

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia N°: 180/2012

RECURSO CASACION N°: 1638/2011

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Señalamiento: 07/03/2012

Procedencia: AUDIENCIA NACIONAL PENAL (SECCIÓN 1ª)

Fecha Sentencia: 14/03/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Monterde Ferrer

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por: OVR

Delito de enaltecimiento del terrorismo. Homenaje a miembro de ETA fallecido años antes. Cartel. Discurso. Danzas. Ofrenda floral.

Infracción de derechos constitucionales. Juicio con todas las garantías .Incorporación de prueba videográfica.

Derecho a la libre expresión de ideas y a la participación política.

Presunción de inocencia.

Infracción de ley. Art 578 CP. Elementos del delito.VOTO PARTICULAR

Nº: 1638/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Monterde Ferrer

Vista: 07/03/2012

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 180/2012

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz

D. Joaquín Giménez García

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

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 catorce de Marzo de dos mil doce.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el nº 1638/2011, interpuesto por la representación procesal de **D. Tasio Erkizia Almandoz**, contra la sentencia dictada el 3 de mayo de 2011, por la Sección Primera de la Sala de lo Pena de la Audiencia Nacional, en el Rollo de Sala Nº 14/2010, correspondiente al Procedimiento Abreviado nº 57/2009 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, que condenó al recurrente, como autor responsable de un delito de **enaltecimiento del terrorismo**, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente D. Tasio Erkizia Almandoz, representado por el Procurador D. Javier Cuevas Rivas; y defendido por la Letrada Dª Jone Goirizelaia Ordorika, y como acusación popular la **Asociación Dignidad y Justicia**, representada por la Procuradora Dª Monica Liceras Vallina, habiendo intervenido el Excmo. Sr. Fiscal, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

-

1.- El Juzgado Central de Instrucción nº 5, incoó Procedimiento Abreviado con el nº 57/2009, en cuya causa la Sección Primera de la Audiencia Nacional, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 3 de mayo de 2011, que contenía el siguiente **Fallo:** *"Debemos condenar y condenamos a TASIO ERQUIZIA ALMANDOZ, como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo, ya definido, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de UN AÑO DE PRISIÓN Y SIETE AÑOS DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA, imponiéndole las costas de esta instancia, incluidas las de la acusación popular.*

2.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes **Hechos:** *"I. El acusado, Tasio Erquizia Almandoz es mayor de edad y carece de antecedentes penales.*

II. El referido, el día 21 de diciembre de 2008 participó como principal orador en un acto celebrado en la localidad de Arrogorriaga (Vizcaya) en recuerdo y loa del responsable de la organización E.T.A. José Miguel Beñaran Ordeñana, alias

"Argala", quien había sido asesinado treinta años antes en la localidad francesa de Angelu.

El acto fue publicitado mediante carteles pegados en las calles en los que se transcribía un texto atribuido a Argala que dice:

"La lucha armada no nos gusta a nadie, la lucha armada es desagradable, es dura, a consecuencia de ellas se va a la cárcel al exilio, se es torturado; a consecuencia de ella se puede morir, se ve uno obligado a matar, endurece a la persona, le hace daño, pero la lucha armada es imprescindible para avanzar".

Para su celebración se colocó una carpa y en su interior una tarima o escenario elevado en el que, en su lado derecho desde el punto de vista del público asistente, había, sobre un caballete, una gran fotografía del miembro de ETA cuya figura se ensalzaba; en el centro, una pantalla en la que se proyectaron fotografías de miembros encapuchados de la banda terrorista y de presos y, a la izquierda, un atril desde el que el acusado pronunció un discurso, todo ello presidido por un cartel con el lema "Independentzia Sozialismo 1949-1978", en referencia a la fecha de nacimiento y muerte del llamado Argala.

Durante el homenaje a "Argala" actuaron bailarines o "dantzaris que ejecutaron una "Ezpatadantza" o danza de espadas, baile de conmemoración y rendición de honores en el que los bailarines saludan con espadas de forma similar a la presentación de armas de los actos militares y también se ejecutó postura genuflexa frente al escenario, inclinando la cabeza hacia el suelo mientras en el centro un abanderado hondeaba la ikurriña sobre ellos, tras lo cual depositaron claveles rojos ante la fotografía de Argala

También intervinieron versolaris -improvisadores populares de versos en euskera- y músicos que tocaban instrumentos tradicionales vascos como la txalapart, entre otros.

III. El discurso del acusado Tasio Erkizia almandoz fue el momento central del acto. En él pidió "una reflexión (para) escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático" y terminó con los gritos ¡Gora Euskay Herria askatuta", "Gora Euskal Herria euskalduna" y ""Gora Argala" - ¡Viva Euskal Herria libre ! ¡Viva Euskal Herria vasca! ¡Viva Argala!, gritos que fueron respondidos por el público.

Previamente, al subir al escenario, Erkizia colocó un clavel rojo sobre el soporte en el que se apoyaba la fotografía de Argala.

IV. El acusado no había tenido relación de amistad ni trato o contacto especial con José Miguel Beñarán Ordañana, "Argala", cuya única actividad conocida fue su pertenencia, como dirigente, de ETA, grupo organizado que usando armas, explosivos y otros medios comete delitos contra a aquellos que no comparten su proclamada finalidad de conseguir la independencia de "Euskal Herria".

3.- Notificada la sentencia a las partes, la representación del acusado D. Tasio Erquizia Almandoz, anunció su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 28/06/2011, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

4.- Por medio de escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en 13/09/2011, el Procurador D. Javier Cuevas Rivas, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes **motivos:**

Primero.- Al amparo del art 849.2 LECr, por **error de hecho en la apreciación de la prueba**, basada en la documental aportada por la defensa al inicio del juicio oral.

Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art 5.4 LOPJ, y 852 LECr, por vulneración del derecho fundamental de los arts 18 y 24 CE. a un **juicio con todas las garantías y a la seguridad jurídica**, en relación con la incorporación a la causa de un vídeo.

Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el art 5.4 LOPJ, y 852 LECr, por vulneración del derecho fundamental del art 24 CE. a **la presunción de inocencia.**

Cuarto.- Al amparo de lo dispuesto en el art 5.4 LOPJ, y 852 LECr, por vulneración del derecho fundamental de los arts 20 y 16 CE, a la **libre expresión de las ideas y la participación política.**

Quinto.- Se formula este motivo **por infracción de ley**, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECr, entendiéndose infringido el art 578 CP por su aplicación indebida.

5.- El Ministerio **Fiscal**, y la Procuradora D^a Monica Licerias Vallina, en nombre de la acusación popular, Asociación Dignidad y Justicia, por medio de escritos fechados el 9/10/2011, y el 29/09/2011 respectivamente, evacuando el trámite que se les confirió, y por las razones que adujeron, interesaron la inadmisión de todos los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnaron, quedando conclusos los autos para señalamiento de la vista cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para la **vista**, se llevó a cabo la misma el día **7-3-012**, con la asistencia del Ministerio Fiscal, de la Acusadora Popular, **Asociación Dignidad y Justicia**, y de la Defensa del acusado recurrente, quienes alegaron lo que a su derecho convino, celebrada la cual, deliberó la Sala con el resultado que se expresa a continuación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como primer motivo se plantea, al amparo del art 849.2 LECr, **error de hecho en la apreciación de la prueba**, basada en la documental aportada por la defensa al inicio del juicio oral.

1. Se viene a decir que, en el relato de hechos de la sentencia de instancia, erróneamente se indicaba que: "durante el homenaje a Argala actuaron bailarines o dantzaris que ejecutaron una espada dantza, *danza de espadas*, baile de conmemoración y rendición de honores en el que los bailarines saludan con espadas, de forma similar a la presentación de armas de los actos militares, y también se efectuó una ikurrindantza o *danza de la bandera*, en la que los dantzaris adoptaron una postura genuflexa frente al escenario, inclinando la cabeza hacia el suelo". Y se alega que la sentencia recoge en su relato parte de lo que aparece en *el vídeo*, pero lo interpreta de forma incorrecta y diferente al carácter real del baile que se ejecuta.

Y para demostrar el error se invoca la certificación, aportada -como documental, no como pericial- al inicio de la vista del juicio oral, emitida por el folklorista y director de la Asociación Bizcar Folklor Elkartea, D. Sabin Eiguren Apraiz, donde se explicaba el carácter de los bailes que se podían ver en el vídeo reproducido en el acto de la Vista oral y que fueron realizados en el acto político en que intervino el Sr. Erkizia. El documento indicaba que "la danza que conocemos como *Agintarena* es la primera del ciclo de danzas denominadas Dantza y que procede

de la merindad de Durango-Bizcaya. Es una de las más antiguas de Europa. Danzas realizadas por 8 bailarines".

2. Con relación al motivo basado en el *error facti*, éste sólo puede prosperar, como ha repetido esta Sala (Cfr STS de 26-3-2004, nº 382/2004 y concordantes), cuando a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros medios probatorios "de al menos análoga consistencia, credibilidad y fiabilidad", pues dado que no existen en el proceso penal pruebas reinas o excluyentes, todas son aptas para propiciar la íntima convicción del artículo 741 del código procesal. Mediante el empleo del motivo tanto puede perseguirse la adición como la modificación o supresión de un pasaje del "factum", pero dichos documentos deben traslucir sin ningún género de dudas el error, porque han de acreditar de manera fehaciente un determinado hecho para la posteridad, sin necesidad de acudir a otras pruebas, es decir, han de tener aptitud demostrativa directa del hecho que incorporan .

Por otra parte, el error debe tener directa relación con lo que es objeto principal del juicio, aunque también hay que tener en cuenta que si sobre el punto respecto del cual se alega el error se hubieran llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce entonces al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento o en los documentos especialmente traídos a colación, sino la que ofrece ese otro o esos otros medios probatorios. De forma que el error relevante es incompatible con una nueva valoración de las pruebas por parte del Tribunal de Casación, lo que está vedado.

Igualmente, en este sentido, se ha mantenido que la prueba personal obrante en los autos, declaración de acusados y testigos e incluso los informes periciales en la mayor parte de los casos, por muy "documentada" que se encuentre en ellos, no alcanza el valor de verdadero "documento" a estos efectos casacionales (SSTS de 23 de diciembre de 1992 y 24 de enero de 1997, entre muchas otras).

La contradicción ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o

completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultando de otros medios de prueba también disponibles por el Juzgador, que justificarían la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SSTS de 12 de junio y 24 de septiembre de 2001).

Por la doctrina de esta Sala en los últimos años se viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECr, a la pericial, para "corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos."

Pero, además hay que contar con la dificultad de que un informe pericial sea considerado documento a los efectos casacionales, especialmente cuando no se ha producido ninguna desviación del mismo por parte de la sala de instancia, de modo que los informes invocados ningún error evidencien.

En esta línea, de manera excepcional se ha admitido como documento a efectos casacionales el informe pericial (SSTS 1643/98, de 23 de diciembre; 372/99, de 23 de febrero, 1046/2004, de 5 de octubre; ó 1200/2005, de 27 de octubre, entre otras) como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación, cuando el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que altere relevantemente su sentido originario o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

Y, en relación con la prueba pericial, la STS 13-12-2010, nº 1058/2010, nos dice que, atendida su naturaleza y la del delito enjuiciado, podrá ser valorada sin necesidad de oír a los peritos y de reproducir íntegramente el debate procesal, cuando en el documento escrito de los informes periciales estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes lleguen (STC. 143/2005 de 6.6), esto es cuando el Tribunal *ad quem* valora la prueba pericial solo a través del reflejo escrito que la documenta (STC. 75/2006 de

13.3). No así cuando el perito haya prestado declaración en el acto del juicio con el fin de explicar, aclarar o ampliar su informe, dado el carácter personal que en tal caso adquiere este medio de prueba (SSTC. 10/2004 de 9.2, 360/2006 de 18.12, 21/2009 de 26.1).

Pues bien, en el caso sometido a nuestra consideración , en atención a la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, el motivo carece de viabilidad. En el caso que nos ocupa, se reconozca o no la condición de perito al Sr. Euiguren, no cabe estimar que lo por él manifestado permita apreciar la existencia de un error de hecho. Ciertamente, pudiendo tener la danza en cuestión el significado que le da, del modo en el que se ejecutó el baile, no puede excluirse que el mismo tuviera otro significado. Pero, lo que es más importante, dicho extremo no supondría por sí solo una modificación de los hechos, con relevancia jurídica. En dichos hechos se narra la forma en que se realizó el baile, incluido el hecho de adoptar los danzantes "postura genuflexa", frente al escenario, inclinando la cabeza hacia el suelo mientras en el centro un abanderado ondeaba la ikurriña sobre ellos, tras lo cual depositaron claveles rojos ante la fotografía de Argala Como se ha dicho, esto no es sino la descripción de los hechos, la pretendida prueba no modifica lo que se evidencia de la prueba gráfica sobre el día de autos, de que dispuso el Tribunal..

En efecto, tanto el vídeo visionado en el juicio oral en la fase de prueba documental (fº 162 vtº del acta, y V.1º, 13'50; 16; 1.19'47, 1.20'16; V 2º, 2.0 y 04'35; 06'38 a 09), propuesto por las acusaciones pública y popular (fº 182 y 208), y no objetado por la defensa en esa fase probatoria, en el que el propio recurrente apoya el presente motivo; así como la fotografía obrante en el fº 82 (Gara), propuesta por la Acusación popular (fº 207), confirman la descripción fáctica efectuada por el tribunal de instancia, según la que: *"Durante el homenaje a "Argala" actuaron bailarines o "dantzaris" que ejecutaron una "Espatadantza" o danza de espadas, baile de conmemoración y rendición de honores en el que los bailarines saludan con espadas de forma similar a la presentación de armas de los actos militares, y también se ejecutó una "Ikurrin dantza" o danza de la bandera en la que los danzantes adoptaron postura genuflexa frente al escenario (en el que había sobre un caballete ,una gran fotografía del miembro de ETA cuya figura se ensalzaba), inclinando la cabeza hacia el suelo mientras en el centro un abanderado ondeaba la ikurriña sobre ellos, tras de lo cual depositaron claveles rojos ante la fotografía de Argala.*

También intervinieron versolaris -improvisadores populares de versos en euskera- y músicos que tocaban instrumentos tradicionales vascos como la txalaparta, entre otros".

Es más, el documento invocado, que fue aportado en el comienzo de la vista del Juicio oral, y admitido (fº 159 vtº) sin oposición de parte alguna, viene, no a desdecir, sino a ratificar lo que observa el *factum*. Así, el Sr. Egiguren certifica (con el subrayado nuestro) que: "La danza que conocemos con el nombre de "Agintariena" es la primera del ciclo de danzas que denominamos *Dantzari-dantza* y que procede de la Merindad de Durango en Bizcaia. La *Dantzari-dantza* se compone de un grupo de diez danzas de hechura gimnástica y cuya función es ceremonial en sí misma: se baila en la plaza pública en día de fiesta solemne para la comunidad y tiene unos movimientos y coreografía muy medidos, cerrados y disciplinados. Se trata de una danza realizada por ocho bailarines, portando uno de ellos la bandera que representa a la localidad...Las estructuras y tonalidades de sus melodías, la nobleza y serena complicación de sus pasos, la vivacidad de sus ritmos, todo ensamblado en un *elan* misterioso y cautivador, todo ello nos da la impresión de ser trasladados a épocas remotas, cuando la danza era una forma cultural muy practicada; algo que tenía un mensaje: reverencia, ardor, nobleza, frenesí, etc... Según Benito de Vizcarra y Arana...estas danzas se ejecutaban ya desde muy antiguo (como aparece en documentos del año 1670 y otros) con el canto de unas coplas, muchas de las cuales todavía hoy se conservan. Posteriormente, a través de los años, el canto de las coplas...fue sustituido por iguales melodías ejecutadas por txistu y tamboril, pues resultaba así menos costoso que cantar las coplas, ya que estas comprendían una gran cantidad".

Consecuentemente, no cabiendo la modificación ni la integración con elementos distintos de los que constan, el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, como consecuencia de la prueba designada, el motivo ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- El segundo motivo se articula, al amparo de lo dispuesto en el art 5.4 LOPJ, y 852 LECr, por vulneración del derecho fundamental de los arts 18 y 24 CE. a un **juicio con todas las garantías y a la seguridad jurídica**, en relación con la incorporación a la causa de un vídeo.

1.- Se señala que la sentencia, recogió la alegación de la parte que hoy recurre de que los vídeos estaban o podían estar

manipulados, y que incorporados a la causa en julio de 2010, tratándose de un documento privado impugnado por la defensa, obliga a la acusaciones a probar su veracidad llevando a sus autores al juicio oral. Y ello, porque la jurisprudencia exige el *control judicial de la filmación*, lo que no ocurrió, ya que sus autores ni siquiera estaban identificados. Al Sr Erkizia cuando declaró -fº 135-, se le exhibió un vídeo incorporado de forma irregular, no pudiendo contestar a todas las cuestiones, no siendo interrogado expresamente sobre las cuestiones que la sentencia destaca en relación con el mismo; el Ministerio fiscal-fº 140- solicitó se pidiera a La Razón el vídeo original, que se remitió -fº 155- en julio de 2010, 19 meses después de los hechos, y siempre constando que es copia y no el original, y tampoco en versión íntegra.

2. La jurisprudencia de esta Sala ha señalado (Cfr. STS 4/2005, de 19 de mayo) que es obvio que la *grabación periodística* de un incidente acaecido en la vía pública, *no puede ser objeto de control judicial en su ejecución*, pues se produce, en todo caso, extraprocesalmente. Y que, sin embargo, por tal motivo no puede ser tachada, en modo alguno, de medio de prueba afectado por vicios derivados de vulneración a derecho fundamental alguno, en concreto y de manera especial el derecho a la intimidad en sus diferentes facetas, ya que, como se ha dicho, la grabación recoge hechos sucedidos en un ámbito público.

A partir de la afirmación que precede, ha de reconocérsele, por tanto, validez como material susceptible de aportar al Juzgador conocimiento acerca de lo realmente acontecido, no existiendo ningún motivo apreciable para su rechazo. Máxime cuando no sólo esta clase de pruebas está ya expresamente contemplada en las normas procesales civiles, con su carácter general de supletoriedad, sino que además, en nuestro proceso Penal específicamente, imbuido de principios tales como el de oficialidad y búsqueda de la verdad material, no puede hablarse de exclusión "a priori" de ninguna clase de prueba o actividad que pudiera proporcionar datos que faciliten al Tribunal la averiguación de lo realmente acontecido.

Cosa distinta será la valoración que esa prueba posteriormente merezca y, en concreto, la fiabilidad que a la misma se otorgue por quien ostenta la facultad para ello.

Y, en este sentido, en nada difiere la aportación del documento videográfico de la declaración testifical de quien directamente

presenció lo acontecido, en la que también pueden caber razones para dudar de su credibilidad o de la integridad y fiabilidad en la percepción de lo ocurrido y posteriormente narrado.

Quedando, con ello, remitida la cuestión sometida a la censura casacional de esta Sala a los aspectos propios de esa valoración, en concreto la suficiencia probatoria para el enervamiento del derecho a la presunción de inocencia del acusado y a la razonabilidad de la misma. Pero sin que, en cualquier caso, por el mero hecho de la admisión de semejante prueba y su consiguiente incorporación al Juicio, se pueda hablar de vulneración de derecho fundamental, especialmente si la libre intervención de la Defensa en dicho acto y a lo largo del procedimiento desde que la prueba tuvo en él entrada permite confirmar que se cumplió también con el debido sometimiento al principio de contradicción, como en este supuesto ha acontecido, haciendo posible incluso la propuesta de prueba pericial que complementase, de haberse así solicitado, la documental videográfica.

En otras ocasiones, hemos admitido (Cfr STS 23-9-2008, nº 539/2008) la visión comprobatoria del contenido del vídeo en las *sesiones del juicio*, en cuya contemplación el tribunal pudo advertir la perfecta *concordancia* entre la fotograbación del mismo y el contenido del atestado.

Y también se ha señalado (Cfr STS 14-10-2002, nº 1733/2002; STS 27-9-2002, nº 1547/2002; SSTS. de 6-5-1993, 7-2, 6-4 y 21-5-1994, 18-12-1995, 27-2-1996, 5-5-1997 y 968/1998 de 17-7, entre otras muchas) que la captación de imágenes se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal, siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en *espacios públicos* fuera del recinto inviolable del domicilio donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad. Por ello cuando el emplazamiento de aparatos de filmación o de escucha invada el espacio restringido reservado para la intimidad de las personas sólo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial que constituye un instrumento habilitante para la intromisión en un derecho fundamental. No estarían autorizados, sin el oportuno placet judicial, aquellos medios de captación de la imagen o del sonido que filmaran escenas en el interior del domicilio prevaleciendo de los adelantos y posibilidades técnicas de estos aparatos grabadores, aún cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del recinto domiciliario. El material fotográfico y videográfico obtenido en las condiciones

anteriormente mencionadas y sin intromisión indebida en la intimidad familiar tienen un innegable valor probatorio, siempre que sea *reproducido en las sesiones del juicio oral*.

3. El tribunal de instancia en el apartado 2 de su fundamento de derecho primero, salió al paso de las objeciones de la defensa del acusado diciendo que : "Es irrelevante la fecha en que los vídeos han sido aportados a la causa. De ese solo dato no se deriva consecuencia jurídica alguna pues lo esencial es la autenticidad y legitimidad de la grabación, que es en realidad lo que cuestiona la parte.

Y en este punto el Tribunal pudo apreciar, como todos los presentes en el plenario, que las imágenes están editadas, concepto distinto de manipuladas. Es decir, no se visionó una grabación lineal del acto en el que se conmemoraba el trigésimo aniversario de la muerte de José Miguel Beñarán Ordañada, "Argala", sino una combinación de imágenes de diversas partes de ese acto enlazadas entre sí con criterios profesionales o artísticos -edición o montaje, en sentido cinematográfico- que no afecta por sí a la veracidad de lo visto.

La defensa insistió en la imposibilidad de valorar las grabaciones aportadas porque habiendo sido impugnadas en la fase de instrucción -cuando se vieron, según ella- la acusación no ha propuesto como prueba la testifical de los que la realizaron lo que, según la parte, infringe lo dispuesto en los artículos 324 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre documental privada, preceptos que son aplicables supletoriamente a la jurisdicción penal conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de dicha ley.

No puede aceptarse el planteamiento de la defensa porque:

a) El acusado, tanto en la fase de instrucción -folio 135 y siguientes- cuanto en la vista oral avala la veracidad de la grabación en tanto que admite que hubo danzas, versos, fotografía, ofrenda floral, discurso y que terminó este con la frase "Gora Argala", datos todos que se aprecian con claridad en las grabaciones.

b) Los artículos 326 y 319 LEC determinan la fuerza probatoria de los documentos privados sin que en ninguno de ellos se imponga la obligación a la acusación -en general, al que lo aporta- que la parte pretende.

c) La reproducción de la palabra, el sonido y la imagen como medio de prueba está específicamente regulada en el artículo 382 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que da a la parte proponente la posibilidad de aportar medios de prueba instrumentales y dictámenes que estime convenientes, añadiendo que *"las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido"*, lo que no se ha hecho."

Y, ciertamente, en el análisis que hace la sentencia recurrida de dichas imágenes escenografía, coreografía, puesta en escena, participación del Sr. Erkizia, no influye en absoluto ni el orden de dichas imágenes ni el montaje realizado. Toda vez que con las imágenes se puede comprobar claramente la colocación de un escenario, de una foto de grandes dimensiones del homenajeado presidiendo el acto, la existencia de danzas, versos e instrumentos tradicionales dirigidos al homenajeado, participación del homenajeado y últimas palabras del mismo, sin que pueda existir manipulación alguna que pueda alterar la percepción del tribunal sentenciador sobre lo que realmente ocurrió en dicho acto.

A mayor abundamiento, tal y como recoge la sentencia recurrida "el acusado, tanto en la fase de instrucción -folio 135 y siguientes- cuanto en la vista oral avala la veracidad de la grabación en tanto que admite que hubo danzas, versos, fotografía, ofrenda floral, discurso y que terminó con la frase "Gora Argala", datos todos que se aprecian con claridad en las grabaciones".

En el presente caso la grabación no hace otra cosa que corroborar lo manifestado por el Sr. Erkizia tanto en la instrucción como en el acto del juicio oral, como por algunos testigos en el mismo acto. Siendo las imágenes coincidentes con lo manifestado en lo relativo a la existencia de danzas, versos, fotografía, ofrenda floral, discurso y que terminó este con la frase "Gora Argala"; corroborando los elementos que conforman la acción delictiva en relación al desarrollo de los hechos y a la participación del Sr. Erkizia

A los fº 239 y ss, consta escrito de conclusiones provisionales de la defensa en que ninguna objeción se realiza a las grabaciones videográficas. Reconoce la participación del acusado en el hecho pero le niega la naturaleza de homenaje. En el acto del juicio, finalizada la práctica de la prueba, procede a impugnar las

imágenes de la grabación que se le han exhibido al acusado. Diciendo al respecto que explicará las razones de la impugnación. Se remite, asimismo, a lo manifestado por el acusado cuando declaró en el Juzgado.

No obstante, en la declaración prestada por el Sr. Erquizia en 16 de marzo de 2010, ante el Juzgado de Instrucción Central nº 5, asistido de su Letrada, se lee (fº 137) que: "Por SSª se le muestra en este acto el vídeo del acto. Preguntado si se identifica en la imagen, manifiesta que sí. Preguntado por los tres *goras*, manifiesta que sí los hizo, según aparece en lo que ha visto del vídeo. Preguntado por la foto de Argala detrás de él, y si esa fue su intervención, manifiesta que fue un acto de carácter político y no un homenaje a Argala. Y que su intervención fue más larga de la parte que se ha reproducido en este acto. *Por la letrado de la defensa se impugna el visionado del vídeo y el contenido del mismo , sin perjuicio de lo que haga a posteriori por escrito*".

A pesar de ello, la defensa del acusado, hoy recurrente, no realizó ninguna otra manifestación hasta haber finalizado la práctica de la prueba en el plenario en los términos que se ha referido.

Y debe significarse que en la Vista del juicio oral, el acusado en su declaración (Video 1.13 y ss, acta fº 160 y 161), a preguntas del Ministerio Fiscal y de su defensa, reconoció -de manera coincidente con lo constatado a través de las imágenes- que participó en el "recordatorio" de Argala , mediante un discurso político, que finalizó con el "gora Argala", efectuando la ofrenda floral detrás del atril donde posiblemente estaba la foto de aquél. Y que no sólo pidió que "se leyera en su integridad su intervención política, para entender lo que dijo, sin efectuar referencias a víctimas ni a partidos", sino que se reconoció durante el visionado de las grabaciones, y, en el curso de los largos minutos de preparación e interrupción del mismo por razones técnicas que hubo que soportar, nada alegó en contra de cuanto apareció en las reproducidas filmaciones.

Hay que coincidir con el Ministerio Fiscal que considera que carece el recurrente de legitimación para plantear ahora una cuestión que no fue suscitada en su momento y con la que se allanó. El acusado se reconoció durante el visionado de la grabación. De existir dudas respecto de la autenticidad de la misma, o de la manipulación que pudiera haberse hecho, hubiera sido preciso que con anterioridad a la práctica de la prueba en el

juicio oral, se hubiera precisado el motivo de la impugnación. De considerar no auténtica la grabación remitida por los medios de comunicación que asistieron al acto, pudo la parte interesar la práctica de la prueba pericial que determinara la existencia o no de manipulación. Quedando constancia, además, del contenido del vídeo tanto al acusado, como a su defensa, desde la primera declaración, tal actividad pudo desarrollarse en el momento procesalmente adecuado.

El hecho de aguardar hasta la finalización de la fase de prueba, momento completamente inidóneo para realizar ninguna otra actividad probatoria, pone de manifiesto la ausencia de buena fe procesal en la actuación de la parte, al aguardar a efectuar la tacha de la prueba cuando ya no es susceptible de comprobación alguna.

Ni durante la instancia, ni en esta alzada, se precisa qué imagen/imágenes o qué expresión de las que aparecen en la prueba videográfica, no se corresponden, según la opinión de la parte, con la realidad y habrían sido objeto de alteración, determinando la mendacidad de la prueba y la imposibilidad de su valoración por un tribunal de justicia.

Por lo demás, no es equiparable la exigencia del cumplimiento de los requisitos establecidos para una grabación efectuada en el curso de una investigación criminal, por miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, con aquella otra que tiene lugar con motivo de la celebración de un acto en un espacio público. Sobre todo, teniendo en cuenta que dicha celebración se lleva a efecto en la plaza de un pueblo, precisamente, a los efectos de dar publicidad y trascendencia mediática a lo allí acaecido.

En contra de lo pretendido, en el motivo no puede estimarse la vulneración del derecho a un juicio con todas las garantías. Como ya se ha expresado, la renuncia al uso de una herramienta procesal, como sería la solicitud de una prueba pericial sobre las grabaciones, por la parte que ahora formula casación, no puede considerarse infracción de una garantía, en tanto existían y estuvieron a su disposición durante toda la instrucción de la causa.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- El tercer motivo se configura, al amparo de lo dispuesto en el art 5.4 LOPJ, y 852 LECr, por vulneración del derecho fundamental del art 24 CE. **a la presunción de inocencia.**

1. Para el recurrente, de lo que afirma la sala de instancia no hay más prueba que un vídeo obtenido ilegalmente, que constituye un montaje de lo sucedido, cuando en realidad no hubo sino un acto familiar, de no más de 50 personas, familiares de Argala, celebrado en la plaza que lleva su nombre en Arigorriaga, obviando la sala que el Sr. Beñaran, "Argala", figura en el listado de víctimas del terrorismo, aprobado por el Parlamento vasco; así como ha olvidado las otras facetas de aquél, distintas de su pertenencia a ETA, como puso de manifiesto el testigo funcionario del CNP 77665. Igualmente no se ha practicado prueba alguna sobre el cartel, sobre el que el acusado ha negado todo conocimiento, realización o existencia, y que como consta en autos -fº 50 a 52- no convocaba a acto alguno, aparece en una pared, es manuscrito y no acredita lo que la sentencia señala. El resumen que efectúa en su informe la Comisaría de Información sobre lo publicado en Prensa, refleja que no hay una sola frase de enaltecimiento o loa a "Argala" como miembro de ETA, y la testifical del PN 77665 igualmente lo demuestra. Finalmente, la sala niega que el recurrente tuviera amistad con Argala, prescindiendo, sin valorarlo, de lo dicho por el acusado y por el testigo hermano de Argala". Y en el acto de la Vista del recurso, la Letrada del recurrente añadió, en refuerzo de lo ya expuesto, el informe elaborado por la Ertzaintza, obrante al fº 84 de las actuaciones.

2. Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SSTs. 1126/2006 de 15.12, 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2, cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un

raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "*nemo tenetur*" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE. que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser

condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- en primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

- en segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de

cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

- en tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena (Cfr SSTC 68/98, 85/99, 117/2000, 4 de junio de 2001 ó 28 de enero de 1002, ó de esta Sala 1171/2001, 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 528/2007 entre otras).

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECr y de la inmediación de que dispuso, inmediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar .

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la

sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas (Cfr SSTs de 10 de junio de 2002, 3 de julio de 2002, 1 de diciembre de 2006, 685/2009 de 3 de junio), y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

Asimismo se debe señalar que el Tribunal Constitucional (SSTC. 109/2009 de 11.5, 108/2009 de 11.5), viene sosteniendo que a falta de prueba directa de cargo también la prueba *indiciaria* puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados;
- 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados;
- 3) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia;
- 4) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre (F. 2), «en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes» (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, F. 4; 124/2001, de 4 de junio, F. 12; 300/2005, de 21 de noviembre, F. 3; 111/2008, de 22 de septiembre, F. 3).

Como se ha dicho en STC. 135/2005 de 30.6, el control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o

imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional -y el Tribunal Supremo en su caso- ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento «cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada» (STC 229/2003, de 18 de diciembre, F. 4).

3. Por lo que se refiere al caso que nos ocupa, como ya se ha visto al contestar a los anteriores motivos, no procede la estimación de ninguno de ellos. Desde luego, no cabe modificar la valoración que de las danzas efectúa la Sala de instancia, como tampoco entender ilícitamente aportada la prueba videográfica al procedimiento.

En todo caso, se considera que existe prueba inculpatória idónea y suficiente que sustenta la convicción del juzgador, desvirtuando correctamente la presunción de inocencia.

Se alega por el recurrente que se trataba de un acto familiar puesto que fue convocado por el hermano de Argala y asistieron unas 50 personas, familiares del mismo. Se defiende la declaración de atipicidad de los mismos. Los actos familiares -en contra de lo que ocurre con los enjuiciados- son realizados en locales privados, sin que para ello, se proceda a solicitar permiso alguno para la celebración del acto. Es más, no queda muy clara cual es la línea interpretativa del recurrente sobre si era un acto familiar, o era un acto político.

Además, la sentencia recurrida no se basa únicamente en las imágenes del vídeo aportado, sino que para llegar a la conclusión final utiliza las fotos obrantes a las actuaciones, en concreto Informe del Cuerpo Nacional de Policía, Comisaría General de Información de 17 de noviembre de 2009 informando sobre Acto celebrado en Arrogorriaga en fecha 21.12.2008, folio 73 y siguientes.

Lo cierto es que aun cuando se tratara de una convocatoria organizada por el hermano de "Argala", es evidente y notorio que se trataba de un homenaje a un terrorista integrante de ETA hasta su muerte, que no se ceñía, al ámbito familiar. Como

refiere el mismo recurrente, el citado hermano, como organizador, declaró que era un acto de carácter político en recuerdo de su hermano; en el informe de la Policía Autonómica (fº 84) se hace referencia a la autorización para la celebración de una manifestación. Manifestación que se llevó a cabo en lugares públicos.

En todo caso, como apunta el Ministerio Fiscal, tal como recogió la sentencia de instancia, la cuestión ya fue resuelta por esta Sala en STS nº 585/2007, de 20 de junio, cuando indicó que *"Conviene aclarar genéricamente que, según muestra la experiencia general: a) La función política o la afectuosa remembranza familiar, no excluye la de loa a la personalidad terrorista. Siendo innecesaria la cita de cómo a lo largo de la Historia aparecen unidos actos criminales de enorme envergadura con la Política o con honras funerarias. b) En una concurrencia de personas gozan de tanta riqueza semiótica las palabras como los gestos; así el ofrecimiento de unas flores, sin otro acompañamiento que el de música o el de aplausos"*.

Y es precisamente esto, la loa a la personalidad del terrorista José Miguel Beñarán Ordeñana lo que la sentencia fija como hecho probado y como sustento para la condena del Sr. Erkizia Almandoz.

En primer lugar, pese a los intentos de mostrar lo contrario, quedó patente (tanto por la imágenes vistas en el plenario, como en las fotografías aportadas por los Informes policiales obrantes en las actuaciones) que el acto en cuestión constituía un homenaje a José Miguel Beñarán Ordeñana, "Argala", al tratarse de un acto celebrado en honor suyo en el aniversario de su muerte y con claras muestras de veneración y respeto como son: la fotografía de grandes dimensiones del homenajeado presidiendo el acto desde el escenario, la utilización durante el acto de instrumentos tradicionales y el recital de versos improvisados en honor del homenajeado, el baile o dantza representado de cara a la fotografía del homenajeado que presidía el acto, y la colocación de claveles rojos al pie de la fotografía como señal de respeto. Todos estos detalles son los que le llevan a la Sala de instancia a determinar que *"todos estos gestos no pueden interpretarse sino como que el acto tenía por finalidad la loa a Argala"*.

En segundo lugar, tal y como reconoció el Sr. Erkizia en fase de instrucción, no hay duda de que el Sr. Erkizia participa en dicho

acto como máximo protagonista del mismo. Para justificar su participación en dicho acto, la parte recurrente defiende la relación personal existente entre el Sr. Erkizia y el homenajeado tal y como sostuvieron el acusado y D. Pablo Beñarán Ordeñana en el acto del juicio oral, si bien es cierto que ambos testigos reconocieron en el acto del juicio oral, que a pesar de tratarse de un acto que se lleva realizando durante mucho tiempo todos los años, era la primera vez que el Sr. Erkizia participa en el mismo así como la circunstancia que el propio acusado manifestó de haber coincidido únicamente ambos, cuando eran jóvenes, en la Universidad de Deusto, en diferentes carreras, un año, sin haber vuelto a atener en ningún otro momento relación de amistad. Por lo que esa relación personal no debía de ser tan íntima como se intentó hacer ver por parte de su defensa.

A mayor abundamiento, del análisis del comportamiento del Sr. Erkizia en el acto no hay duda de que la intencionalidad del mismo no era otra que la loa y el reconocimiento a la persona de Argala. En concreto nos estamos refiriendo a la colocación de un clavel rojo ante la gran foto de "Argala" que presidía el acto y los gritos, ¡Gora Euskal Herria askatuta", Gora Euskal Herria euskalduna" y "Gora Argala". ¡Viva Euskal Herria libre! ¡Viva Euskal Herria vasca! ¡Viva Argala!, con los que el condenado terminó su alocución.

En tercer lugar es un hecho notorio la condición de dirigente de la organización terrorista ETA del homenajeado y su relevancia dentro de ETA y su entorno por sus contribuciones "políticas" dentro de la banda y por el desarrollo de teorías con gran trascendencia dentro de ETA como lo fue la conocida como "Teoría del desdoblamiento". No conociéndosele ninguna otra cualidad a Argala que le pudiera hacer objeto de ningún tipo de loa o reconocimiento más que su papel relevante dentro de la organización terrorista. A esta conclusión llega la Sala de instancia en base a las declaraciones del testigo miembro del Cuerpo Nacional de Policía con número 77.665 que ratificó los dos informes que constan en la causa sobre quién era Argala y su participación en la actividad de ETA.

Los periódicos, nos indica esta sentencia, "en sí no pueden ser reputados, sin más, prueba de lo que se dijera o hiciera en el acto, pero la existencia de la noticia en los diarios sí es prueba de la repercusión pública que tuvo el acontecimiento".

Por lo demás, respecto de los carteles, las fotografías obrantes a los folios 50 y siguientes dan cuenta de que, efectivamente, se encontraban pegados en la calle exponiendo la doctrina del homenajeado. La repercusión mediática, también queda puesta de manifiesto con las reseñas de DEIA.com que refiere cómo Erkizia pide en un homenaje a "Argala" de la izquierda abertzale, "reflexión" y tome el camino "que más dañe al Estado". (Folios 45 y 46). De igual modo consta al folio 43 reseña del diario El País, con el titular "manifestantes corean vivas a ETA antes de un homenaje al etarra Argala".

Así, con base en el análisis realizado de la prueba practicada en el acto del juicio oral se puede determinar -tal y como hace la sentencia recurrida- que tanto de la participación del Sr. Erkizia, como por sus palabras y gestos, por el contexto en el que se produce dicha participación y de la repercusión del acto, que la voluntad del condenado no era otra que la de ensalzar la figura de José Miguel Beñarán Ordeñana, alias Argala.

En definitiva, la prueba videográfica, pero también la declaraciones del acusado, reconociendo su intervención en el acto, la prueba testifical y la documental fotográfica constituyen, claramente, acervo probatorio bastante en el que sustentar la convicción del juzgador respecto del modo en que ocurrieron los hechos y la participación que en los mismos tuvo el acusado. Lo que permite el dictado de una sentencia condenatoria, que incorpora en su fundamentación, una razonada, por lo mismo inalterable, valoración de la prueba.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- El cuarto motivo se configura, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ, y 852 LECr, por vulneración del derecho fundamental de los arts 20 y 16 CE, a la **libre expresión de las ideas y la participación política**.

1. Se alega que la condena se ha producido imputándose al acusado una manifestación "Gora Argala" que se considera como loa a un terrorista miembro de ETA, pero la conducta del Sr. Erkizia no supone sino la libre expresión de un discurso político en el marco de una confrontación ideológica propia de un Estado de derecho, en el que el pluralismo político es la base, y donde se explicó la posición de la izquierda abertzale con respecto a la coyuntura política del momento, y el recuerdo a una persona fallecida de la que se ha sido amigo, sin otra trascendencia.

2. La antecitada STS 585/2007, de 20 de junio, respondiendo aun motivo similar al ahora examinado, precisó que "el art. 1 CE proclama, como uno de los valores superiores del ordenamiento propio del Estado democrático de derecho, al pluralismo político, al que va ligado el derecho a la libertad ideológica, a que se refiere el art. 16. El art. 23 reconoce el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. El art. 22, el derecho de asociación. El art. 21, el derecho de reunión. Y el art. 20, los derechos de libertad de expresión y de información, si bien establece que esas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el mismo Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia".

Y la misma resolución, sigue diciendo que "la jurisprudencia constitucional, en la sentencia del 12-12-1986, ha destacado el papel primordial que la **libertad de expresión** juega en una sociedad democrática y la necesidad de interpretar restrictivamente los tipos penales que inciden en ella. Más el TEDH -sentencias de 15-9-1997, 9-6-1998, 10-7-1998, 30-1-1998 y 23-9-1998- ha declarado por vía de principio que, en una sociedad democrática, determinadas **restricciones** a la libertad de expresión pueden ser **legítimas y necesarias** ante conductas que puedan incitar a la violencia o que puedan provocar especial impacto dentro de un contexto terrorista. El legislador español, mediante la reforma del Código penal, a través de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, ha introducido un nuevo texto en el art. 578 para incluir el tipo que la Audiencia ha aplicado. Y el órgano constitucional competente para ello no ha declarado inconstitucional tal precepto. Por ende, aún reconociéndose la tensión entre el derecho a la libre expresión y el tipo del art. 578, la Audiencia no incidió en el quebrantamiento inconstitucional de derecho alguno al aplicar el art. 578, si ajustándose al relato fáctico que estima probado y que según hemos visto debe ser aceptado, ha efectuado una interpretación restrictiva del tipo penal".

Por su parte, la STEDH nº 2034/2007, de 15 de marzo (Caso Otegui Mondragón c. España, parágrafo 48) proclama que "la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y de la plenitud de cada uno. Bajo el párrafo 2 del art 10, caben no solamente las informaciones o las

ideas acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también las que hieren, chocan o inquietan: así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no hay "sociedad democrática" (Handyside c. Royaume-Uni, 7 de diciembre de 1976; Lindon, Otchakovsky-Laurents et July c. France, etc)... Tal como la consagra el art 10, se combina con excepciones que exigen, sin embargo una interpretación estrecha, y la necesidad de restringirla debe estar establecida de manera convincente".

En nuestra STS nº 299/2011, de 25 de abril, indicamos que "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.

¿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 aterrizamiento 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 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.

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 num. 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.

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".

3. Y ciertamente, en ese contexto es donde tienen lugar los hechos declarados probados. En el presente caso nos encontramos con un acto de indudable "homenaje" a un dirigente de la organización terrorista ETA. Organización que viene atemorizando y causando dolor a la sociedad española en general, y a la vasca en particular, durante ya más de cincuenta años. La sala de instancia examina el entorno y circunstancias en los que se producen las manifestaciones del acusado. La convocatoria de una manifestación en un espacio público, realizada con fotografías y textos de un miembro de ETA, militante activo hasta su fallecimiento, hondeando la ikurriña, con ejecución de bailes de rendición de honores, en ese acto y circunstancias el acusado realiza su intervención, colocando un clavel rojo sobre el soporte en que se apoyaba una gran fotografía de Argala, y tomando después la palabra, acabó profiriendo como final de su actuación los gritos de "Gora Euskal Herria askatuta", "Gora Euskal Herria euskalduna" y "Gora Argala", a los que respondió el público convocado.

Debe significarse que, (a diferencia de lo acontecido en otras ediciones de la conmemoración del aniversario con respecto a otros oradores) no es el contenido de las palabras pronunciadas en su discurso por el Sr. Erkizia recogidas parcialmente en el *factum*, y reflejadas en la grabación, que fue reproducida ante el acusado y el tribunal de instancia -siendo invocada por el acusado y su defensa repetidamente, a pesar de su impugnación

en este recurso-, por independentista y contrario a la subsistencia del actual sistema constitucional, que sea, lo que resulta incompatible con el derecho a la libre expresión de ideas y libertad ideológica, sino que es el conjunto de actos desarrollados en honor del homenajeado con la participación del acusado como principal invitado, quien terminó su alocución con la expresión *gora Argala* (Arriba Argala), estando presente en el desarrollo de la danza, música, versos y efectuación personal de ofrenda floral, lo que excede de los límites legales del ejercicio del expresado derecho constitucional.

La pretendida disociación entre el estricto homenaje familiar a una persona, en el aniversario de su fallecimiento, y el enaltecimiento público de esa misma persona, en su cualidad de miembro destacado de una organización terrorista, como es ETA, no puede efectuarse. El desarrollo de todas las fase del descrito acto, con manifestación pública posterior de unas 250 personas por el casco urbano de la población, y el contexto de aquél, en un lugar tan señalado y público como los soportales de las antiguas escuelas municipales, ubicadas junto al Ayuntamiento (ver informe de la Ertzanza, fº 84), no lo permiten.

Se ha de tener presente que, desde luego, no estamos ante una simple criminalización de opiniones discrepantes, como también que el bien jurídico protegido se centra en combatir los actos dirigidos 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." (STS 5-6-09).

La notoriedad de la trayectoria del citado "Argala" y las circunstancias en las que se realizan los actos, permiten al Tribunal de instancia, concluir, acertadamente, que la mencionada tensión entre el derecho de libertad de expresión y la realización de los elementos del tipo del art. 578 CP, ha de resolverse a favor de éste. En el caso examinado resulta la procedencia de la condena de Tasio Erkizia, siendo su conducta penalmente incardinable en el delito de ensalzamiento, previsto y penado en dicho precepto. Sin que ello conlleve el resentimiento constitucional que se pretende.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

QUINTO.- El quinto motivo se formula **por infracción de ley**, al amparo de lo dispuesto en el art 849.1 LECr, entendiéndose infringido el art 578 CP por su aplicación indebida.

1. Se sostiene que, conforme a la jurisprudencia, tanto en el "enaltecimiento" como en la "justificación" deben utilizarse expresiones que lleven, sin necesidad de esfuerzo alguno, a la conclusión de que se están ensalzando o justificando comportamientos individuales o colectivos de ETA y sus miembros, en este caso del Sr. Argala. Lo acontecido fue un acto familiar, con una repercusión pública mínima. Y la expresión "gora", depende de la intención, del énfasis, entonación y contexto, siendo su uso tanto religioso como laico, amistoso y cordial e incluso humorístico. Por otra parte, la sentencia habla de halago" es decir, dar muestras de afecto, o agradar a alguien, y ello no es sinónimo ni similar a "ensalzar", enaltecer o justificar, conforme al art 578 CP.

2. El tipo penal aplicado esta contenido en el art. 578 CP donde se castiga "el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los arts 571 a 577 de este Código, *o de quienes* hayan participado en su ejecución..."

Ya vimos, en relación con los motivos anteriores a los que nos remitimos, como el acto excedió de la mera conmemoración familiar. El *factum* de la sentencia de instancia destaca que : "El referido (acusado) el día 21 de diciembre de 2008 participó como principal orador en un acto celebrado en la localidad de Arrigorriaga (Vizcaya) en recuerdo y loa del responsable de la organización E.T.A. José Miguel Beñaran Ordeñana, alias "Argala", quien había sido asesinado treinta años antes en la localidad francesa de Angelu.

El acto fue publicitado mediante carteles pegados en las calles en los que se transcribía un texto atribuido a Argala que dice:

"La lucha armada no nos gusta a nadie, la lucha armada es desagradable, es dura, a consecuencia de ellas se va a la cárcel, al exilio, se es torturado; a consecuencia de ella se puede morir, se ve uno obligado a matar, endurece a la persona, le hace daño, pero la lucha armada es imprescindible para avanzar"

Para su celebración se colocó una carpa y en su interior una tarima o escenario elevado en el que, en su lado derecho desde el

punto de vista del público asistente, había, sobre un caballete, una gran fotografía del miembro de ETA cuya figura se ensalzaba; en el centro, una pantalla en la que se proyectaron fotografía de miembros encapuchados de la banda terrorista y de presos y, a la izquierda, un atril desde el que el acusado pronunció un discurso, todo ello presidido por un cartel con el lema "*Independentzia Sozialismo 1949-1978*", en referencia a la fecha de nacimiento y muerte del llamado Argala.

Durante el homenaje a "Argala" actuaron bailarines o "*dantzaris*" que ejecutaron una "*Ezpatadantza*" o danza de espadas, baile de conmemoración y rendición de honores en el que los bailarines saludan con espadas de forma similar a la presentación de armas de los actos militares y también se ejecutó una "*Ikurrin dantza*" o danza de la bandera en la que los danzantes adoptaron postura genuflexa frente al escenario, inclinando la cabeza hacia el suelo mientras en el centro un abanderado ondeaba la ikurriña sobre ellos, tras lo cual depositaron claveles rojos ante la fotografía de Argala.

También intervinieron versolaris -improvisadores populares de versos en euskera- y músicos que tocaban instrumentos tradicionales vascos como la txalaparta, entre otros.

El discurso del acusado Tasio Erkizia Almandoz fue el momento central del acto. En él pidió "*una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático*" y terminó con los gritos "*¡Gora Euskal Herria askatuta*", "*Gora Euskal Herria euskalduna*" y "*Gora Argala*" -¡Viva Euskal Herria libre! ¡Viva Euskal Herria vasca! ¡Viva Argala!, gritos que fueron respondidos por el público.

Previamente, al subir al escenario, Erkizia colocó un clavel rojo sobre el soporte en el que se apoyaba la fotografía de Argala.

El acusado no había tenido relación de amistad ni trato o contacto especial con José Miguel Beñarán Ordañana, "Argala", cuya única actividad conocida fue su pertenencia, como dirigente, de ETA, grupo organizado que usando armas, explosivos y otros medios, comete delitos contra aquellos que no comparten su proclamada finalidad de conseguir la independencia de "Euskal Herria".

A partir de tal delimitación factual, se hace oportuno recurrir a la doctrina de esta Sala para determinar la naturaleza y características del tipo penal aplicado.

"Hay que recordar que en cuanto a los elementos que vertebran este delito de modo pacífico esta Sala en numerosas resoluciones, SSTS 149/2007 de 26.2, 587/2007 de 26.6, 539/2008 de 23.9, 676/2009 de 5.6, 1269/2009 de 21-12, 224/2010 de 3.3., 597/2010 de 2.6, 299/2011 de 25.4, 523/2011 de 30.5, ha señalado los siguientes:

1º.- La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo.

Justificar quiere decir que se hace aparecer como acciones ilícitas legítimas, aquello que sólo 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 artículos 571 y 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 varias de tales personas. Pueden cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o coparticipantes en esta clase de actos delictivos.

3º.- Relación de enaltecer o justificar, ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser un periódico, 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." STS 21-7-01)

Con la sentencia de instancia hay que coincidir en que "enaltecer, según el Diccionario de la Real Academia Española, es sinónimo de ensalzar, que significa engrandecer, exaltar, alabar.

Exaltar, es elevar a alguien o a algo a gran auge o dignidad, realzar el mérito o circunstancias de alguien.

Alabar es elogiar, celebrar con palabras.

Se coloca así al ensalzado, exaltado o alabado en una posición preferente de virtud o mérito convirtiéndolo en referente y ejemplo a imitar.

El que enaltece -sujeto activo del delito- otorga a los delitos de terrorismo y a los que en ellos intervienen -autores y partícipes- la condición de modelo a seguir, otorgándoles un valor de asimilación al orden jurídico, pese a contradecirlo frontalmente.

"Justificar" es, también según el diccionario, probar una cosa con razones convincentes o con testigos o documentos y también hacer justo algo."

Y la propia resolución de instancia destaca que los elementos objetivos del tipo del art 578 CP exigen, por lo que concierne al caso que en el acto colectivo se llevara a cabo la loa de "Argala" con intervención del acusado, y, como antecedente, que esa loa estuviera vinculada a la conducta terrorista del ensalzado, para lo que ha de tenerse especialmente en cuenta a efectos de valoración de la prueba que *"en una concurrencia de personas gozan de tanta riqueza semiótica las palabras como los gestos"* (STS 20.06.2007 antes citada).

Además es preciso que el acto haya tenido cierta repercusión pública, pues el tipo penal exige, que el enaltecimiento se haga por cualquier medio de expresión pública o difusión.

Se explica igualmente que: "a) De un lado, quedó patente por las imágenes vistas en el plenario que el acto es un homenaje a José Miguel Bañarán Ordeñana, "Argala", pues es un acto que se celebra en su honor, con claras muestras de veneración y respeto hacia él con motivo del trigésimo aniversario de su fallecimiento.

Esta conclusión la extrae el tribunal de los siguientes hechos apreciados directamente en las imágenes:

1. En el escenario -elevado sobre el nivel del suelo para que fuese perfectamente visible-, sobre un caballete, hay una gran fotografía de Argala.

2. Durante el acto se tocan instrumentos tradicionales -txalaparta, txistu, etc.- y se recitan versos improvisados en su honor.

3. Se baila una "*ezpatadantza*" o baile de espadas, danza siempre ligada a la conmemoración o a la rendición de honores y, en nuestro caso, con esta última función pues, como claramente se aprecia en las imágenes, los bailarines saludan militarmente con las espadas a la fotografía que hay sobre el estrado

4. También bailan una *Ikurrin dantza* o baile de la bandera en la que se ondea la Ikurriña sobre la cabeza humillada de los danzantes, que están en postura genuflexa de frente al estrado (véase también la fotografía al folio 82).

5. Y, se depositan claveles rojos al pie de la fotografía como señal de respeto.

Todos estos gestos no pueden interpretarse sino como que el acto tenía por finalidad la loa de Argala.

Por último, que en él interviene el acusado como máximo protagonista es algo inconcluso y está admitido por él mismo tanto en fase de instrucción como en el plenario.

b) De otro lado, que la loa tenía por objeto la conducta terrorista del homenajeado queda patente por varios hechos, singularmente porque:

1. A José Miguel Beñarán Ordeñana, Argala, no se le conoce otra actividad que la terrorista.

Es un hecho notorio que fue dirigente de la banda y su gran influencia en la pervivencia del terrorismo etarra tras la instauración del Estado democrático.

2. Así quedó acreditado, además, por las declaraciones del testigo miembro del Cuerpo Nacional de Policía con número 77.665 que ratificó los dos informes que constan en la causa sobre quién era Argala y su participación en la actividad de ETA y por los propios carteles que convocaban al acto y en los cuales aparece una leyenda con palabras de Argala en las que dice que "*La lucha armada no nos gusta a nadie, la lucha armada es desagradable, es dura, a consecuencia de ellas se va a la cárcel, al exilio, se es torturado; a consecuencia de ella se puede morir, se ve uno obligado a matar, endurece a la persona, le hace*

daño, pero la lucha armada es imprescindible para avanzar"
(por todos, folio 50 de autos).

3. Durante el acto se proyecta en una pantalla situada en el centro del escenario imágenes en las que se ve a varios encapuchados sentados tras una mesa con los símbolos y anagrama de ETA, así como imágenes de presos.

c) Finalmente, la aparición de la noticia en los medios de difusión, periódicos y noticiarios de televisión, es prueba de la repercusión pública del acto, como afirma la tan citada STS de 20.06.2007.

Consecuentemente, dándose todos los elementos integrantes del tipo penal aplicado, este motivo también ha de ser desestimado.

SEXTO.- Al desestimarse el recurso de casación se han de imponer al recurrente las **costas** procesales, conforme a lo previsto en el art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

III. FALLO

-

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. TASIO ERKIZIA ALMANDOZ**, contra la sentencia dictada el día 3 de mayo de 2011 por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, en la causa seguida contra el mismo, por delito de **enaltecimiento del terrorismo**.

Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

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

D. Juan Saavedra Ruiz D. Joaquín Giménez García D. José Ramón Soriano Soriano

D. Francisco Monterde Ferrer D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:14/03/2012

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR.
MAGISTRADO D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA,**

respecto de la Sentencia nº 180/2012 de fecha 14 de Marzo de 2012, recaída en el Recurso de Casación 1638/2011, interpuesto por la representación de Tasio Erkizia Almandoz, contra la Sentencia de la Sección I de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 3 de Mayo de 2011.

Lamento no poder compartir la decisión de mis compañeros de Tribunal que han rechazado el recurso de casación formulado por la representación del condenado en la instancia Tasio Erkizia Almandoz como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo.

Mi discrepancia se centra con la valoración final que realiza la sentencia de los tres elementos fácticos que, en definitiva, le han llevado a confirmar la sentencia condenatoria dictada por la Audiencia Nacional.

Primero.- Obviamente comparto la doctrina general sobre el bien jurídico que resulta atacado con el delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 Cpenal en la forma de enaltecimiento o justificación del terrorismo o sus autores.

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 recoger 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 20-1ºa) 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? nos preguntábamos en la STS 224/2010 de 3 de Marzo que también se cita en la sentencia de la mayoría.

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.

Pues bien, en relación al presente caso del análisis concreto de las concretas expresiones proferidas en el acto por el recurrente, del escenario y simbología allí existentes, y finalmente, de todas las demás circunstancias que concurrieron en el acto, estimo que, al contrario de la conclusión alcanzada por la mayoría de la Sala, no existió, a mi juicio, una exaltación del terrorismo o de sus autores.

1- El motivo del acto.

Se trataba de conmemorar el XXX Aniversario de la muerte de José Miguel Beñaran Ordeñana, alias "*Argala*", miembro de la organización terrorista ETA.

Son hechos indubitados tanto su condición de miembro de ETA como que fue asesinado en Angelu (Francia).

Igualmente es claro que se trató de un acto publicitado en la localidad de Arrogorriaga y que tuvo lugar en un espacio público con asistencia de numeroso público.

2- El escenario en el que se celebró el acto.

Estaba constituido por una foto de gran tamaño de José Miguel Beñaran --Argala-- situada en un caballete a cuyos pies hay claveles rojos. En ninguno de los tres videos que obran unido a las actuaciones no se observa ninguna simbología relativa o alusiva a ETA.

Durante el homenaje se ejecutaron varias danzas, en concreto la "*Espatadantza*" y la "*Ikurrin dantza*", y se depositaron claveles rojos al pie del caballete donde estaba la foto.

3- Las palabras dichas por el recurrente.

D. Tasio Erquizia --el recurrente-- fue el orador principal del acto. En dos hechos probados de la sentencia se recogen las siguientes palabras:

"...pidió... "una reflexión (para) escoger el camino más idóneo, el camino que más daño haga al Estado que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático" y terminó con los gritos "Gora Euskal Herria Euskalduna "Gora Euskal Herria Euskalduna" y "Gora Argala".

Este Magistrado discrepante ha visionado los tres videos. Realmente los interesantes a los efectos de la causa son dos, en uno de ellos se recoge un fragmento del discurso del recurrente, muy probablemente la parte final. El recurrente terminó en estos términos:

"Es necesario unir las fuerzas".

"Unir las fuerzas"

"Hay masa crítica"

"Hay suficiente población en este pueblo para llevar a un escenario democrático".

"Gora Euskalerrria Askatuta"

"Gora Euskalerrria Euskalduna"

"Gora Argala".

En el otro video, se recoge lo que parece ser el principio de su parlamento. El recurrente lleva un clavel rojo en la mano que, ya en el estrado, deposita a los pies de la foto de Argala que hay en el caballete, y luego se dirige a la concurrencia. Sus palabras fueron estas:

"...Hemos conseguido en estos 30 años con mucho sufrimiento, esfuerzo y trabas, y también con equivocaciones pero con una entrega total llegar a una crisis de las instituciones actuales.

Es necesario dar un paso más, de la resistencia a la construcción. Sin la izquierda abertzale no hay futuro para Euskalerrria y ellos lo saben muy bien.

Tenemos una grandísima responsabilidad.

Es momento de reflexión, de seguir trabajando con confianza, para recorrer el camino más idóneo, el camino que haga más daño al Estado.

El camino que conduzca a este pueblo a un escenario democrático.

Nuestros objetivos son políticos al llevar a este pueblo a un escenario democrático.

Es el momento de reflexión.

Escoger el camino más idóneo.

Podemos ganar....".

Segundo.- Mi valoración a la vista de todos los datos expuestos es que se está en presencia de un homenaje a Argala, un histórico de la organización terrorista ETA, que fue asesinado --obviamente-- por un terrorismo de sentido contrario en Francia. Este es un dato reconocido en la sentencia y que, a mi juicio, es

inescindible de su condición de miembro de ETA, precisamente el acto era en conmemoración del XXX Aniversario de su asesinato.

Ni en el escenario, ni en las palabras del recurrente existió una alabanza del terrorismo, ciertamente se homenajeaba a Argala en el aniversario de su asesinato y las palabras del orador, precisamente iban en el sentido de buscar vías pacíficas sin referencia así como alusiones a la actividad terrorista como medio idóneo para conseguir objetivos políticos y esta valoración la efectuó en referencia a la frase que puede considerarse como más violenta, me refiero a "*para recorrer el camino más idóneo, el camino que haga más daño al Estado*".

Obviamente esta frase, aislada de todo el contexto que la rodea antes y después de ser dicha, podría llevarnos a que se trata de un canto a la violencia terrorista, pero integrada en el discurso completo, lleva de forma inequívoca a otra conclusión que no es otra que la de una apuesta por las vías democráticas, de ahí la llamada a la reflexión y a la responsabilidad de la izquierda abertzale, porque puede ganar con la aceptación del juego democrático. La referencia al "*daño al Estado*" no está referida a mi juicio al daño derivado de la actividad terrorista, sino al de la aceptación del juego democrático.

El final de sus palabras es inequívoco, es un canto a la unidad de fuerzas desde una posición crítica.

Creo que esta valoración está más acorde con el discurso valorado en toda su integridad.

Por lo que se refiere a las danzas que se interpretaron, es claro que tienen un mensaje de reverencia y homenaje como se reconoce en el informe de la Asociación Euskal Folklor Elkartea y al que se refiere la sentencia, no son danzas militares, aunque tengan un origen guerrero, lo que es frecuente en muchas manifestaciones folklóricas, pero tal homenaje no se puede escindir del origen del acto que fue, como se ha dicho, de rendir un homenaje a Argala, asesinado por un terrorismo de signo contrario pero igualmente rechazable y condenable, y, aprovechando el acto se hizo una llamada a la reflexión y a la unidad de la izquierda abertzale.

En esta situación, considero que en relación a la averiguación de los elementos subjetivos del tipo de enaltecimiento, (los cuales

solo pueden ser aprehendidos a posteriori, en un juicio lógico-inductivo que partiendo de los datos objetivos acreditados nos permita llegar a la conclusión condenatoria), considero, insisto, que los datos objetivos expuestos y analizados, carecen de la consistencia y rotundidad para superar el canon de certeza "*más allá de toda duda razonable*", que como se sabe es el canon de certeza exigible para toda condena según la reiterada jurisprudencia del TEDH, Tribunal Constitucional y de esta propia Sala.

No se está ante una manifestación del discurso del odio y del exterminio del disidente que tantas veces se ha escuchado en Euskadi, o al menos hay unas dudas tan razonadas como he tratado de exponer, que deben desembocar en virtud del principio "*favor libertatis*" a la absolución.

A mi juicio, se está en una situación del todo semejante a la analizada en la sentencia de esta Sala, 224/2010 en la que se absolvió la alcaldesa de Hernani, de un delito de exaltación del terrorismo.

En conclusión, debió estimarse el recurso y absolver al recurrente.

Fdo.: Joaquín Giménez García

PUBLICACION.- Leída 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.