuando el tipo recoge elementos de índole subjetivo, generalmente, por referencia a una motivación o fin.

Este ha de ser el planteamiento inicial; sin embargo, hay que recordar parte de la cita que hemos transcrito más arriba de la STS 299/2011, cuando se refería a la conveniencia de que las dos modalidades delictivas que hay en el art. 578 fueran tipificadas por separado, teniendo en cuenta no solo la diferente acción típica, sino los elementos que vertebran una y otra; por ello el propio TS, en esa misma sentencia, en relación con el inciso segundo, donde se recoge la segunda modalidad, decía que "debemos advertir que esta Sala, por unanimidad, ha llegado a la conclusión de que no concurre el elemento subjetivo del tipo penal alternativo ( inciso segundo del art. 578 CP ) que radica en el propósito de "desacreditar, menospreciar o humillar" a las víctimas. Esta modalidad exige un dolo específico o ánimo directo, de desprestigiar o rebajar la dignidad de las víctimas y no cabe su comisión por actos que, teniendo una finalidad específica distinta, de alguna manera y de forma indirecta, puedan producir dolor o desasosiego en las víctimas o sus familiares". En consecuencia, frente a la regla inicial de no exigencia por el tipo de un dolo específico, el TS lo exige en la segunda de las modalidades que en él se definen, lo que es razonable que así sea, para seguir de esta manera el parangón que, en relación con este mismo requisito, viene siendo exigido cuando del delito de injurias se trata, en que es precisa la intención específica de injuriar o "animus iniuriandi".

Pero dicho lo anterior, y volviendo al primero de los incisos del art. 578, en una primera aproximación se puede decir que, con la utilización del argumento de las intencionalidades que pudieran guiar al acusado, entendemos que se están mezclando y confundiendo dos conceptos, como son el dolo del autor y el móvil que guía su acción, los cuales son y juegan en planos diferentes, y que, si bien, en algunas circunstancias pueden ser confundibles, no consideramos que así sea en casos en que, como el que nos ocupa, el tipo no precisa para su apreciación más que el que resulte de la concurrencia de ese dolo genérico a que más arriba se ha hecho mención. De hecho, así lo viene a decir el propio TS en su sentencia 224/2010, de 3 de marzo, cuando, al referirse a las diferencias entre la apología y el enaltecimiento, dice sobre este que "la barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los efectuaran".

En el manejo de conceptos clásicos dentro del derecho penal material se dice que, en el tipo del injusto, su ámbito subjetivo lo constituye el dolo, el cual se integra por un elemento intelectual y otro volitivo. El elemento intelectual, que implica el conocimiento de la significación antijurídica de la acción que se realiza, como equivalente a que, quien realiza tal acción, sabe, al menos a nivel vulgar, que la misma está prohibida, mientras que el elemento volitivo supone querer hacer aquello que se sabe que está prohibido, lo cual no se puede ni debe confundir con el deseo último o motivación final, esto es, con el móvil, que guía esa acción, cuyo contenido de esta, en todo caso, se conoce y se quiere realizar. No se debe identificar el resultado que se obtiene, con que se persiga otro fin distinto, pues, insistimos, son dos cuestiones diferentes, y hasta tal punto ha de ser así, que, por la circunstancia de que, efectivamente, los acusados tuvieran como propósito final o específico las intenciones que manifiestan, ello no ha de excluir el dolo de su acción, porque tales motivos, deseos o fines últimos no forman parte integrante de ese dolo, que opera en plano distinto, aunque ambos se ubiquen en el ámbito interno.

El anterior razonamiento para diferenciar y distinguir dolo y móvil fue utilizado en sentencia 66/2010, de 11 de noviembre de la Sección 2ª de esta Sala de lo Penal, y volvió sobre él la STS 812/2011, de 21 de julio, que la confirmó, cuando, frente a alegaciones defensivas muy parejas a las que aquí se hacen, de otros posicionamientos o pretensiones de los acusados, relativas a actos reivindicativos similares a los que aquí se esgrimen, las rechazó, entendiendo que el delito de enaltecimiento se daba, pues "a ello no es obstáculo que las peticiones y los posicionamientos recogieran también solicitudes recurrentes, tales como el acercamiento de los presos a cárceles próximas al domicilio familiar, o su amnistía. Como sigue indicando la STS 676/2009, el alegato exculpatorio queda desautorizado ante la evidencia de unos actos y circunstancias innegables.





En efecto como se dice en SSTs. 1145/2006 de 23.11 , 1688/99 de 1.12 , en la medida en la que la motivación no es parte del concepto de dolo, éste, como se dijo, no puede depender de la concurrencia de circunstancias exteriores que generen un motivo que explique racionalmente la acción. Por ello el dolo no debe confundirse con el móvil pues en tanto que el primero es único e inmediato, el segundo es plural y mediato (amistad, afinidad o discrepancias ideológicas, etc.), de modo que mientras no se incorpore el móvil o ánimo especial del injusto, no tendrá ningún poderío destipificador y sólo podrá moverse en el ámbito de las atenuantes o agravantes genéricas o específicas que le recojan, ( STS. 380/97 de 25.3 )".

Así pues, aunque se alegue esa finalidad reivindicativa que se alega por los acusados y su defensa, para la colocación al menos de la pancarta con la fotografía de Nemesio , con las características que se han consignado, no obviando que se ha declarado probado la colocación de otras fotografías de presos de ETA , ello no implica que no hubiera otras finalidades que le impulsara a sus comportamientos, pues, como hemos indicado, cuando se realiza una acción, cabe que los motivos por los que se lleve a cabo sean variados, pudiendo encerrar desde los más nobles hasta los más abyectos. Sin embargo, esto es cuestión distinta a que medie conciencia y voluntad en lo que se ejecuta, que en eso consiste el dolo, de manera que, concurriendo dichos dos elementos en la acción, la conducta merecerá el reproche que le haya dado el legislador, de ahí la relevancia penal que consideramos que tiene la conducta que estamos enjuiciando, por cuanto que los acusados eran conscientes de que estaban colocando las fotografías de unos individuos, incluido Nemesio , condenados por delitos de naturaleza terrorista, y querían colocarlas, remitiéndonos a las circunstancias de su detención, y lo hacían porque aquellas fotos que colocaban lo eran de un individuo a quien no dejaba de ensalzar, al partir de la base de considerarlo como preso político.

Como argumento exculpatario, utilizado por los acusados en su descargo, manifestaban estos en el acto del juicio que no pensaban que lo que estaban haciendo pudiera ser delito de enaltecimiento de terrorismo.

Teniendo igualmente en consideración las referencias de la defensa sobre la ausencia de voluntad de enaltecimiento del terrorismo conviene hacer una referencia al tratamiento dado por el Tribunal Supremo al error de prohibición, y, en este sentido, la STS 262/2012, de 3 de abril de 2012 , en su FJ 1º, expone lo siguiente: "la jurisprudencia de esta Sala -por todas STS 336/2009, de 2-4 - sobre el error de prohibición ha señalado que éste se constituye, como reverso de la conciencia de la antijuricidad, como un elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho, o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente. No cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor cree que la sanción penal era de menor gravedad, y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida y únicamente se excluye, o atenúa, la responsabilidad cuando se cree obra conforme a derecho. Además, el error de prohibición no puede confundirse con la situación de duda, puesta ésta no es compatible con la esencia del error que es la creencia errónea, de manera que no habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la licitud del hecho y decide actuar de forma delictiva, existiendo en estos supuestos culpabilidad de la misma manera que el dolo eventual supone la acción dolosa respecto a la tipicidad subjetivo ( STS 1141/97 de 14-11 ).

Del mismo modo, se expone en STS 411/2006, de 18-4 , 1287/2003, de 10-10 , que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso en el sentido de conocer concretamente la gravedad con el que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza.

Ello determina que sea penalmente irrelevante el error de subsunción, es decir el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada, y únicamente concurre error de prohibición en el sentido del art. 14.3 CP cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por norma alguna. Si conoce su sanción penal no existe error jurídicamente relevante aún cuando concurra error sobre la subsunción técnico-jurídica correcta.

Como se dice en la STS. 601/2005 de 10.5 , el error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuricidad y como recuerdan las SSTs. 17/2003 de 15.1 , 755/2003 de 28.5 y 861/2004 de 28.6 , la doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación. En este sentido la STS. 457/2003 de 14.11 , declara que el error de prohibición, consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la verdadera significación antijurídica de la conducta. Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, denominado error de prohibición directo, como sobre el error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos



la exención o exclusión de la responsabilidad criminal, cuando sea invencible. En los casos de error vencible se impone la inferior en uno o dos grados, según el art. 14.3 del Código Penal ". Continúa más adelante, en el mismo FJ 1º, diciendo que "para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de la antijuridicidad, o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (S. 29.11.94), de la misma manera y en otras palabras ( SSTS. 12.12.91 , 16.3.94 , y 17.4.95 ) que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del incorrecto proceder.

En definitiva la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis nos dice la STS. 302/2003 de 27.2 - debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento".

A modo de resumen, no cabe hablar de error de prohibición cuando se es consciente de la antijuridicidad de la conducta que se realiza, pero no en el sentido de ser conocedor del preciso artículo del Código Penal que se infringe, sino que basta con que el autor tenga motivos suficientes o posibilidades para saber que su actuación se halla prohibida, incluyendo en ello, por lo tanto, las situaciones de duda o sospecha. En este sentido no puede olvidarse que los hechos se cometen en el País Vasco, y como es de conocimiento general el hecho de haberse prohibido manifestaciones donde se utilizaran símbolos (fotografías, etc.), que implicaran necesariamente el ensalzamiento de presos de la organización terrorista ETA, así como de sus conductas criminales. Es notorio asimismo el conocimiento en esa zona de España de acusaciones por hechos de análoga significación, y como por el ejecutivo de la Comunidad Autónoma referida, en los últimos años, se hicieron campañas para hacer desaparecer de su paisaje dicha simbología. Y no se trata de una mera deducción discutida, sino de un hecho notorio que sólo podría desconocerse ante la presencia de lo que denominamos "ignorancia deliberada"; ignorancia que, los acusados, sí mantenían sobre el padecimiento de Nemesio , único preso respecto al cual reconocían haber actuado y por razones que calificaron de humanitarias.

### 2.3.- Penalidad .

En orden a individualizar la pena que se ha de imponer a los acusados, nos decantamos por la mínima, de manera que, al no contar los acusados con antecedentes penales se le impondrá la de UN año de prisión.

Pide también el Ministerio Fiscal que, además, se imponga la pena principal de inhabilitación absoluta, en aplicación del art. 579. 2 CP , redacción dada por LO 7/2000. Atendiendo a las circunstancias de los hechos, actuando en grupo, aprovechando para la publicidad y alcance de la conducta criminal el que se estuvieran celebrando fiestas patronales, con gran afluencia de personas, no obviando el número y entidad de la simbología colocada e incautada, se estima proporcional, tal y como interesa el M. F., imponer la pena de ocho años de inhabilitación absoluta.

### 3.- Costas.

Se imponen a los acusados las costas por cuartas e iguales partes ( art. 240 LECrim ).

En razón a lo expuesto

### FALLAMOS:

Que debemos condenar y condenamos a Rosario , María Antonieta , Alicia Y Leoncio , sin que concurren circunstancias modificativas de su responsabilidad, como autores penalmente responsables de un delito de enaltecimiento del terrorismo, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN E INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR TIEMPO DE OCHO AÑOS, A CADA U NO DE ELLOS, y pago de las costas del presente juicio por cuartas e iguales partes.

Notifíquese la presente sentencia al acusado, a su representación procesal 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.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo acordamos, mandamos y firmamos, de lo que doy fe

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.