

Roj: **STS 1418/2010 - ECLI:ES:TS:2010:1418**Id Cendoj: **28079120012010100203**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/03/2010**Nº de Recurso: **1661/2009**Nº de Resolución: **224/2010**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 2518/2009,**
STS 1418/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Marzo de dos mil diez.

En el recurso de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos pende, interpuesto por la representación de **María Virtudes**, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección IV, por delito de enaltecimiento del terrorismo, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Vista y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicha recurrente representada por la Procuradora Sra. Lobera Argüelles; siendo parte recurrida la **Asociación de Víctimas del Terrorismo (AVT)**, representada por el Procurador Sr. Vila Rodríguez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado Central de Instrucción nº 1, incoó Procedimiento Abreviado nº 19/08, seguido por delito de enaltecimiento del terrorismo, contra **María Virtudes**, y una vez concluso lo remitió a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección IV, que con fecha 3 de Junio de 2009 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- Sobre las 17.30 horas del día 12 de enero de 2008 en el pabellón del polideportivo Anaitasuna de Pamplona, se dio inicio al acto de presentación de las candidaturas del partido político ASOCIACION NACIONALISTA VASCA, A.N.V., de cara a las elecciones generales de marzo de ese año.- En dicho recinto y a tal efecto se concentraron entre tres y cuatro mil personas, de las que algunas de éstas portaban la bandera de la Comunidad Autónoma Vasca, soportes del lema "Por la Independencia", sin otras ilustraciones en el local que las siglas de dicha formación política, EAE-ANV localizadas en diversos puntos del pabellón, así, en el atril de la tribuna de oradores, un escudo en el que se leía Euskal Herria y un cartel sobre el telón del escenario con las palabras Guk-independencia.- Dicho acto comenzó con representación de folklore local, seguido por una danza de la Comunidad Autónoma Vasca, compases de música interpretados por tres jóvenes, tras lo que, se dio paso a los oradores, en primer lugar, con la intervención de un hombre que poetizó su discurso en vasco con la frase "ser o no ser", a la que siguió, en español, la de una mujer que se refirió al manifiesto que había firmado a favor de A.N.V., por la necesidad de reafirmar el compromiso con el pueblo vasco, por la libertad y la independencia.- Denunció las leyes antidemocráticas, la amenaza de ilegalización de dicho partido político A.N.V., la criminalización de la izquierda abertzale, las torturas, las detenciones masivas y las decisiones arbitrarias de los jueces, finalizando con la lectura de versos de un joven poeta vasco.- Cuando terminó su alocución el público vitoreó la palabra independencia.- Tras una representación alusiva al mapa geográfico de la Comunidad Autónoma Vasca, una de las oradoras, en español, afirmó que se estaba preparando un nuevo fraude, dando la espalda a la decisión del pueblo vasco.- En tanto, seguían subiendo al estrado personas varias y otras



ya se habían situado en la tribuna de oradores entre aplausos y los cantos "por la independencia" y por "continuar hasta ganar", le llegó el turno a la acusada, *María Virtudes*, nacida el 20 de enero de 1968 en la localidad de Legazpi (Guipúzcoa), hija de Lorenzo y de *María Ángeles*, a la que no le obran antecedentes penales.- Comenzó su intervención en el idioma vasco, siendo sus primeras palabras, cuyo texto llevaba escrito y que leyó: "Antes de nada, este ánimo, abrazo y este chaparrón de aplausos que nos habéis ofrecido, lo más caluroso posible, a *Aureliano*, *Bernardo* y a todos los presos políticos vascos que se encuentran dispersados en las cárceles de Francia y España. ¡Os queremos!.- Tal loa, que era su pretensión, en recuerdo y aliento a los presos de la organización terrorista ETA, con la que arrancó su discurso, culminó con lo que perseguía, el aplauso que se inició inmediatamente después de que nombrara a *Bernardo* y al que la misma se unió con los congregados de forma placentera, cuando pudo terminar la frase entera, congratulándose con la magnífica acogida que esa introducción había tenido, así como, por comprobar la aceptación de ella misma por los asistentes, dado que, era la primera vez que participaba en este tipo de convocatoria en la acción política.- Siguiendo el elogio a los miembros de ETA o personas vinculadas a las actividades de esta organización terrorista y en sintonía con el lema de la convocatoria "por la independencia", como paradigma de ello, y restando importancia a las acciones que despliegan, volvió sobre aquellos, para destacarlos como independentistas vascos, al decir: "en Euskal Herria todo el mundo sabe: aquí se tortura, todos los cuerpos policiales y represivos utilizan la tortura sistemáticamente contra los independentistas vascos".- Tras su intervención en la que se incluía menciones a las torturas y a la ilegalización de ANV, siguieron otras centradas en ese mismo sentido y todas en la aspiración por alcanzar algún día la ansiada independencia para ese territorio de España.- SEGUNDO.- El día 6 de enero anterior se había detenido a *Aureliano* y a *Bernardo* por su presunta participación en el atentado terrorista perpetrado el 30 de diciembre de 2006 en la Terminal cuatro del aeropuerto internacional del Madrid-Barajas, en el que fallecieron dos personas y se causaron cuantiosos desperfectos, principalmente, en el parking de dicha terminal; éste fue reivindicado por la organización terrorista ETA, en un comunicado que se publicó el día 10 de enero de 2007 en el diario Gara.- Con motivo de estas detenciones en las que se denunciaron malos tratos en el curso de las mismas por parte de agentes intervinientes, se abrió una causa en averiguación de tales, saltando la noticia, acompañada de la descripción de las heridas de las que ambos detenidos dijeron haber sido objeto, así como que uno de ellos, *Aureliano*, había ingresado en la UCI con graves signos de haber sido torturado, lo que, diversos rotativos publicaron entre los días 8 y 12 siguientes". (sic)

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: QUE DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a la acusada *María Virtudes* como autora criminalmente responsable de un delito de enaltecimiento del terrorismo, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de UN AÑO de prisión y a las accesorias de siete años de inhabilitación absoluta y de inhabilitación especial de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de la mitad de las costas procesales.- QUE DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS a la acusada del delito de injurias graves a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, declarándose de oficio la mitad de las costas procesales causadas". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **María Virtudes**, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de la recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Al amparo del art. 852 LECriminal.

SEGUNDO: Al amparo del art. 849.1º LECriminal.

TERCERO: Al amparo del art. 852 LECriminal.

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Vista, se celebró la votación el día 18 de Febrero de 2010.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 3 de Junio de 2003 de la Sección III de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó a *María Virtudes* como autora de un delito de enaltecimiento del terrorismo a las penas de un año de prisión y siete años de inhabilitación absoluta, con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que con motivo de la presentación de las candidaturas del partido político Acción Nacionalista Vasca --ANV (en el *factum*, por error se dice Asociación)-- para las elecciones generales

de Marzo de 2008, presentación que tuvo lugar en el Polideportivo Anaitasuna de Pamplona el 12 de Enero de 2008. Tras la representación de unas piezas de folklore popular, comenzaron las exposiciones de diversos oradores y cuando le tocó el turno a la recurrente, María Virtudes, que comenzó hablando en euskera, sus primeras palabras fueron las siguientes, cuyo texto llevaba escrito:

"...Antes de nada, este ánimo, abrazo y chaparrón de aplausos que nos habéis ofrecido, lo más calmoso posible, a Aureliano, Bernardo y a todos los presos políticos vascos que se encuentran dispersados en las cárceles de Francia y España. ¡Os queremos!....".

Estas palabras arrancaron un aplauso de la concurrencia tras citar a Bernardo. Seguidamente dijo:

"...En Euskal Herria todo el mundo lo sabe: aquí se tortura, todos los cuerpos policiales y represivos utilizan la tortura sistemáticamente contra los independentistas vascos....".

Tras su intervención siguieron otros oradores con el denominador común de alcanzar la independencia, y a las torturas así como a la ilegalización de ANV.

Continúan los hechos probados, haciendo referencia a que el 6 de Enero --seis días antes del acto de presentación de las candidaturas-- se había detenido a Aureliano y Bernardo por su presunta participación en el atentado a la T-4 del aeropuerto de Barajas perpetrado el 30 de Diciembre de 2006, hecho reivindicado por ETA el 10 de Enero de 2007.

Con motivo de estas detenciones se abrió una causa por los malos tratos denunciados en los Juzgados de San Sebastián.

Se precisa en el *factum* que en el escenario no había otras ilustraciones que las siglas del partido EAA-ANV, el escudo de Euskal Herria y un cartel con las palabras Guk-Independencia.

Segundo.- Se ha formalizado recurso de casación por la representación de la condenada María Virtudes, a través de **tres motivos** a cuyo estudio pasamos seguidamente.

Comenzaremos por el estudio del **motivo primero**, que por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia violación del derecho a la *libertad de expresión en conexión con el derecho a la libertad ideológica* --arts. 20.1-a) y 16-1º de la Constitución--.

También se hace referencia al principio de legalidad penal desde la doble perspectiva de la exigencia de taxatividad de las normas y proporcionalidad de las penas.

Tercero.- Procede en primer lugar efectuar un estudio, en sede teórica, del delito de enaltecimiento del terrorismo previsto en el art. 578 Cpenal, para posteriormente pasar a estudiar las concretas expresiones proferidas por la recurrente, cuya autoría no se discute.

El delito de enaltecimiento del terrorismo fue introducido en el Cpenal por L. O. 7/2000 de 24 de Diciembre de 2000.

En el mismo artículo, conviven dos figuras delictivas claramente diferenciadas: a) el enaltecimiento o justificación del terrorismo o sus autores y b) la realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas. Tal vez la diferente acción típica y elementos que vertebran una y otra, hubiera aconsejado la tipificación separada en artículos diferentes.

Algún sector doctrinal manifiesta que se pretendía "emboscar" una criminalización discutible --el enaltecimiento/justificación-- con otra que no lo es --menosprecio o humillación de las víctimas-- y cuya justificación material es mucho más clara así como el merecimiento de pena, por lo que el cierre a la impunidad de estos actos en ofensa o *menosprecio de las víctimas del terrorismo* era una exigencia indiscutible.

Más evanescente y vaporoso se presenta el tipo penal de enaltecimiento/justificación.

De entrada hay que recordar, con la doctrina de esta Sala --SSTS 149/2007 de 26 de Febrero, 585/2007 de 26 de Junio ó 539/2008 de 23 de Septiembre que los elementos que vertebran este delito 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 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.

Por referencia al delito de apología del art. 18, parece opinión más autorizada la que considera que la figura del art. 578 tiene una *substantividad propia, distinta y diferente* de la apología *strictu sensu* del art. 18 Cpenal.

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 Cpenal que se refiere a la provocación, conspiración y proposición.

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 Cpenal..."*.

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.

En el art. II del Convenio sobre Genocidio de 9 de Diciembre de 1948 --en vigor en España desde el 13 de Diciembre de 1968-- se fijan los actos típicos de Genocidio en el art. II, que viene a coincidir con el art. 607-1º Cpenal.

Cuestión distinta es que *también* se sancione en el art. III del Convenio la instigación directa y pública a cometer genocidio, que encuentra su reflejo en el art. 607-2º, y hay que recordar que aquí se trata de apología *strictu sensu*: instigación directa.

En todo caso, una vez deslindada esta figura de la apología autónoma, sin incitación a la comisión de delito concreto, habrá de concretarse cual sea *bien jurídico protegido por este delito*. La propia Exposición de Motivos de la Ley 7/2000, nos da *una pista negativa* de lo que no es exaltación, y otra *pista positiva* de lo que se pretende proteger con la nueva tipificación.

"...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...".

"...Se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de métodos terroristas...".

"...Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal...".



Ciertamente el tipo penal de la exaltación/justificación en la doble modalidad del crimen o de sus autores, en la medida que constituye una figura que *desborda* la apología clásica del art. 18, puede adentrarse en la zona delicada de la sanción de opiniones, por deleznable que puedan ser consideradas, y, lo que es más delicado, pueden entrar en conflicto con derechos de rango constitucional como son los derechos de libertad ideológica y de opinión, reconocidos, respectivamente en los arts. 16-1º y 20-1ª) de la Constitución.

Es por ello que reconociendo la *tensión que existe entre este delito y el derecho a la libre expresión de ideas y libertad ideológica*, (como expresamente se reconoce en la sentencia de esta Sala 585/2007 de 20 de Junio), la labor judicial, como actividad individualizada que es en un riguroso análisis, *caso por caso*, habrá de examinar tanto las *concretas* frases o expresiones producidas así como *la ocasión y el escenario* en el que fueron pronunciadas y, en fin, todas las *circunstancias concurrentes*, para determinar si está dentro del ámbito del tipo penal o extramuros de él, sin olvidar que el principio favor *libertatis* debe jugar, necesariamente en los casos de duda, ante la naturaleza constitucional de los derechos de libertad de expresión e ideológica que podrían quedar afectados por el tipo penal, derechos que constituyen una de las más acusadas señas de identidad de la Sociedad Democrática.

Estas cautelas no pueden ser rebajadas ni debilitadas y por ello, la reciente Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de 28 de Noviembre, por la que se modifica la anterior Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, en relación a delitos ligados a actividades terroristas, en su art. 2º estima por tales delitos, entre otros, la provocación a la comisión de un delito de terrorismo, la captación de terroristas y el adiestramiento de terroristas, figuras que aparecen definidas en el art. 1, siendo relevante retener la prevención que aparece en el *Considerando 14* de dicha Decisión Marco en la que textualmente se dice:

"...La expresión pública de opiniones radicales polémicas o controvertidas sobre cuestiones sensibles, incluido el terrorismo, queda fuera del ámbito de la presente Decisión Marco y en especial, de la definición de provocación a la comisión de delitos de terrorismo..."

Todo ello nos lleva a la conclusión de que el delito de exaltación/justificación del terrorismo o sus autores se sitúa *extramuros* del delito de la apología clásica del art. 18 Cpenal, pero *sin* invadir ni cercenar el derecho de libertad de expresión. *Zona intermedia* que, como ya hemos dicho, debe concretarse cuidadosamente *caso a caso*. Solo así se puede sostener la constitucionalidad del delito de exaltación, razón por la cual, la Sala no estima necesario por no tener duda de la constitucionalidad del tipo penal en el concreto ámbito así delimitado.

¿Cuál es esa zona intermedia?

De acuerdo con esta concreta previsión contenida en la Exposición de Motivos, antes citada, el bien jurídico protegido 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 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 la aterrorización colectiva como medio de conseguir esas finalidades.

Es claramente un *plus cualitativamente distinto* del derecho a expresar opiniones arriesgadas que inquieten o choquen a sectores de una población, porque la Constitución también protege a quienes la niegan –STC 176/1995 –, y ello es así porque nuestra Constitución no impone un modelo de *"democracia militante"*. No se exige ni el respeto ni la adhesión al ordenamiento jurídico ni a la Constitución. *Nada que ver con esta situación es la alabanza de los actos terroristas o la apología de los verdugos*.

Cuarto.- Pasamos a analizar los hechos enjuiciados por la sentencia de la Audiencia Nacional sometida al presente control casacional. El examen se va a efectuar desde la *triple perspectiva* ya aludida:

- Examen de las concretas expresiones estimadas de exaltación/justificación del terrorismo o de sus autores.
- Ocasión o escenario y contexto en el que fueron pronunciadas por la recurrente, y
- Cualquiera otras circunstancias que pudiesen concurrir.

1- Sobre las expresiones.

Las frases pronunciadas por la recurrente *María Virtudes* y acotadas como constitutivas del delito de exaltación por el que ha sido condenada en la sentencia sometida al presente control casacional, fueron las siguientes:



"...Antes de nada, este ánimo, abrazo y este chaparrón de aplausos que nos habéis ofrecido, lo más calmoso posible a Aureliano , Bernardo y a todos los presos políticos vascos que se encuentran dispersados en las cárceles de Francia y España. ¡Os queremos!...".

"...En Euskal Herria todo el mundo sabe: aquí se tortura, todos los cuerpos policiales y represivos utilizan la tortura sistemáticamente contra los independentistas vascos....".

2- Sobre el contexto en el que se pronunciaron tales expresiones.

Se trataba de la presentación de la candidatura del partido político Acción Nacionalista Vasca --ANV-- cara a las elecciones generales de marzo de 2008.

Era un mitin con varios oradores, entre ellos la recurrente, a la sazón, según se dice en el recurso alcaldesa de Hernani y por tanto no era ninguna desconocida en la concurrencia y uno de los cargos públicos de ANV que organizaba el acto (pág. 36 del recurso).

El acto había sido autorizado gubernativamente y tenía lugar en el Polideportivo Anaitasuna. Se reconoce en la sentencia – hechos probados y en la pág. 19 de la motivación– que no había pancartas o simbología relativa a Aureliano ni a Bernardo , no existieron gritos a ETA ni se distribuyeron documentos relativos a su actividad, ni se le mencionó, ni por la recurrente ni por el resto de oradores. En definitiva, no existieron proclamas relacionados con la actividad terrorista, en cuanto a la referencia expresa a esas dos personas, lo fue por su situación de personas que --se decía-- habían sido torturadas tras su detención.

El tema de las torturas y de la independencia fue el único hilo conductor que la sentencia apreció en las diversas intervenciones, tanto por parte de la recurrente como del resto de los oradores.

"...Tras su intervención -- la de la recurrente-- en la que se incluía a las torturas y a la ilegalización de ANV, siguieron otras centradas en ese mismo sentido y todas en la aspiración por alcanzar algún día la ansiada independencia para ese territorio de España...." (último párrafo apartado primero hechos probados).

3- Otras circunstancias de relevancia.

El acto político tuvo lugar el 12 de Enero de 2008, seis días antes habían sido detenidos Aureliano y Bernardo como presuntos autores del atentado de la T-4 del aeropuerto de Barajas, y al tiempo de la celebración del mitin ya era pública y notoria la noticia de que se habían denunciado malos tratos por parte de los agentes que los detuvieron, y --lo que es más relevante, que se abrió una causa en averiguación de tales hechos--. La sentencia reconoce la apertura de una investigación judicial. Es un hecho notorio que se trataba de las Diligencias Previas 66/2008 del Juzgado de Instrucción nº 1 de San Sebastián.

Dos observaciones sobre las referencias a la independencia y a la condición de " presos políticos vascos".

Como ya dijo esta Sala en la sentencia 633/2002 de 21 de Mayo, la opción independentista puede y tiene cabida y legitimidad dentro del pluralismo político y de hecho hay partidos que sostienen tal ideología y que ostentan responsabilidades políticas en algunas Comunidades Autónomas. 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 aterrización 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.

Quinto.- Estima la Sala que analizando y valorando de forma integrada y contextualizada las expresiones pronunciadas por la recurrente, frente a lo que se sostiene por la opinión mayoritaria de los Magistrados del Tribunal juzgador, *no se está ante el delito de exaltación/justificación del terrorismo*.

No existió exaltación del terrorismo *ni* de sus autores, como ya apuntó el voto particular de la Presidenta del Tribunal.

La proximidad del acto de presentación de las candidaturas con la detención de Aureliano y Bernardo y la apertura de una causa penal en averiguación de los malos tratos/torturas denunciados por ellos, arroja una luz directa y potente sobre la *verdadera intención* que animó a la recurrente. Nada aparece en sus expresiones que pudiera estimarse ni alabanza o justificación por el atentado a la T-4 ni a la presunta intervención de ellos en tal atentado.

Lo que en opinión de la Sala queda más claro es *la exteriorización de un cariño hacia ellos y de una cercanía personal*, y eso queda fuera del tipo penal.



Que esa denuncia a las torturas iba a tener muy buena acogida en la concurrencia del Polideportivo, como así fue, no altera lo anterior. Es hecho notorio que la alegación de haber sufrido torturas forma parte del "canon" del discurso terrorista. También lo es que las mismas se investigan y de existir pruebas, se pronuncian las correspondientes sentencias condenatorias. Ahí está la jurisprudencia tanto de las Audiencias como de esta Sala.

También en este caso, es *hecho notorio* la apertura de diligencias penales que en este momento constituyen el Procedimiento Abreviado 173/2009 del Juzgado antes citado, y en el que el Ministerio Fiscal ha efectuado la calificación provisional con tesis condenatoria en su escrito de fecha 2 de Febrero de 2010.

Esta realidad indiscutible, la naturaleza de las expresiones proferidas valoradas tanto en su literalidad como contextualizadas en el acto en el que fueron pronunciadas, la ausencia de todo grito, homenaje o consigna dirigido a enaltecer a la actividad de ETA o los hechos imputados a Aureliano y Bernardo, todo este conjunto de datos conducen, en opinión de la Sala que la conclusión de que *no* hubo exaltación o alabanza del terrorismo ni de Aureliano y Bernardo por su presente actuación en la T-4, *sino una denuncia por las torturas* que se dicen cometidas y enlazado con ellos, el envío de un calor y cercanía que les permitiera superar esa situación y que se concreta en la expresión *¡Os queremos!*

En definitiva, *la averiguación de los elementos subjetivos* del tipo: el conocimiento y voluntad de realizar la acción típica, como hechos subjetivos que son, solo pueden ser aprehendidos en una labor a posteriori y a través de un *juicio lógico-inductivo* que partiendo de datos objetivos acreditados, permite arribar a la conclusión a la que se quiere llevar mediante un juicio de inferencia explícito y fundado.

Pues bien, partiendo de la base que dentro del ámbito casacional, *esta Sala Casacional no tiene como cometido ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro Tribunal justifica sus decisión* --STS 104/2010 de 3 de Febrero entre las más recientes--. En este control casacional, llegamos a la conclusión de que la condena dictada *carece de la consistencia* y de la rotundidad para superar el canon de certeza de toda decisión condenatoria, que, como se sabe debe constituir una certeza "*....más allá de toda duda razonable....*". *Se está lejos de este canon*, porque los datos analizados a los que se ha hecho referencia no permiten llegar a esa conclusión, dada su debilidad.

Una última reflexión:

Existió una genérica imputación por parte de la recurrente a todos los Cuerpos de Seguridad de que torturan, lo que bien pudiera haber constituido un delito de injurias grave a Cuerpos y Fuerzas de Seguridad previsto y penado en el art. 504-2º Cpenal. Es lo cierto que dicha acusación *fue retirada*, por lo que no pudo el Tribunal de instancia pronunciarse al respecto. Véase a tal efecto el auto aclaratorio de la sentencia de 8 de Junio de 2009.

Como conclusión y por todo lo expuesto, *procede la estimación del motivo* y absolución de la recurrente lo que se acordará en la segunda sentencia.

Sexto.- La estimación del anterior motivo, hace innecesario el estudio del resto de los otros motivos formalizados.

Séptimo.- De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede declarar de oficio las costas del recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de **María Virtudes**, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección IV, de fecha 3 de Junio de 2009, la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes y póngase en conocimiento de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección IV, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro Jose Antonio Martin Pallin

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Marzo de dos mil diez.



En la causa incoada por el Juzgado Central de Instrucción nº 1, Procedimiento Abreviado nº 19/08, seguida por delito de enaltecimiento del terrorismo, contra **María Virtudes**, nacida el 20 de Enero de 1968 en la localidad de Legáspi (Guipúzcoa), hija de Lorenzo de M^a Angeles, y, en libertad provisional por esta causa de la que nunca estuvo privada; se ha dictado sentencia 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. anotados al margen, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Unico.- Se aceptan los de la sentencia de instancia incluidos los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Unico.- Por los razonamientos contenidos en la sentencia casacional, debemos absolver y absolvemos a María Virtudes del delito de enaltecimiento del terrorismo.

III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a María Virtudes del delito de enaltecimiento del terrorismo, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro Jose Antonio Martin Pallin

PUBLICACIÓN.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:03/03/2010

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON Julian Sanchez Melgar, A LA SENTENCIA 224/2010, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 1661/2009 .

Discrepo respetuosamente de la opinión de mis compañeros, y a mi juicio, el recurso de casación interpuesto por la acusada debió desestimarse, confirmándose de este modo la corrección del razonamiento jurídico de la sentencia de instancia.

Dicha resolución judicial había condenado a María Virtudes como autora de un delito de enaltecimiento del terrorismo, tipificado en el art. 578 del Código penal.

Los elementos de tal delito han sido configurados por la jurisprudencia de esta Sala Casacional, como los siguientes: 1º) La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica el terrorismo con el triple objeto que enseguida veremos. Y hemos dicho que enaltecer es tanto como engrandecer, exaltar o alabar. 2º) Que el objeto de tal enaltecimiento lo es de cualquiera de las tres conductas siguientes: las definidas como delitos de terrorismo (en los arts. 571 a 577), o personalmente de quienes hayan participado en su ejecución, o bien la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares. 3º) Que dicha acción se realice por cualquier medio de expresión pública o difusión a terceros. 4º) Dolo tendencial de dicha conducta.

A nuestro juicio, se cumplen todos los aludidos requisitos.

En efecto, con motivo de la presentación de candidaturas de ANV (Acción Nacionalista Vasca), para las elecciones generales de marzo de 2008, la acusada, María Virtudes, Alcaldesa de Hernani, comenzó su discurso -que llevaba por escrito- con las siguientes palabras:



"... Antes de nada, este ánimo, abrazo y chaparrón de aplausos que nos habéis ofrecido, lo más caluroso posible, a Aureliano, Bernardo y a todos los presos políticos vascos que se encuentran dispersados en las cárceles de Francia y España ¡Os queremos! ..."

Tales palabras arrancaron el aplauso de los concurrentes (según se expone en la sentencia recurrida), y a continuación dijo:

"... En Euskal Herria todo el mundo lo sabe: aquí se tortura, todos los cuerpos policiales y represivos utilizan la tortura sistemáticamente contra los independentistas vascos..."

Como hemos visto, la dicción legal del art. 578 del Código penal castiga el enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión, con un triple objeto, cuya concurrencia es alternativa: bien de los delitos comprendidos en los arts. 571 a 577, bien de " quienes hayan participado en su ejecución", o bien la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.

No hay duda de que las palabras de la acusada se realizan en un medio apto para su difusión a terceros, en el caso ante una concurrencia numerosa de personas, y con perfecto conocimiento de su alcance, pues en los hechos probados se narra que tales palabras las llevaba escritas de antemano.

Tampoco existe duda alguna que se cumple uno de los tres objetivos definidos por el tipo, pues las palabras iban dirigidas a presos de la organización terrorista ETA, unos nominados personalmente y otros en concurso plural: es decir a todos los presos políticos vascos que se encuentran dispersos en las cárceles de Francia y España.

Que tales destinatarios lo eran de ETA, nos lo dice la sentencia recurrida en sus hechos probados: "... tal loa, que era su pretensión, en recuerdo y aliento a los presos de la organización terrorista ETA, con la que arrancó su discurso..."

Y algunos destinatarios fueron nombrados personalmente; es el caso de Aureliano y Bernardo a quienes se les atribuía el atentado de la T-4 de Madrid.

Que tal discurso supone un acto de enaltecimiento, en el sentido de engrandecer, exaltar o alabar, no es ya que lo afirme así el relato histórico de la recurrida ("... culminó con lo que perseguía, el aplauso que se inició inmediatamente después de que nombrara a Bernardo y al que la misma [la acusada] se unió con los congregados de forma placentera, cuando pudo terminar la frase entera, congratulándose con la magnífica acogida que esa introducción había tenido, así como por comprobar la aceptación de ella misma por los asistentes..."), sino que resulta de la propia literalidad de las palabras proferidas por la ahora recurrente: pues gritar " ¡os queremos!" a continuación de referirse a todos los presos de la organización terrorista ETA (que se encuentran dispersos por las cárceles de Francia y España y a quienes se tortura "sistemáticamente"), supone, ciertamente, un claro acto de enaltecimiento, exaltación o alabanza, que es lo que castiga este tipo penal.

Y este precepto penal así lo incrimina porque -como muy bien dicen mis compañeros-, lo que se criminaliza es el discurso del odio, es decir, en palabras de la sentencia mayoritaria: "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 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 el pérdida del pluralismo político y en definitiva en la aterrorización colectiva como medio de conseguir esas finalidades".

Pues, bien, si como afirman los magistrados de la mayoría, y nosotros también compartimos, ese es el bien jurídico protegido en el delito que contemplamos, de modo que se confunde -dicen- con la "alabanza de los actos terroristas o la apología de los verdugos", no podemos comprender que referirse a los presos de la organización terrorista ETA, como "presos políticos", no signifique esa expresión como el discurso de la apología de los verdugos, es decir, el enaltecimiento de quienes -en dicción legal- "hayan participado en su ejecución", al punto de terminar la exclamación con un " ¡os queremos!".

Y es que, a mi juicio, tal expresión de afecto público, una vez puesta de manifiesto su condición de presos políticos, y de su dispersión por las cárceles españolas y francesas (junto a la predicada tortura sistemática), integra el acusado delito de enaltecimiento del terrorismo, por referencia a los autores que ejecutan tales actos terroristas. Pues, en suma, lo que este delito pretende evitar es que tal enaltecimiento, loa o alabanza pública prenda la llama de la prosecución o la continuación con actos de la misma especie, de forma que la naturaleza de este delito es de carácter apologético.

En consecuencia, el recurso debió ser **desestimado**.



Fdo.: Julian Sanchez Melgar.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ