

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 299/2011

*RECURSO CASACION N°:*2574/2010

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Voto Particular

Procedencia: AUDIENCIA NACIONAL, SALA DE LO PENAL, SECCIÓN 3ª

Fecha Sentencia: 25/04/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Monterde Ferrer

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

Escrito por: OVR

***Enaltecimiento de terrorismo.**

Cartel con fotos de presos etarras exhibido por asociación cultural en txotzna.

Página web .

Propósito o ánimo inequívoco de alabar los actos terroristas o a sus autores.

Sentencia absolutoria de la Audiencia Nacional.

Recurso del Ministerio Fiscal y de la Acusación particular.

Se mantiene la absolución. Existencia de tipicidad. Ausencia de autoría.

Nº: 2574/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Monterde Ferrer

Fallo: 05/04/2011

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 299/2011

Excmos. Sres.:

D. Carlos Granados Pérez
D. Andrés Martínez Arrieta
D. José Manuel Maza Martín
D. Francisco Monterde Ferrer
D. José Antonio Martín Pallín

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 veinticinco de Abril de dos mil once.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los **recursos de casación** por infracción de ley, interpuestos por **el Ministerio Fiscal** y la

Acusación Particular **DANIEL PORTERO DE LA TORRE**, contra sentencia dictada por la **Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera**, que **absolvió** a Gurutze Olagorta Arana, Aitziber Urrengoetxea Perillan, Borja Irizar Belandia y Alexander Zuluaga Arana, del delito de **enaltecimiento del terrorismo**. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, estando la Acusación recurrente representada por la Procuradora Sra. Licerias Vallina; han comparecido como recurridos, Francisco de Borja Irizar Belandia, Gurutze Olagorta Arana, Aitziber Urrengoetxea Perillan y Alexander Zuluaga Arana, representados por el Procurador Sr. Cuevas Rivas. Ha sido asumida la ponencia por el Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, anunciando voto particular el Excmo Sr. D. José Antonio Martín Pallín.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado Central de Instrucción número 3, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 235/2009, contra **GURUTZE OLAGORTA ARANA, AITZIBER URRENGOETXEA PERILLAN, FRANCISCO DE BORJA IRIZAR BELANDIA Y ALEXANDER ZULUZGA ARANA** y, una vez concluso, lo remitió a la **Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera** que, con fecha 8 de Octubre de 2010, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

Probados, y así expresamente se declaran, los siguientes hechos: Las fiestas de la Semana Grande de Bilbao se vienen organizando, consuetudinariamente, mediante la participación y cooperación de colectivos populares (cuadrillas ó comparsas), que, a partir de algún elemento aglutinante común, se reúnen para organizar los desfiles, concursos, casetas /casales (Txoznas), pasacalles, carrozas, etc, en que tal fiesta popular descansa. De modo análogo a como acontece en otras fiestas populares (fallas valencianas, carnavales de Cádiz), se aprecia en todas ellas la pervivencia de un consustancial espíritu crítico, burlesco y reivindicativo.

En este ámbito, la comparsa "Txori Barrote" se creó en 1981, si bien, en un principio, bajo el nombre de comparsa "Xakilixut", adoptando posteriormente, en 1986, su denominación actual. El 16 de octubre de 1996 se formaliza la

constitución de "Txori Barrote Kultur Elkartea" constando como presidenta GURUTZE OLAGORTA ARANA, como secretaria AITZIBER URRENGOETXEA PERILLÁN, y como Tesorero BORJA IRIZAR BELANDIA, fijando su domicilio social en la calle Astarloa nº 6º 1º dch. De la localidad de Bilbao. Está compuesta por ciento cincuenta asociados, todos ellos familiares o compañeros y amigos de algún encarcelado por su vinculación con la banda terrorista ETA.

Por acuerdo de su Asamblea General Ordinaria celebrada el día 22 de Octubre de 2001, Txori Barrote Kultur Ekartea se incorpora, como miembro fundador a la "Federación de Comparsas de Bilbao 1978".

Las comparsas son las encargadas, asimismo, de organizar los festejos en otras festividades importantes, como carnavales, o la festividad de San Juan. Los fines de la asociación cultural Txori Barrote, según sus estatutos, son: "recreativos y culturales, fomentando la cultura vasca y por la defensa de los derechos individuales y colectivos". En su página web, se definen como comparsa "pro amnistía" añadiendo que, "Desde el momento que los represaliad@s politic@s vasc@s son una parte de este pueblo, entendemos que han de estar presentes también en las fiestas y por eso nuestra konpartsa unimos jaia y reivindicación "(txoribarrotekonpartsa@euskalherriaorg).

En la página web de la comparsa aparece como "representante" de la caseta de fiestas o Txozna Alexander Zuluaga Arana.

Esta finalidad de petición de amnistía para los presos condenados por su pertenencia a la organización terrorista ETA. (o preventivos por su implicación en delitos de terrorismo en relación con dicha banda terrorista) se concreta en:

- solicitud de finalización de la política de dispersión de tales presos*
- denuncia de la aplicación de incomunicación de los mismos,*
- denuncia de la aplicación de la popularmente conocida como "doctrina Parot" de aplicación de las redenciones de pena a la totalidad de las penas impuestas, y que los miembros de dicho colectivo consideran una vertiente de la cadena perpetua.*

El anagrama de la Asociación es una caricatura de un pájaro carpintero, que picotea los barrotes de una prisión para romperlos.

En esta línea, la Comparsa se viene adhiriendo, todos los años, a los actos que en apoyo de los presos de ETA. se efectúan por distintas asociaciones de Bilbao, entre ellas, las actividades organizadas por "Etxerat" (Colectivo de familiares de presos de ETA) y por "Amnistiaren Aldeko Mugimendua" (Movimiento a favor de la amnistía), entre éstas, a la "marcha" que todos los Viernes del año se celebra hasta la sede del Partido Nacionalista vasco, donde se verifica una pegada de carteles, con fotografías de presos de ETA. dispersos por el territorio nacional, cuyo traslado a las prisiones de la Comunidad Autónoma Vasca se reivindica. Así como a la "hora de la amnistía", a las 23 horas, durante todos los días de la semana Grande de Bilbao. Por último, por la Comparsa se organiza, todos los años, una comida en apoyo a los familiares de los presos de ETA, en reconocimiento de las dificultades añadidas que para estos familiares se derivan de la política de dispersión de presos aplicada al colectivo de presos de ETA.

En esta línea, en la Semana Grande de Bilbao del año 2008, la Comparsa "Txori Barrote" montó su caseta (Txozna) en el Arenal de Bilbao, junto a otras 28 Txoznas más, correspondientes a otras tantas Comparsas. La caseta o Txozna de Txori Barrote tenía la siguiente decoración: Sobre la barra del bar, un gran cartel, a cuya derecha, sobre fondo negro, está dibujado en rojo el pájaro carpintero, y, también en rojo el nombre TXORI BARROTE. El cartel, que es un dibujo, sobre fondo verde, alusivo a los kilómetros que hay que recorrer para visitar a los presos de ETA. (una señal de tráfico indicando dirección obligatoria, otra señal de tráfico con la indicación "1150084 Kms", varios vehículos precipitándose al abismo, un avión, un corredor de footing, varios pterodáctilos con viajeros subidos encima, cajones abriéndose, edificios derrumbándose, una valla metálica, rota por dos martillos...).

Sobre la parte superior izquierda de este gran cartel, con letras negras, el encabezamiento "ASTE NAGUSIA 30 URTE" (Semana Grande 30 aniversario). En medio del cartel en grandes letras rojas "TXORI BARROTE", bajo este lema, integrado en el dibujo, como si se tratase de un cartel, también en rojo, y en gran

tamaño, el logotipo de la "Amnistía" diseñado por Eduardo Chillida en 1976 para la "Comisión Pro Amnistía".

La parte frontal de la barra, bajo el anterior cartel, estaba dibujada con grandes letras verdes, sobre fondo pardo, con el lema "AMNISTÍA BORROKATUZ ASKATASUNA BIZI ¡!" ("Luchando por la Amnistía. Libertad") En mitad del lema, entre la segunda y la tercera palabra, dibujada un águila negra sobre fondo amarillo, o, Arrano Beltza, A la izquierda del lema, dibujado en el mismo color del fondo, el mismo logotipo de la "Amnistía" diseñado por Chillida, y a la derecha del lema, el dibujo de un paisaje de trazos infantiles, sobre el que sobrevuela el pájaro carpintero, dibujado en color rojo.

En el lateral derecho de la barra del bar (Txozna) un dibujo en blanco y negro, otra vez el logotipo de "amnistía" de Chillida, esta vez dibujado con una "a" en su interior, y bajo el mismo, con letras negras el lema "etxean nahi ditugu ¡!" (" los queremos en casa!!). Junto a ello, un dibujo del contorno del mapa del país vasco, en negro, con dos flechas rojas dirigiéndose hacia el mismo, con el lema "Euskal Preso Eta Iheslariak Etxea" ("presos y refugiados vascos a casa").

Tras la barra de la caseta, en el interior de la misma, además de carteles con el pájaro carpintero dibujado, en el que se anuncian bocadillos, y la lista de precios de bebidas y bocadillos, en el centro, rodeado de carteles pequeños, / uno con la ikurriña, otro que

pone "Etxebizitza" (piso vivienda) y otros varios / un gran cartel, con la fotografía de 95 hombres y mujeres que en aquéllas fechas estaban en situación de prisión acusados o condenados por su pertenencia o relación con la banda terrorista ETA. y, bajo tales fotografías, en grandes letras rojas, el lema "EUSKAL HERRIAK ASKATASUNA BENAR DU" ("El pueblo vasco necesita libertad").

En los días de la semana grande de Bilbao de 2008, en concreto los días 21 y 22 de Agosto de 2008, D. DANIEL PORTERO DE LA TORRE acudió a Bilbao, a fin de comprobar si se habían tomado medidas para impedir que en otra Txozna, contra la que interpuso denuncia el año anterior por exhibir fotografías de presos de ETA, se efectuase la exhibición de tales carteles, comprobando que la txona denunciada el año anterior no había sido abierta ese año, pero que la txozna TXORI BARROTE tenía en el interior de la caseta el cartel antes mencionado,

comprobando que entre las fotografías de presos de ETA se encontraban las de los dos condenados como autores del atentado contra su padre, por lo que en fecha 29 de julio de 2009 interpuso ante el Juzgado de Guardia de la Audiencia Nacional querrela por aquéllos hechos.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: **FALLAMOS:** *En atención a lo expuesto, y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española, HEMOS DECIDIDO:*

*Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Gurutze Olagorta Arana, Aitziber Urrengoetxea Perillan, Borja Irizar Belandia y Alexander Zuluaga Arana** del delito de enaltecimiento del terrorismo por el que venían siendo acusados en este procedimiento, con toda clase de pronunciamientos favorables, y declarando de oficio las costas procesales de él derivadas.*

Notifíquese a las partes la presente resolución, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de CASACIÓN por infracción de Ley o quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por **el Ministerio Fiscal y la Acusación particular**, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El Ministerio Fiscal, basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

ÚNICO.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del artº. 578 del Código Penal.

5.- La representación de la Acusación particular **DANIEL PORTERO DE LA TORRE**, basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

ÚNICO.- Al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artº. 578 del Código Penal, al no considerar subsumibles los hechos enjuiciados en el citado tipo penal (en sus dos modalidades delictivas).

6.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Procuradora Sra. Liceras Vallina y el Ministerio Fiscal, por escritos de fecha 28 de Enero y 1 de Febrero de 2011, respectivamente, evacuando el trámite que se les confirió, y por las razones que adujeron, apoyaron el motivo único de sus respectivos recursos de casación.

Instruido el Procurador Sr. Cuevas Rivas de los recursos interpuestos, por escritos de fecha 31 de Enero y 1 de Febrero, evacuando el trámite que se le confirió, y las razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos de los recursos que, subsidiariamente, impugnó.

7.- Por Providencia de 21 de Marzo de 2011 se declaró el recurso admitido y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

8.- Hecho el señalamiento de la vista prevenida, se celebró la misma el día 5 de Abril de 2001, compareciendo por la parte recurrente la Letrada D^a. Vanesa M^a Santiago Ramírez y por la parte recurrida el Letrado D. Kepa Josu Mantzizidor Txipapozu.

Comenzando la deliberación en esa fecha, concluyó el 25 de Abril de 2011, declinando en el curso de la misma la ponencia el Excmo. Sr. Martín Pallín, quién anunció voto particular, y asumiéndola, conforme a las prescripciones del art. 147.4º L.E.Cr, el Excmo. Monterde Ferrer, quien expresa el parecer de la mayoría, conforme a los siguientes:

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida absuelve a los acusados del delito de enaltecimiento del terrorismo por el que venían acusados. Contra dicha resolución formalizan recurso el Ministerio Fiscal y la Acusación particular. Examinaremos conjuntamente ambos que formalizan un motivo único por inaplicación del artículo 578 del Código Penal.

1.- La sentencia recurrida llegó a su conclusión absolutoria, señalando en su fundamento jurídico segundo, que “en el presente caso no puede apreciarse que la exhibición de fotografías de las caras de presos de ETA en la caseta ferial (Txozna), por personas allegadas a tales presos, pidiendo su acercamiento al país vasco, o que no se les aplique la "doctrina Parot" no constituye delito de enaltecimiento del terrorismo, al no constar acreditado, la existencia de dolo específico que tal delito lleva insito consistente en la intención de enaltecimiento o justificación de tales presos, ni que con ello se pretende menospreciar o vilipendiar a las víctimas de los delitos que tales presos cometieron y por los que se encuentran en la actualidad en prisión.

Sigue diciendo la sentencia de instancia que: "tampoco puede apreciarse que la exhibición de las fotos de sus familiares, para reivindicar su acercamiento a las cárceles próximas al domicilio familiar, constituye un acto en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de los asesinatos perpetrados por tales presos, a no estar acreditado el dolo específico que para ello se precisa, pues la totalidad de los acusados son parientes de alguna o algunas de las personas en tales carteles de fotografías exhibidos, y justifican su exhibición en base a la reivindicación de los derechos que como presos estiman les deben ser a tales personas reconocidos. Sin perjuicio de lo anterior, es cierto que la exhibición pública de la imagen de los asesinos, observable por las víctimas de los asesinatos, pueda herir su sensibilidad, e incluso, la sensibilidad pública. Ello no obstante, la apreciación de ello, y su prohibición, deberá acordarse en vía administrativa, como ya se ha venido verificando en estos últimos años, confirmándose como apropiada la retirada de tales carteles, como contraria al derecho de las víctimas por reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Audiencia Nacional".

Y añadiendo en el inicio de su fundamento jurídico tercero que “mención aparte ha de hacerse a la utilización, en la página web de la txozna, de expresiones como "presos políticos vascos" o "represaliados vascos", que, tal y como explicita la sentencia ya mencionada de 3 de marzo de 2010 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, no en todos los casos constituye una acreditación de encontrarnos ante manifestaciones del entorno etarra, pues, en ocasiones se trata de una utilización frívola e inconsciente, acrítica, de una reinención del lenguaje que sí viene apreciándose por nuestro Tribunal Supremo como un símbolo de la dinámica

terrorista, pero, que no en todos los casos es así, tal y como, favor rei, ha de estimarse en este caso, en que no se aprecia afinidad ni apoyo, ni reivindicación alguna de los hechos, actos o integrante de la banda terrorista ETA en cuanto tal, sino como anómalo y deformado uso del lenguaje en un exceso del mismo derivado de un afán reivindicativo."

Como es lógico, por los recurrentes se admite la inalterabilidad del relato fáctico que resulta suficientemente descriptivo del escenario en el que se desarrollan los hechos. Discrepan que no se haya estimado la concurrencia del elemento subjetivo, en forma de dolo específico, que exige el delito de enaltecimiento del terrorismo, tal como se tipifica en el artículo 578 del Código Penal, cuestión que la sentencia de instancia-como hemos visto-, en los dos últimos párrafos del fundamento jurídico segundo, despacha rápidamente. También nos recuerdan que nadie discute la realidad de los hechos que acontecieron, por lo que el debate se centra en torno a la naturaleza del delito de enaltecimiento y a la inclusión de los hechos en sus supuestos típicos.

2.- El delito de enaltecimiento, que se contiene en el artículo 578 del Código Penal, está redactado conforme a la LO 7/2000, de 22 de Diciembre, por el que se modifica la redacción originaria del Código Penal de 1995. El legislador, como es lógico, ha incluido una actividad como el enaltecimiento en relación con figuras delictivas concretas y así se remite estrictamente a que el ensalzamiento sea de alguno de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 y, concretamente, de quienes hayan participado en su ejecución.

3.- Todos estos tipos penales de referencia están enclavados dentro del Capítulo dedicado a las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo, comprendiendo la promoción y constitución de organizaciones terroristas, los delitos de estragos, depósitos de armas, municiones y explosivos, delitos cometidos con la finalidad de subvertir el orden constitucional, lo que se denomina como atentados contra el patrimonio, actos de colaboración activa, como la recaudación de fondos o financiación, e incluso los que, sin pertenecer a organización terrorista realicen actos encaminados a atemorizar a miembros de una población o de un colectivo social, político o profesional.

4.- No albergamos ninguna duda sobre la participación de los que figuraban en las fotos en actos tipificados en los apartados anteriores, por lo que **existen elementos objetivos** sobre los que valorar si concurre el delito de enaltecimiento del terrorismo. Este hecho no ha sido cuestionado por los recurrentes ni por los recurridos. Estos últimos admiten que el debate se centra en torno a la valoración subjetiva de los elementos de los hechos que se describen de forma minuciosa en la sentencia recurrida.

5.- Antes de continuar con el examen de las alegaciones formuladas por los recurrentes, 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.

6.- Por ello, el punto de reflexión queda circunscrito a considerar sí, dados los hechos probados, se ha podido producir, de manera directa e intencional, un enaltecimiento o justificación **de los autores** de crímenes inequívocamente repudiables. Los hechos transcurren durante la Semana Grande de Bilbao. Una comparsa que está formada por ciento cincuenta asociados, *"todos ellos familiares o compañeros y amigos de algún encarcelado por su vinculación con la banda terrorista E.T.A"*, colocó una caseta en el recito de las fiestas. Estatutariamente tiene *'fines recreativos y culturales, fomenta la cultura vasca y defiende los derechos individuales y colectivos'*. Al margen de ellos, en su **página web** se define como comparsa *"proamnistía"*, y se refiere a los presos como *represaliados políticos vascos que deben estar presentes en nuestras fiestas como reivindicación*. Solicitan el final de la incomunicación y dispersión de los presos y critican la aplicación de la doctrina *"Parot"* que consideran equivale a una cadena perpetua. Esta sociedad forma parte de otro colectivo de familiares y movimientos *"proamnistía"* que, todos los viernes del año, convocan una marcha hasta la sede del Partido Nacionalista Vasco, con fotografías de presos de E.T.A y en un acto específico durante la Semana Grande de Bilbao.

7.- La caseta de la Semana Grande del año 2008 (hecho que se está enjuiciando), estaba decorada con una serie de símbolos, que la sentencia describe minuciosamente. Sobre la barra, un gran cartel alusivo a los kilómetros que tienen que recorrer los familiares para visitar a los presos y los inconvenientes y consecuencias que de ello se derivan. En la parte superior izquierda, un logotipo de la Amnistía, diseñado por Eduardo Chillida, en 1976. La mayoría de dibujos y logotipos hacen referencia a la solicitud de amnistía. Como dato central, que constituye la base del recurso, se hace referencia a un gran cartel, tras la barra de la caseta, con 95 hombres y mujeres, que en aquellas fechas estaban en situación de prisión, acusados o condenados por su pertenencia o relación con la banda terrorista E.T.A. .Bajo tales fotografías, el lema Eukal Herriak Askatasuna Behar (*El pueblo vasco necesita libertad*) en rojo.

8.- La sentencia de esta Sala, nº 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. Según doctrina de otras sentencias de esta Sala (149/2007 de 26 de Febrero, 585/2007 de 26 de Junio y 539/2008 de 23 de Septiembre), *enaltecer* equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades y méritos de alguien o de algo. *Justificar*, quiere decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que sólo es un comportamiento criminal. Asimismo compartimos la doctrina expuesta sobre la sustantividad propia y distinta de la apología del artículo 18 del Código Penal. No se puede desconocer que el enaltecimiento es una forma específica de la apología.

9.- En este caso concreto, debemos dilucidar si la exhibición de las *fotografías* de autores condenados ,-prescindiendo de los acusados que no tienen condena firme, en la medida en que les ampara la presunción de inocencia-, es una manifestación de la libertad de expresión o constituye el delito de referencia, comprendido dentro de la rúbrica de la Sección 2ª “De los Delitos de Terrorismo”, del Capítulo VII que trata “De las Organizaciones y Grupos Terroristas y de los

Delitos de Terrorismo”, del Título XXII, dedicado a los “Delitos contra el Orden Público, del Libro II del Código Penal. A la exhibición fotográfica hay que añadir - y ello creemos que no se puede olvidar-que en la **pagina web** de la Asociación Txori Barrote ,tras definirse como comparsa “pro amnistía”, se añade que *"Desde el momento que los represaliad@s politic@s vasc@s son una parte de este pueblo, entendemos que han de estar presentes también en las fiestas y por eso nuestra konpartsa unimos jaia y reivindicación "(txoribarrotekonpartsa@euskalherriaorg)"*.

10.- De modo pacífico esta Sala en numerosas resoluciones(Cfr.STS nº 585/07, de 20 de junio; STS 539/08, de 23 de septiembre; STS 676/09, de 5 de junio; STS 1269/09, de 21 de diciembre; STS 224/010, de 3 de marzo; 597/010, de 2 de junio ó ATS 2068/1010, de 22 de diciembre), ha señalado 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 CP .

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

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

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

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

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 CP, con la apología del genocidio que se encuentra en el núm. 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. 607-1 CP.

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. 607-2, 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..." (Cfr , igualmente, sentencia de 15 de Marzo de 2011, del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, en relación con el affaire Otegui Mondragón c. Espagne.).

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. 16-1 y 20-1 a) 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.

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 CP , pero sin invadir ni cercenar el derecho de libertad de expresión. *Zona intermedia* que, como ya hemos dicho, debe concretarse cuidadosamente caso a caso.

11.- ¿Cuál es esa zona intermedia? se pregunta la sentencia referenciada 224/2010. Y a ello se responde que, de acuerdo con la concreta previsión contenida en la Exposición de Motivos de la Ley 7/2000, 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 el aterrorizamiento colectivo 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.

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 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.

12.- En la jurisprudencia reciente, cabe recordar también que la STS 31/2011, de 2 de febrero, decía textualmente que "*en esta clase de delitos es importante, no solo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con los que han sido utilizados*, pues evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de *enaltecimiento del terrorismo*, es preciso determinar con claridad en cual de los posibles significados ha sido utilizado en cada ocasión concreta”.

En la sentencia de esta Sala nº 676/2009 de 5 de Junio de 2009, se abordan hechos relativos a la designación de "*reina y dama*" de las fiesta de la localidad a dos personas condenadas por delitos de terrorismo relacionados con ETA. Los acusados exhibieron también unas fotos o monigotes, como dice la sentencia, en el salón de Pleno del Ayuntamiento y por las calles de la localidad. La Audiencia Nacional les condenó como autores de un delito de enaltecimiento del terrorismo. La sentencia de casación -ciertamente con un voto particular- desestimó el recurso interpuesto, destacando que se trataba el aplicado de un tipo específico descrito por el Legislador sin tacha de constitucionalidad, consistente en ensalzar, encumbrar o mostrar como digna de honra la conducta de una determinada gravísima actuación delictiva, como es la de los elementos terroristas.

Y que el propio carácter del fenómeno terrorista justifica ampliamente tal previsión legislativa que enfrenta una fenomenología delictiva de enorme importancia social, en la que incluso personas o grupos inicialmente ajenos a la propia actividad ilícita contribuyen a ella, reforzando su actuación mediante mensajes de justificación y claro apoyo.

Y se destaca en esta sentencia que, por ello ha de tenerse muy presente que ni se trata en modo alguno de una simple criminalización de opiniones discrepantes ni el fundamento y el bien jurídico protegido en este caso es la defensa de la superioridad de ideas contrarias a aquellas que animan a esta clase de delincuentes, sino que, muy al contrario, la finalidad es combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de

libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, abortando toda clase de justificación y apoyo para lo que no son sino cumplidos atentados contra la significación más profunda del propio sistema democrático.

13.- Pues bien, situándonos en el sabido contexto en que se producen los hechos objeto de enjuiciamiento, es claro que en el País Vasco existe, desde hace tiempo, una facción criminal que propugna la independencia política respecto del resto del Estado del Reino de España por medios violentos, expresados en asesinatos, estragos, extorsiones y amedrentamientos de los núcleos de población que mayoritariamente han optado por la democracia como medio pacífico de expresión de las ideas. Su rechazo, es obvio, que debe hacerse tanto a través de la necesaria criminalización y castigo, con graves penas, de esas conductas y sus autores, como mediante su expulsión del mundo democrático del que voluntariamente se han apartado al recurrir al crimen como medio de actuar sobre la realidad política.

Y ciertamente, en ese contexto es donde tienen lugar los hechos declarados probados: la colocación de las *fotografías* de personas condenadas o encarceladas por la comisión de hechos terroristas, y, simultáneamente, la publicación de la *pagina web* de la Asociación Txori Barrote, que tras definirse como comparsa “pro amnistía”, añade que *"Desde el momento que los represaliad@s politic@s vasc@s son una parte de este pueblo, entendemos que han de estar presentes también en las fiestas y por eso nuestra konpartsa unimos jaia y reivindicación (txoribarrotekonpartsa@euskalherriaorg)"*.

Creando, en efecto, que el enaltecimiento es la opción directa de quienes deciden, de forma inequívoca ensalzar o alabar, a mayor honra y gloria, a quienes han cometido actos delictivos terroristas y precisamente por haberlos cometido, hay que concluir que se produce la “alabanza de los actos terroristas o la apología de los verdugos” a que se refería la STS 224/2010, con aquella exposición estática de imágenes al alcance del público y con la publicación en la web de la reivindicación de su presencia en las fiestas, y su calificación como “*presos políticos*”. Tal consideración, como viene a señalar la STS 676/2009, de 5 de junio, “en el contexto de las fiestas patronales de la localidad, tiene un evidente significado de ensalzamiento de las conductas ilícitas cometidas por los condenados por delitos de terrorismo, y de sus autores, por las que se encuentran en la actualidad *en esa*

situación de cumplimiento de graves penas. Porque se trata de un claro comportamiento de enaltecimiento de unos terroristas, por el hecho de serlo, de lo que les ha conducido a *su situación de penados*, y, por consiguiente, de las graves actividades delictivas que, en su día, llevaron a cabo.”

Y 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.

SEGUNDO.- No obstante lo anterior, si la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo penal de referencia, no ofrece dudas, la identificación de los acusados como autores de los hechos imputados, conforme al art. 28 CP, esto es de la colocación de los carteles con las fotos en la caseta, y ubicación en la red de la página web, con el contenido antes transcrito, o de la toma de decisión de su colocación, *en la Semana Grande Bilbao de 2008*, realmente, en ningún momento se establece en la sentencia de instancia.

El *factum* tan solo proclama que: “*El 16 de octubre de 1996* se formaliza la constitución de “Txori Barrote Kultur Elkarte” ,constando como presidenta GURUTZE OLAGORTA ARANA, como secretaria AITZIBER URRENGOETXEA PERILLÁN, y como tesorero BORJA IRIZAR BELANDIA...está compuesta por *ciento cincuenta asociados*, todos ellos familiares de compañeros y amigos de algún encarcelado por su vinculación con la banda terrorista E.T.A...” y que “...en la *página web* de la comparsa aparece como representante de la caseta de fiestas o Txozna ALEXANDER ZULOAGA ARANA...Y que en la Semana Grande de Bilbao del *año 2008, la Comparsa Txori Barrote montó su caseta* (Txozna) en el Arenal de Bilbao, junto a otras 28 Txoznas más, correspondientes a otras tantas comparsas...”

Y ni siquiera, los fundamentos de derecho (apartado tercero del fundamento jurídico segundo) añaden con carácter fáctico -y si lo hicieran habría de ser rechazado por resultar inadmisibile contra reo, conforme a la doctrina de esta Sala- algún elemento más, con eficacia para determinar la implicación de los acusados en los hechos.

Por todo ello, el motivo de ambos recurrentes ha de ser desestimado.

III. FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por el **MINISTERIO FISCAL** y la representación procesal del acusador particular **D. DANIEL PORTERO DE LA TORRE**, contra la sentencia dictada el día 8 de Octubre de 2010 por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 3ª en la causa seguida contra Gurutze Olagorta Arana, Aitziber Urrengoetxea Perillan, Borja Irizar Belandia y Alexander Zuluaga Arana, por el delito de enaltecimiento del terrorismo. Condenamos al recurrente Acusador particular al pago de las **costas** causadas por su recurso, y, en su caso a la pérdida del **depósito** si lo hubiere constituido, de acuerdo con las prescripciones del art. 901 LECr.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos oportunos con devolución de la causa en su día remitida.

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

D. Carlos Granados Pérez

D. Andrés Martínez Arrieta

D. José Manuel Maza Martín

Francisco Monterde Ferrer

D. José Antonio Martín Pallín

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

**VOTO PARTICULAR CONCURRENTE QUE FORMULA EL
MAGISTRADO JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN, A LA SENTENCIA N°
299/2011, RESOLUTORIA DEL RECURSO DE CASACIÓN N° 2574/2010.**

1.- Mi respetuosa discrepancia con los votos mayoritarios radica en la proyección a los hechos que se recogen en el apartado correspondiente, cuya lectura estimamos sumamente esclarecedora, del concepto metajurídico de enaltecimiento. En este caso concreto, debemos dilucidar si la exhibición de la fotografía de autores condenados (quedan fueran los acusados que no tienen condena firme, por lo que les ampara la presunción de inocencia) es una manifestación de la libertad de expresión o un delito de terrorismo. Según se desprende del relato de hechos probados, los símbolos, logos y textos solicitaban la amnistía, el acercamiento y la concentración de los presos, sin que de forma directa se observe cualquier otra expresión materializada en actos que inequívocamente sean de enaltecimiento.

2.- Ello nos lleva a valorar sí la exhibición de fotografías de personas condenadas por actos de terrorismo, es en sí misma y sin necesidad de mayores aditamentos o expresiones, una acción directa e intencional de ensalzar y justificar. En todo caso, se debe admitir, que la exhibición de fotografías sin mayores u diferentes connotaciones es acto equívoco y no unívoco, lo que nos obliga a profundizar sobre si nos encontramos ante la expresión de una

reivindicación que cabe en el ámbito de la libertad de expresión, o bien ante un delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo.

3.- Como antecedente jurisprudencial sobre el enaltecimiento del terrorismo es de especial interés la sentencia de esta Sala, de 2 de Febrero de 2011, en el que se analiza la convocatoria de un acto de homenaje a un miembro de ETA, condenado por delitos de asesinato frustrado y tenencia de armas y explosivos, entre otros y que se encontraba cumpliendo condena. La convocante del acto solicitó del Ayuntamiento la instalación de un escenario con la finalidad de realizar un acto para denunciar la "*bárbara situación en que se encuentra*" un etarra que lleva 25 años en prisión. El Departamento de Interior del Gobierno Vasco concedió autorización para celebrar el acto y se publicaron anuncios en prensa con el anagrama de Gestoras pro Amnistía, Askatasuna y Batasuna. Se proponía ser un acto de homenaje y se decía que era el momento de la solución, amnistía y libertad.

4.- La Audiencia Nacional condena a Arnaldo Otegui como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo absolviéndole de otras acusaciones, así como a las otras dos personas intervinientes. El condenado formalizó un recurso con numerosos motivos por vulneración de derechos fundamentales y, también, para lo que aquí nos interesa, por indebida aplicación del delito de enaltecimiento del terrorismo. En relación con este punto, la sentencia que hemos citado decía textualmente que "*en esta clase de delitos es importante, no solo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con los que han sido utilizados*". Se recuerda que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y para que haya enaltecimiento del terrorismo es preciso determinar con claridad en cual de los posibles significados ha sido utilizado en cada ocasión concreta. La sentencia termina anulando el juicio por la postura de la Presidenta del Tribunal que suscita dudas objetivamente justificadas sobre su imparcialidad.

5.- En una sentencia de esta Sala, de 5 de Junio de 2009, se abordan hechos relativos a la designación de "*reina y dama*" de las fiesta de la localidad a dos personas condenadas por delitos de terrorismo relacionados con ETA. Los acusados exhibieron también unas fotos o monigotes, como dice la sentencia, por las calles de la localidad. La Audiencia Nacional les condenó como autores de un delito de enaltecimiento del terrorismo. Existe un voto particular en

que, partiendo del reconocimiento sustancial de los hechos probados, sostiene que el enaltecimiento es un tipo o una especie de apología y tiene puntos de coincidencia con el concepto que proporciona el artículo 18 del Código Penal cuando, dentro de las denominadas Disposiciones Generales sobre los delitos y faltas, define la provocación como cualquier acto que incita directamente, por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante con publicidad o *ante la concurrencia de personas* a la perpetración de un delito.

6.- A continuación, el legislador introduce una variante de la provocación y se refiere especialmente a la apología que se desgaja "*a los efectos de este Código*", es decir, no por razones técnicas o dogmáticas, sino por pura política criminal y se define como la "*exposición ante una concurrencia de personas, o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor*", añade que la apología solo será delictiva como *forma de provocación* si, por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito. Este confusionismo deliberado que considera a la apología como una especie de provocación, fue advertido por el Consejo de Estado en su informe al Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal.

7.- Advertía el Consejo de Estado que, el nuevo artículo 578 del Código Penal (enaltecimiento), respondía a casos en los que: "*En sustancia los supuestos de los dos artículos son iguales*". Señala que el artículo 18 del Código Penal, en la Parte General, disuelve la apología en la provocación al delito (texto del Anteproyecto) y trata de salir de esa contradicción con una solución meramente léxica. Proponía la supresión de toda mención a la apología en el artículo 18 o, al menos, el ajuste de ese precepto a la nueva modalidad de apología del terrorismo. Se puede, por tanto, concluir que en el artículo 578 del Código Penal se recoge una apología genérica semejante a la que se contiene respecto del genocidio. El artículo 607 del Código Penal, después de definir el genocidio, considera delictiva la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen el genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos.

8.- En definitiva, ante esta doble tipificación nos encontramos con que el enaltecimiento o justificación necesariamente debe hacerse por medio de la exposición de doctrinas o ideas que ensalcen o justifiquen el hecho o sus

partícipes o autores, lo que supone la expresión de ideas o doctrinas que sin duda puede hacerse de forma verbal o bien por medio símbolos gráficos o textos escritos o por cualquier medio de expresión de ideas que se pueden sintetizar en una frase o en un cuadro. Sus roces con la libertad de expresión son inevitables y así lo decíamos en la sentencia 5125/1994, de 4 de julio, cuando sosteníamos que el delito de apología no pretende prohibir manifestaciones ideológicas, pues en tal caso, sería contrario al artículo 20 de la Constitución española, *sino la aprobación de comportamientos delictivos*. Del mismo modo, sólo habrá enaltecimiento si el propósito es inequívocamente aprobar comportamientos delictivos.

9.- Si acudimos a la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, dictada con ocasión de la exposición pública de ideas que niegan o justifican los delitos de genocidio, llegamos a la conclusión de que la criminalización y el castigo de la apología del terrorismo en su especialidad de enaltecimiento de los autores, respetaría la libertad ideológica, según el canon constitucional, solo si la conducta tuviera la capacidad para incitar de manera directa a la perpetración de los delitos, al menos mediante el fomento o favorecimiento de un clima de odio en el que pudiera germinar la necesidad de emplear medios violentos para perseguir fines políticos.

10.- Ello nos sitúa en el contexto en que se producen los hechos que son objeto de enjuiciamiento. En el País Vasco existe, desde hace tiempo, una facción criminal que propugna la independencia política respecto del Estado Español por medios violentos expresados en asesinatos, estragos, extorsiones y amedentramientos de los núcleos de población que mayoritariamente han optado por la democracia como medio pacífico de expresión de las ideas. Su rechazo no sólo debe hacerse desde la necesaria criminalización y castigo con graves penas de esas conductas y sus autores, sino que merece su expulsión del mundo democrático del que voluntariamente se han apartado al recurrir al crimen como medio de actuar sobre la realidad política.

11.- Es en ese contexto socio-político donde tiene lugar la colocación de las fotografías de personas condenadas o encarceladas por la comisión de hechos terroristas, lo que nos obliga, por exigencias constitucionales del derecho a la libertad de expresión, a examinar, con carácter restrictivo, si este hecho en el entorno de la caseta y los logos y frases utilizadas para acompañarla,

entran en el terreno del enaltecimiento o justificación o se quedan en el ámbito de la expresión de ideas que, por muy rechazables que puedan parecer a la generalidad de las personas que conciben la democracia como una forma de convivencia pacífica, pudieran tener el amparo del derecho constitucional a la libertad de expresión.

12.- Llegados a este punto, aunque los hechos sean diferentes, conviene recordar el contenido de la reciente sentencia, de 15 de Marzo de 2011, de Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, en relación con el *affaire Otegui Mondragón c. Espagne*.

13.- En la sentencia que citamos, se trata de una acusación por delito de injurias al Jefe de Estado producidas en el contexto de una actuación parlamentaria. Conviene recordar la doctrina general del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, que declara que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno de los ciudadanos. Abarca, por supuesto, la información y las ideas, incluso aquellas que hieren la sensibilidad, son chocantes o puedan incomodar. Las excepciones legales deben ser mínimas y en todo caso interpretadas restrictivamente.

14.- Ciñéndonos al campo de las posibles limitaciones que el Derecho Penal puede imponer a la libertad de expresión, nuestro sistema constitucional concede una especial relevancia a las limitaciones establecidas por la debida protección al honor, la intimidad, la propia imagen, la protección de la juventud y de la infancia. Las restricciones legales que penalizan la expresión de ideas son en principio rechazables e incompatibles con los principios y valores democráticos. De aquí nacen las inquietudes doctrinales ante figuras como la apología de los delitos que consisten etimológicamente en su enaltecimiento o justificación. Todos los demás discursos, pueden ser penados si constituyen una provocación directa e inequívoca a la comisión de un determinado hecho delictivo.

15.- El enaltecimiento es la opción directa de quienes deciden, de forma inequívoca y exclusiva, ensalzar o alabar a mayor honra y gloria a quienes han cometido actos delictivos terroristas y precisamente por haberlos cometido. No

es este el supuesto que examinamos, en el que se puede comprobar que las peticiones y los posicionamientos estaban preferentemente encaminados a solicitar el acercamiento de los presos y a su amnistía, petición esta última que implica que, de alguna manera se les considera responsables de hechos delictivos, ya que solo se puede aplicar la amnistía a quien previamente ha incurrido en responsabilidad criminal. Son estos fines los que excluyen la antijuricidad y la culpabilidad de la conducta enjuiciada.

En consecuencia, por vías distintas llegamos a la misma conclusión absolutoria.

José Antonio Martín Pallín

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Francisco Monterde Ferrer, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.