

Roj: STS 346/2016 - ECLI:ES:TS:2016:346
Id Cendoj: 28079120012016100067
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1557/2015
Nº de Resolución: 90/2016
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: JOSE RAMON SORIANO SORIANO
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia Nº: 90/2016

RECURSO CASACION Nº : 1557/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Voto Particular

Procedencia: Sección Segunda Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

Fecha Sentencia : 17/02/2016

Ponente Excmo. Sr. D. : José Ramón Soriano Soriano

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por : MBP

- ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO.

* Distinción entre móvil del delito y dolo.

* Transcendencia pública del contenido de la pintada

Nº: 1557/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

Vista: 10/02/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 90/2016

Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar

D. José Ramón Soriano Soriano

D. José Manuel Maza Martín

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Perfecto Andrés Ibáñez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Febrero de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, interpuesto por la representación del acusado **D. Olegario**, contra sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que le condenó por delito de enaltecimiento del terrorismo, absolviéndole de una falta contra el patrimonio, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la vista y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador Sr. Guadalupe Martín.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción nº 2 incoó procedimiento abreviado con el nº 3 de 2015 contra Olegario, y, una vez concluso lo remitió a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Segunda, que con fecha 1 de julio de 2015 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: *Sobre las 3,20 horas del día 5 de julio de 2014, en la víspera del inicio de sus fiestas de San Fermín, de la localidad navarra de Lesaka, fue sorprendido el acusado, Olegario, mayor de edad, por agentes de la policía foral, en la calle Bittiria, cuando estaba realizando en la fachada del inmueble correspondiente al número NUM000, con un rotulador de color negro, una pintada con el dibujo de un hacha al que rodeaba una serpiente (anagrama utilizado por la organización terrorista ETA), y con el texto en euskera "ZUEN BORROKA HARRO GUDE", "GORA ZUEK", "HERRIA ZUREKIN" (en castellano: estamos orgullosos de vuestra lucha. Viva vosotros, el pueblo está con vosotros), con la intención de ensalzar o elogiar las acciones terroristas llevadas a cabo por miembros o colaboradores de la referida organización terrorista.*

SEGUNDO.- La citada Audiencia dictó el siguiente pronunciamiento: *FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Olegario, sin que concurren circunstancias modificativas de su responsabilidad, como autor penalmente responsable de un delito de enaltecimiento del terrorismo, anteriormente definido, a la pena de un año de prisión y a la de inhabilitación absoluta por siete años, y pago de una mitad de las costas. Se decreta, asimismo, el comiso de los efectos intervenidos. Y debemos absolverle y le absolvemos de la falta contra el patrimonio de la que también venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio la otra mitad de las costas. Notifíquese esta 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 término de cinco días, a partir de la última notificación.*

A la citada sentencia se dictó **Voto Particular**, donde se manifestó la discrepancia del magistrado que lo suscribió con la decisión dictada por la mayoría de la Sala considerando que la sentencia debió ser absolutoria y que en otro caso hubo de estimarse que los hechos se produjeron en grado de tentativa, con las correspondientes consecuencias en la determinación de la pena aplicable.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, por la representación del acusado **D. Olegario**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Olegario**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: *Primero.- Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. denuncia aplicación indebida del art. 578 C. Penal; Segundo.- Al amparo del art. 851.1º, inciso 1, L.E.Cr., la sentencia de la A. Nacional no expresa de manera clara y terminante como probado los hechos a los que se refiere; Tercero.- Al amparo del art. 852.1 L.E.Cr., la sentencia de la A. Nacional no aplica la ley más beneficiosa.*

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró la misma el día 10 de febrero de 2016, con la asistencia del Letrado recurrente D. Leopoldo Barañano Gortia en defensa del acusado Olegario que informó sobre los motivos y del Fiscal, que se ratificó en su informe.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sin mencionar cauce procesal (debe entenderse que el correcto es el art. 849.1º L.E.Cr.), el acusado alega la indebida aplicación del art. 578 C.P.

1. El censurante pone de relieve dos circunstancias que, a su juicio, serían de necesaria concurrencia para dar vida al delito de enaltecimiento del terrorismo:

a) Relevancia pública, pues es posible que determinados hechos debidamente publicitados no llegaran a tener ninguna relevancia pública.

b) Tipo subjetivo, según el cual no se ha concretado el alcance del texto escrito objeto de la pintada, que se puede considerar como un texto inacabado, de contenido interpretable, con la consiguiente inocuidad penal de la conducta imputada.

2. Los argumentos del motivo no son acogibles.

Acerca de la relevancia pública los informes de la policía nos están indicando que se trataba de una pintada, perfectamente destacada y advertible, en una calle, importante o no, pero concurrida por gran cantidad de personas, porque esos días coincidían con las fiestas de San Fermín. Por tanto, aunque se tratara de una calle no céntrica de la población, las personas que por allí transitaban eran abundantes durante las fiestas, por lo que todas ellas pudieron percatarse de las expresiones objeto de la pintada.

El tipo penal, por otra parte, no exige ni un grado determinado de difusión, o un mínimo de personas que pueden llegar a conocer el mensaje. El hecho probado evidencia que la pintada era susceptible de ser conocida y lo fue por muchas personas. La nota de publicidad concurrió en el hecho, ya que la "pintada" era lo suficientemente grande y llamativa, hasta el punto que hacía imposible que pasara desapercibida para la gente que por allí transitaba.

Respecto al dolo o propósito del autor, la sentencia recurrida ha deslindado con pleno acierto los conceptos de dolo y móvil del delito, exigiendo el tipo penal el primero de ellos, cualquiera que sean las motivaciones que en su fuero interno pudieran llevar al recurrente a actuar del modo en que lo hizo. Las expresiones eran inequívocas y ensalzaban a los miembros de una organización terrorista, con conciencia y en circunstancias que iban a llegar al conocimiento de gran número de personas.

A su vez las expresiones objeto de la pintada, todas en sí mismas consideradas, expresan ideas inequívocas de enaltecimiento de la banda terrorista ETA y de sus integrantes, y constituye una inferencia lógica y coherente del Tribunal sentenciador entender, que ante ideas plenamente evocadoras de un sentido y completas por enumerar ideas y conceptos por todos entendibles, no iban a ser modificadas por otras contradictorias, ya que no debe presumirse en la intencionalidad del autor una especie de esquizofrenia ideológica, o propósitos incompatibles. Además, las frases escritas quedaban encerradas en un recuadro, trazado por el autor indicativo de que lo escrito, se consideraba concluso.

Ello hace que el argumento del voto particular o la pretensión de que el tipo penal se hallaba en grado de tentativa, carece de sentido en un delito de simple actividad, en que el sujeto activo había realizado todos los actos necesarios para consumir la infracción punitiva. El grado de publicidad solo cabría plantearlo teóricamente en las figuras cualificadas del nº 2 y 3 del art. 578 C.P., por las que no se acusa.

Por último, no cabe en un recurso por corriente infracción de un precepto sustantivo, alterar los términos del factum o atribuirle interpretaciones desviadas, distintas a las del Tribunal a quien compete de forma exclusiva y excluyente la valoración de las pruebas, cuya plasmación en hechos probados, debe mantenerse inalterada en todo su contenido, orden y significación (art. 884.3 L.E.Cr.).

El motivo no puede prosperar.

SEGUNDO.- Con amparo en el art. 851.ap. 1º, inciso 1º L.E.Cr., considera en el correlativo ordinal, que el factum no expresa de forma clara y terminante los hechos que describe.

1. Como razón principal del vicio procesal que se alega, nos dice que solo se tuvo en cuenta el testimonio de uno de los agentes.

2. En realidad, parece que quiere significar que la prueba incriminatoria valorada es insuficiente. Sin embargo el Tribunal contó con el testimonio de agente o agentes que identificaron al acusado materializando la pintada y a su vez por la permanencia de lo escrito que permite conocer los términos de la misma.

Si lo que quiere resaltar en este motivo es la falta de claridad del factum, su simple lectura excluye cualquier posibilidad de oscuridad o incomprensión del mismo, que de forma escueta explicita todos los elementos que han de integrar el delito por el que se condena.

El motivo debe rechazarse.

TERCERO.- En el último motivo, con sede procesal en el art. 852 L.E.Cr ., considera el recurrente que la sentencia no aplica la ley más beneficiosa.

1. La causa de la presente queja -que no coincide con el precepto que la ampara- es que al acusado, ahora recurrente, se le imputaba una falta de daños (contra el patrimonio) producidos en la fachada de un edificio que éste ensució y además el delito de enaltecimiento del terrorismo.

2. El recurrente plantea el problema, del mismo modo que si los hechos declarados probados fueran susceptibles de ser calificados alternativamente por un delito o una falta y en la colisión de preceptos (concurso de normas) el Tribunal hubiera optado por el que señala la más grave sanción establecida, exculpándole por la que menos pena impone.

Mas el presupuesto fáctico del que parte es artificial e inexistente. Al acusado le imputaban dos infracciones sancionables separadamente. Mas, una de ellas después de formular acusación, fue despenalizada en la reforma operada por Ley Orgánica nº 1 de 30 de marzo de 2015, lo que determinó la y no conversión en delito leve.

Por el contrario el delito previsto y penado en el art. 578 C.P . en su párrafo 1º continúa vigente, ya que las modificaciones producidas, simplemente de estilo, no han afectado a las conductas que englobaba, que siguen siendo las mismas.

Por todo ello el motivo habrá de rechazarse.

CUARTO.- La desestimación de los motivos hace que las costas se impongán al recurrente de conformidad al art. 901 L.E.Cr .

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado **D. Olegario** , contra sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 1 de julio de 2015 , en causa seguida contra el mismo por delito de enaltecimiento del terrorismo. Condenamos a dicho acusado al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa , lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Julián Sánchez Melgar José Ramón Soriano Soriano

Perfecto Andrés Ibáñez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:17/02/2016

VOTO PARTICULAR QUE EMITE el magistrado D. Andrés Palomo Del Arco a la sentencia núm. /2015, de de febrero, recaída en el recurso de casación núm. 1557/2015.

Con el máximo respeto a la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, expreso a través de este Voto mi disensión, en relación a la estimación del delito de enaltecimiento de terrorismo del art. 578 CP , en grado de consumación.

La sentencia de esta Sala 481/2014, de 3 de junio , indicaba como elementos que integran esta infracción los siguientes, si bien el énfasis es ahora añadido:

"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 aquí supone presentar o hacer aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que es un claro comportamiento criminal de carácter terrorista.

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; o b) cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa recordar a este respecto que no es necesario identificar a una o a varias de tales personas, pues puede cometerse también en referencia a un colectivo genérico 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 que otorgue cierta publicidad**, como puede ser un periódico, un acto público o un lugar con numerosa concurrencia".

Tras la modificación operada por la LO 2/2015, ciertamente, ya no se exige que se haga «por cualquier medio de expresión pública o de difusión». Basta con que la enaltación sea pública, lo que conforme entiende la doctrina, específicamente contempla los casos en que se hace ante una concurrencia de personas; y a su vez, si los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información, se impone la aplicación del tipo agravado previsto en el apartado segundo del mismo precepto.

En autos, la pintada que se afirma integraba el enaltecimiento, conforme la narración de hechos probados, se realiza a las 3,20 horas, en la víspera de las fiestas de la localidad de Lesaka, "con un rotulador de color negro", siendo sorprendido su autor cuando la "estaba realizando"; pero nada se indica del tamaño de la pintada ni la presencia de personas mientras se realizaba; cuando la experiencia indica que para su práctica y lograr el anonimato, se suele buscar momentos en que la calle esté desierta.

Consecuentemente, no puede predicarse que el enaltecimiento hubiera sido "público"; que hubiera tenido un mínimo de difusión; o al menos no obra en la narración de hechos probados, sin que sea factible su integración con elementos factuales contenidos en la fundamentación jurídica, que se limitan a indicar la afluencia de gente a las fiestas locales, pero no que en el lugar de la pintada a la hora que se hizo hubiera concurrencia de personas, ni siquiera viandantes ocasionales.

Si ulteriormente, medió difusión, dada la flagrancia descrita, deriva de la mera intrascendencia que los agentes policiales o las autoridades a quienes comunicaron su existencia le otorgaron, si optaron por no borrarla o demorarse en taparla o en hacerla desaparecer o taparla.

Aún cuando la concurrencia, dado el lugar de la pintada fuera previsible que acaeciera con ulterioridad, de modo que el hecho era idóneo para lograr esa publicidad, detectada la pintada cuando aún no había llegado a percepción de un número significativo de personas, si el texto se entiende efectivamente como enaltecimiento del terrorismo, sólo podría haber sido apreciado en grado de tentativa.

La calificación de delito de mera actividad, en nada empece, cuando se adiciona la exigencia de enaltecimiento "público", que este requisito se busque diferido en el tiempo, lo que determina su posibilidad de estimación en grado de tentativa; de ahí mi discrepancia.

Fdo.: Andrés Palomo Del Arco

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:17/02/2016

Voto particular que formula el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la sentencia que resuelve el recurso de casación n.º 1557 de 2015

Mi discrepancia de la mayoría se limita a un solo aspecto, que guarda relación con otro de los contenidos en el voto particular que acompaña a la sentencia de instancia. Me explico.

Según los hechos probados de esta última, lo escrito por Olegario en una pared, dicho en castellano, fue: "Estamos orgullosos de vuestra lucha. Viva vosotros. El pueblo está con vosotros"; ilustrándolo con el dibujo de un hacha en el que figuraba enroscada una serpiente, que es el anagrama de Eta.

Las expresiones, no hay duda, tienen que ver con esta. Pero se da la circunstancia que, en el momento de su redacción, la banda llevaba tiempo sin realizar actos terroristas y, en la consideración pública, aun sin haberse disuelto, habría desistido de cometerlos.

Pues bien, siendo así, la única "lucha", a la sazón en vigor, era la sostenida por los presos de aquella; de manera que lo rotulado podría muy bien ser la simple manifestación de una adhesión moral al activismo de esos etarras privados de libertad, que, es notorio, animan todo un movimiento en pro de la mejora de su régimen carcelario.

Es una hipótesis que considero muy plausible, y que a mi entender no está contemplada en el art. 578 Cpenal . Por eso tendría que haber sido acogida por la sala de instancia, y, ya que no lo fue, por esta propia sala al decidir la impugnación.

Fdo.: Perfecto Andrés Ibáñez

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D José Ramón Soriano Soriano, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ