

*Procedimiento abreviado número 57/09 del
Juzgado Central de Instrucción núm.5
Rollo de Sala núm. 14/10.*

AUDIENCIA NACIONAL

SALA DE LO PENAL

Sección Primera

SENTENCIA Núm. 24/2011

Presidente:

Ilmo. Sr. Don Javier Gómez Bermúdez.

Magistrados :

Ilma. Sra. Doña Manuela Fernández Prado.

Ilmo. Sr. Javier Martínez Lázaro.

En nombre del Rey

La sección primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, constituida en audiencia pública por los magistrados 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 Madrid a 3 de mayo de 2011.

Vista, en juicio oral y público, la causa procedente del procedimiento abreviado núm. 57/09 del Juzgado Central de Instrucción número 5, por delito enaltecimiento del terrorismo contra:

TASIO ERKIZIA ALMANDOZ, con D.N.I número 15328434-S, nacido el día 23 de octubre de 1943, Lesaka, Navarra, hijo de Luis y Rufina, sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa de la que no ha estado privado; representado por el procurador Sr. Cuevas Rivas y defendido por la letrada Sra. Goirizelaia ,

Es parte el Ministerio Fiscal, que ejerce la acción pública y la Asociación Dignidad y Justicia que ejerce la acción popular.

La ponencia corresponde al Ilmo. Sr. Don Javier Gómez Bermúdez, que por medio de la presente expresa el parecer del Tribunal

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, se incoaron diligencias por delito de enaltecimiento del terrorismo contra Tasio Erkizia Almandoz que dieron lugar al procedimiento abreviado arriba reseñado.

Practicada la correspondiente investigación judicial dio el Juzgado traslado al Ministerio Fiscal y a la acusación popular que solicitaron la apertura de Juicio Oral y formuló acusación contra el arriba reseñado.

Abierto el juicio se dio traslado a la defensa que presentó su correspondiente escrito, tras lo cual el Instructor remitió las actuaciones a este Tribunal para su enjuiciamiento y posterior ejecución.

2. Recibidas las actuaciones se señaló para juicio el día 4 de marzo del presente año, acto que tuvo lugar con la presencia del Ministerio Fiscal, acusación popular, acusado y defensa; practicándose las pruebas propuestas y admitidas y dándose cumplimiento a todas las formalidades legales.

3. El Ministerio Fiscal y la acusación popular calificaron los hechos, como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 de código penal del que estimaron responsable en concepto de autor al acusado Tasio Erquizia Almandoz, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando el Ministerio Fiscal que se le impusieran las penas de 1 año y 6 meses de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 8 años y la acusación popular que dichas penas fueran de 2 años de prisión y 12 años de inhabilitación, accesorias y costas.

La defensa solicitó la libre absolución y subsidiariamente que se apreciara la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

4.- Valorada en conciencia y según las reglas de la sana crítica las pruebas practicadas, el Tribunal considera como,

HECHOS PROBADOS

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 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.

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 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.

IV. El acusado no había tenido relación de amistad ni trato o contacto especial con José Miguel Beñarán Ordeñana, “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”.

FUNDAMENTOS DERECHO

1.- Prueba practicada que valora el Tribunal.

El Tribunal en el ámbito del art. 741 de LECr. ha contado para reputar desvirtuada la presunción de inocencia a que se refiere el art. 24.2 C.E. y llegar al relato de hechos probados que antecede con la declaración del acusado, las testificales del inspector jefe con número 77.665, de don Pablo Beñarán Ordeñana –hermano del homenajeado- don Txomin Lorca Alcalá –asistente al acto-, y con la documental aportada por las partes en la que destaca el visionado en el acto de la vista de tres vídeos del acontecimiento, uno procedente de “La Razón digital”, otro de los informativos de Antena 3 Televisión y un tercero procedente de la productora, el más largo, con un amplio reportaje

sobre el acto del que sólo se vieron los tres minutos de resumen que aparecen al principio de la grabación.

1.1. La defensa impugnó los vídeos por vulneración del derecho a un juicio justo y con todas las garantías.

Sostuvo a tal fin que al ver los meritados vídeos se aprecia que están “manipulados”, sin que se sepa cómo ni quién lo ha hecho, pues no han comparecido en juicio la persona o personas que realizaron la grabación, por lo que no han podido someterse a sus preguntas, privándolos de la debida contradicción.

Además, añade, los vídeos son de 2008 y se incorporan a la causa en julio de 2010 mediante simple copia, tratándose de un documento privado que, impugnado por la defensa, obliga a las acusaciones a probar su veracidad trayendo a sus autores a la vista oral.

1.2. El Tribunal no comparte la conclusión a la que llega la defensa.

Comenzando por el final, es irrelevante la fecha en la 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.

En conclusión la prueba fue admitida y es válida, valorándose por el Tribunal según las reglas de la sana crítica y de forma conjunta con el resto del acervo probatorio.

2.- El delito de enaltecimiento del terrorismo.

Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo previsto y penado en los artículos 578 y 579.2 del Código Penal.

Como se dice en los autos del pleno de esta sala de 9 de julio de 2008, citados por la defensa, “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.

En el tipo penal del que tratamos equivale a argumentar a favor del terrorista, disculpar sus acciones y aproximarlas o incluirlas en los actos permitidos por el ordenamiento jurídico, pese a vulnerarlo de modo directo. En palabras del Tribunal Supremo es hacer aparecer como acciones lícitas o legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal –STS, 2ª, 149/2007 de 26 de febrero-.

El tipo penal exige, además, que los actos de “enaltecimiento o justificación”, estén dotados de una publicidad de cierta calidad y capacidad

de incidencia (medios de expresión pública o difusión) y que se inscriban en una línea clara de concreto apoyo a acciones específicas de carácter terroristas en sentido estricto (ATS de 23 de septiembre de 2003).

Por ello, hay que distinguir entre lo que son “actos” y “delitos de terrorismo” (artículos 571 a 577 Código Penal) y los que sin ser actos de terrorismo, expresan públicamente alguna forma de apoyo o solidaridad moral a los hechos o a sus autores (enaltecimiento o justificación), distinción que de forma inequívoca realizó el Tribunal Constitucional en STC 199/1987, de 16 de diciembre, al resolver los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre y cuya doctrina aparece recogida en el Auto del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2002 y en el de 14 de junio de 2002.

Éste último matiz es de gran trascendencia, pues como expresan los autos del Tribunal Supremo citados *“la apología, cuando se persigue penalmente, es un delito (de opinión) que versa sobre otro delito distinto, o delito-objeto: el de terrorismo, con el que no puede confundirse. De no ser así, esto es, si la apología del terrorismo fuera también delito de terrorismo, tendría que ser tratada de igual modo como delito la apología de la apología, lo que conduciría directamente al absurdo”*.

3.- Valoración de la prueba.

3.1. El acusado niega que participara en un acto de homenaje a “Argala”, pues, según dijo, el acto celebrado en la plaza de Arrigorriaga el día 21 de diciembre de 2008 era un acto político al que acudió invitado por el hermano de “Argala” para pronunciar el discurso principal, si bien éste le dijo que habría un recordatorio a su hermano.

Añadió que no se acordaba si había una fotografía de José Miguel Bañarán Odeñana pero sí de que él depositó una flor, junto con otros, detrás del atril.

En cuanto al discurso que pronunció, admitió que dijo que había que utilizar la vía que más daño hicieran al Estado y que lo terminó con un viva a Argala.

En cuanto a lo primero, explicó que su discurso giró en torno a la idea de una llamada a la reflexión de la "izquierda abertzale" tras años de lucha y que ese camino era la lucha política, pues el Estado es débil en la argumentación política y muy fuerte en la represión.

Por lo que se refiere al grito de "viva Argala" con el que terminó, dijo que en un principio no se acordaba, pero que al ver el vídeo en el juzgado instructor lo recordó aunque, matizó, lo hizo como recuerdo a una persona que había conocido y que era hijo de una familia amiga, aunque admitió que sólo coincidió con él una semana cuando eran estudiantes y que no tuvo trato posterior con él, de modo que no puede ser el afecto lo que justifique dicho grito o exaltación.

En todo caso, como recuerda la STS de 20 de junio de 2007 en un supuesto muy similar contra otro acusado por hechos acaecidos en el acto de homenaje a José Miguel Bañarán, "Argala", con motivo del vigésimo quinto aniversario de su muerte, *"la experiencia general indica que la función política o la de "afectuosa remembranza familiar" no excluyen la loa a la personalidad terrorista, apareciendo a lo largo de la historia unidos actos criminales de enorme envergadura con la política o con honras funerarias"*

3.2. Los elementos objetivos del tipo del artículo 578 C.P. 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.

La prueba practicada conduce a afirmar la concurrencia de dichas premisas:

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 inconcuso 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.

3.3. El acusado se prestó voluntariamente a participar como protagonista en un acto que, como se acaba de exponer, era un claro homenaje a un terrorista -condición que no se pierde por haber sido a su vez víctima de otros delincuentes que lo asesinaron-, y a su vista, ciencia y paciencia se desarrolló toda él que siempre giró en torno a la rendición de honores, loa, elogio y alabanza de "Argala", por lo que no es razonable ni creíble la explicación de que se trataba sólo de un recordatorio dentro de un acto político.

Es más, si el acusado se hubiera limitado a pronunciar un discurso estrictamente político en defensa de la independencia del País Vasco y el socialismo su conducta no sería reprochable, pues España es una democracia tolerante, no militante; es decir, no se exige la adhesión a los postulados constitucionales sino que se puede defender cualquier idea –incluso el cambio de la estructura del Estado, de la forma política o la secesión de éste- siempre que se haga por medios democráticos –lo que excluye radicalmente la violencia- y no se vulneren o lesiones los derechos fundamentales.

Sin embargo, el acusado no hace eso sino que, con ambigüedad calculada pide *"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"*, terminando su discurso con el grito de *"¡Gora Argala!"* - ¡Viva Argala!- ante cuya fotografía había depositado un clavel rojo.

Por lo tanto, del contexto en el que se produce su intervención, de su actitud y de sus palabras y gestos se extrae su voluntad de exaltar la figura de José Miguel Bañarán Ordeñana, Argala, cuya única actividad conocida es la de terrorista y al que se presenta como héroe e icono de la *"lucha del pueblo vasco"* por el socialismo y la independencia.

4.- Del delito de enaltecimiento del terrorismo por el que se formula acusación es responsable, en concepto de autor del artículo 28 CP, el acusado

Tasio Erquizia Almandoz, al ejecutar materialmente la acción típica, según se ha razonado anteriormente.

5.- En su comisión concurre la atenuante de dilación indebida del artículo 21.5 del Código Penal por cuanto el procedimiento estuvo paralizado entre el 25 de marzo de 2009 -fecha en la que se notifica el auto de incoación de diligencias previas-, y el 30 de septiembre de 2009, fecha en la que el instructor da traslado al Ministerio Fiscal para que instara las diligencias a practicar o el sobreseimiento de la causa (folios 64 y 65) sin que hasta entonces se hubiera producido actividad alguna por parte del órgano instructor a pesar del principio de impulso de oficio que rige nuestro procedimiento penal y sin que la paralización guarde proporción alguna con la complejidad de la causa.

No ha lugar a apreciar dicha atenuante como muy cualificada, pues ni el tiempo de paralización de la causa ha sido excesivamente dilatado ni reiterada tales demoras.

En cuanto a la determinación e individualización de la pena, conforme al artículo 66 1ª CP, al concurrir una atenuante y no apreciarse motivos que justifiquen la imposición de pena mayor del mínima legal, se impone la de un año de prisión y 7 años de inhabilitación absoluta, que absorbe la accesorio de suspensión de empleo o cargo público que corresponde conforme al artículo 56 del Código Penal.

6.- Las costas han de ser impuestas al condenado, incluidas las de la acusación popular (art. 123 CP y 240 LECr.)

VISTOS, los artículos y normas citadas y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

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.

Así lo mandamos, acordamos y firmamos.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en la forma de costumbre, el día 11-05-2011 DOY FE.