

AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
SECCIÓN 003
Teléfono: 91.397.32.71
Fax: 91.397.32.70

20107
N.I.G.: 28079 27 2 2009 0003601

ROLLO DE SALA Nº 8/2010
PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 235/09
JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION Nº 3

AUDIENCIA NACIONAL
Sala de lo Penal
Sección Tercera

Ilmo. Sr. Presidente:

D.: F. Alfonso Guevara Marcos

Ilmos. Srs. Magistrados:

D.: Guillermo Ruiz Polanco

D^a: Clara Eugenia Bayarri García

En la villa de Madrid, el día 8 de Octubre de 2010, la sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, ha dictado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº51/2010

En el Procedimiento Abreviado Nº 235/2009, procedente del Juzgado Central de Instrucción Nº 3, seguido por un delito de enaltecimiento del terrorismo de los artículos 578 del Código Penal, en el que han sido partes, como acusador público: el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo .Sr. D. Pedro Rubira Nieto ; junto al anterior, comparece como acusación particular: D. DANIEL PORTERO DE LA TORRE , con DNI número 44283333-F, mayor de edad , asistido por las Letradas Sras. Ladrón de Guevara y De Santiago Ramirez. , y representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Mónica Licerias Vallina, y como acusados:

Dª GURUTZE OLAGORTA ARANA , mayor de edad, nacida en Bilbao el 8 de agosto de 1952, con DNI número 14238702-T, hija de Antonio y de María Cruz, con domicilio en la calle Pedro Antigarra número 4 aptº 311 de Bilbao, quien comparece al plenario asistida por el Sr. Letrado D. Kepa Manzidor Txirapozu, y representada por el Procurador de los Tribunales Sr. D Javier Cuevas Ribas y que comparece en situación de libertad provisional, sin haber estado privada de libertad por esta causa .

Dª AITZIBER URRENGOETXEA PERILLAN, mayor de edad, con DNI número 30681396V, nacida en Bilbao el 29 de enero de 1974, hija de Julián y de Raquel, con domicilio en C/Ronda número 33 , 3º dcha, de Bilbao, quien compareció al plenario asistida por el Sr. Letrado D. Kepa Manzidor Txirapozu, y representada por el Procurador de los Tribunales Sr. D Javier Cuevas Ribas, y que comparece al plenario en situación de libertad provisional, sin haber estado privada nunca de libertad por esta causa.

D. FRANCISCO DE BORJA IRIZAR BELANDIA , mayor de edad, con DNI número 30584962-E, nacido en Bilbao el día 13 de septiembre de 1967, hijo de José maría y de Blanca, con domicilio en la calle Iparraguirre número 17, 7º derecha, quien comparece al plenario asistido por el Sr. Letrado D. Iñaki Irizar Belandia, y representado por el Procurador de los Tribunales Sr. D Javier Cuevas Ribas. El imputado comparece al plenario

en situación de libertad provisional, sin haber estado nunca privado de libertad por esta causa .

D. ALEXANDER ZULUZGA ARANA, mayor de edad, con DNI número 30635967-J, nacido en Salamanca el 29 de octubre de 1969, con domicilio en la calle Del Victor número 4-4º-D de Bilbao, quien comparece al plenario asistido por el Sr. Letrado D. Kepa Manzidor Txirapouzu, y representado por el Procurador de los Tribunales Sr. D Javier Cuevas Ribas, y lo hace en situación de libertad provisional, sin haber estado nunca privado de libertad por esta causa .

Ha sido Ponente la Magistrada Sra. Bayarri García, quien expresa el parecer del Tribunal.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- Las presentes diligencias se inician por querrela presentada en fecha 29 de Julio de 2009 , incoándose por Auto de 30 de Julio de 2009, las Diligencias Previas número 235/09 del JIC nº 3 de esta Audiencia Nacional, dictándose Auto de 8 de septiembre de 2009 por el que se acepta la competencia y se acuerda admitir a trámite la querrela interpuesta. Por Auto de fecha 6 de abril de 2010 se acordó la apertura de juicio oral contra los hoy acusados, por delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 del Código Penal.

SEGUNDO.- En fecha 11 de Junio de 2010 se dictó Providencia por la que se acuerda remitir las actuaciones a esta sección Tercera, con emplazamiento de las partes, donde , por Providencia de 16 de Junio de 2010 se reciben las actuaciones , con designación de ponente, dictándose AUTO de fecha 16 de Junio de 2010 por el que se admiten las pruebas propuestas por las partes y se señala para la celebración del Juicio Oral el día 9 de septiembre de 2010, en que éste tuvo lugar.

TERCERO.- En el día y hora señalados y oídas las partes sobre el planteamiento de artículos de previo pronunciamiento, competencia del Tribunal, vulneración de algún Derecho fundamental, causas de suspensión del juicio oral así como sobre el contenido, finalidad o nueva proposición de pruebas, por el Ministerio Fiscal no se planteó cuestión alguna , ni se aportó nueva prueba. Por la acusación particular se aporta DOCUMENTAL , consistente en fotografías, idénticas a las ya obrantes en autos, pero con mayor resolución. Por el Letrado defensor Sr. Irizar Belandía, se reitera la solicitud de prueba testifical en su día denegada, con invocación de lo dispuesto en los artículos 297 y 717 de la Lecrim. Reitera la policial, así como la de JAVIER BALZA AGUILERA, como Consejero de Interior del Gobierno Vasco , a fin de que deponga sobre si por estos hechos se habían abierto con anterioridad diligencias policiales o judiciales , y en su caso no dijera por qué no se habían abierto y la explicación que daba a ello. Por el Letrado defensor Sr. Manzisidor Txirapozu, reitera la solicitud de que se admita como DOCUMENTAL la propuesta en su escrito bajo el número 2 , documentos 1 a 7 de su escrito de defensa, por estimar que ilustran respecto al elemento subjetivo. Como nueva prueba respecto del dolo, aporta tres fotocopias de artículos de prensa (“El País”.”El Correo” “El Mundo”) edición de 28 de febrero de 2006, que hacen referencia a la intervención del querellante en el JO 18/98. Asimismo se anuncia su renuncia a parte de la testifical propuesta. Por el Tribunal se acuerda la unión a autos de la documental aportada por las partes sin perjuicio del valor que como prueba pueda otorgársele . Se deniega la unión a autos de los recortes de prensa referentes al querellante, así como la pertinencia de la testifical propuesta por el Letrado Sr. Irizar. Por los Srs letrados de la defensa se hizo constar la oportuna protesta . seguidamente se celebró la vista oral con presencia de los acusados, asistidos por sus respectivos Letrados y de la intérprete de Euskera D^a Yolanda Argeña , con el resultado que consta documentado en la oportuna acta extendida por la Sra. Secretaria Judicial y fue grabada en el correspondiente soporte informático.

CUARTO.- Por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas se calificaron los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de exaltación o justificación del terrorismo del artículo 578 del Código Penal, reformado por Ley Orgánica

7/2000 de 22 de Diciembre , de modificación de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, del que estima autores materiales conforme al artículo 28.1 del Código Penal a los acusados Gurutze Olagorta Arana, Aitziber Urrengoetxea Perillan, Borja Irizar Belandia y Alexander Zuluaga Arana, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que interesa se imponga a cada uno de ellos una pena de 18 meses de prisión e inhabilitación absoluta por los años conforme al artículo 579.2 del Código Penal y las costas.

Por la acusación particular se calificaron los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo y realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de los delitos terroristas y de sus familiares , previsto y penado en el artículo 578 del Código Penal, de los que estima responsables en concepto de autores a los acusados Gurutze Olagorta Arana, Aitziber Urrengoetxea Perillan, Borja Irizar Belandia y Alexander Zuluaga Arana, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, interesando se imponga a los mismos las penas de dos años de prisión y conforme al artículo 579.2 del Código Penal debe añadirse la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de 12 años , y que conjunta y solidariamente indemnicen a Don Daniel Portero de la Torre en la cantidad de 12.000 euros en concepto de los daños morales sufridos como consecuencia de la humillación sufrida, debiendo procederse a su aseguramiento, accesorias y costas , incluidas las de la acusación particular.

QUINTO.- Por la defensa de los acusados , en igual trámite, se elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales, conforme a las cuales, se discrepaba del dictamen y solicitud del Ministerio Fiscal y de la acusación particular , manifestando que procede la libre absolución de sus defendidos, con toda clase de pronunciamientos favorables, y declaración de oficio de las costas del procedimiento, proclamando la total inocencia de los mismos .

Concedida la palabra a los acusados en trámite de última alegación, tomó la palabra D. Fco de BORJA IRIZAR ARANDIA quien manifestó hablar en nombre de todos ellos, y que nunca en Txori Barrote habían enaltecido a nada ni a nadie, y que su única voluntad es denunciar una realidad que como familiares y amigos de los presos , consideramos que su situación es contraria de Derecho y por tanto denunciabile, y que esa situación se produce sobre personas que no eran anónimas, sino que tienen un rostro.

SEXTO.- Observadas las normas del procedimiento excepción hecha del plazo señalado legalmente para dictar sentencia al haberse otorgado preferencia a las resoluciones y procedimientos que afectaban a personas privadas de libertad.

II.- HECHOS PROBADOS

Probados, y así expresamente se declaran , los siguientes hechos:

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

En este ámbito, la comparsa “Txori Barrote” se creó en 1981, si bien, en un principio, bajo el nombre de comparsa “ Xakilixut” , adoptando posteriormente, en 1986, su denominación actual . El 16 de octubre de 1996 se formaliza la constitución de “Txori Barrote Kultur Elkartea” constando como presidenta GURUTZE OLAGORTA ARANA, como secretaria AITZIBER URRENGOETXEA PERILLÁN, y como Tesorero BORJA IRIZAR BELANDIA , fijando su domicilio social en la calle Astarloa nº 6º 1º dch. De la localidad de Bilbao. Está compuesta por ciento

cincuenta asociados, todos ellos familiares o compañeros y amigos de algún encarcelado por su vinculación con la banda terrorista E.T.A.

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

Las comparsas son las encargadas , asimismo, de organizar los festejos en otras festividades importantes, como carnavales, o la festividad de San Juan.

Los fines de la asociación cultural Txori Barrote, según sus estatutos, son: “ *recreativos y culturales, fomentando la cultura vasca y por la defensa de los derechos individuales y colectivos*” . En su página web, se definen como comparsa *”pro amnistía”* añadiendo que, “*Desde el momento que los represaliad@s politic@s vasc@s son una parte de este pueblo, entendemos que han de estar presentes también en las fiestas y por eso nuestra konpartsa unimos jaia y reivindicación “* txoribarrotekonpartsa@euskalherria.org) .

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

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

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

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

En esta línea, la Comparsa se viene adhiriendo , todos los años, a los actos que en apoyo de los presos de E.T.A. se efectúan por distintas asociaciones de Bilbao, entre ellas, las actividades organizadas por “Etxerat” (Colectivo de familiares de presos de ETA) y por “ Amnistiaren Aldeko Mugimendua” (Movimiento a favor de la amnistía) , entre éstas, a

la “marcha” que todos los Viernes del año se celebra hasta la sede del Partido Nacionalista vasco, donde se verifica una pegada de carteles, con fotografías de presos de E.T.A. dispersos por el territorio nacional, cuyo traslado a las prisiones de la Comunidad Autónoma Vasca se reivindica. Así como a la “hora de la amnistía”, a las 23 horas, durante todos los días de la semana Grande de Bilbao. Por último, por la Comparsa se organiza, todos los años, una comida en apoyo a los familiares de los presos de ETA, en reconocimiento de las dificultades añadidas que para estos familiares se derivan de la política de dispersión de presos aplicada al colectivo de presos de E.T.A.

En esta línea, en la Semana Grande de Bilbao del año 2008, la Comparsa “Txori Barrote” montó su caseta (Txozna) en el Arenal de Bilbao, junto a otras 28 Txoznas más, correspondientes a otras tantas Comparsas. La caseta o Txozna de Txori Barrote tenía la siguiente decoración:

Sobre la barra del bar, un gran cartel, a cuya derecha, sobre fondo negro, está dibujado en rojo el pájaro carpintero, y, también en rojo el nombre TXORI BARROTE. El cartel, que es un dibujo, sobre fondo verde, alusivo a los kilómetros que hay que recorrer para visitar a los presos de E.T.A. (una señal de tráfico indicando dirección obligatoria, otra señal de tráfico con la indicación “1150084 Kms”, varios vehículos precipitándose al abismo, un avión, un corredor de footing, varios pterodáctilos con viajeros subidos encima, cajones abriéndose, edificios derrumbándose, una valla metálica, rota por dos martillos...).

Sobre la parte superior izquierda de este gran cartel, con letras negras, el encabezamiento “ASTE NAGUSIA 30 URTE” (Semana Grande 30 aniversario). En medio del cartel en grandes letras rojas: “TXORI BARROTE”, bajo este lema, integrado en el dibujo, como si se tratase de un cartel, también en rojo, y en gran tamaño, el logotipo de la “Amnistía” diseñado por Eduardo Chillida en 1976 para la “Comisión Pro Amnistía”. La parte frontal de la barra, bajo el anterior cartel, estaba dibujada con grandes letras verdes, sobre fondo pardo, con el lema “AMNISTIA BORROKATUZ ASKATASUNA BIZI ¡!” (“Luchando por la Amnistía. Libertad”) En mitad del lema, entre la segunda y la tercera palabra, dibujada un águila negra sobre fondo amarillo, o, Arrano Beltza, A la

izquierda del lema, dibujado en el mismo color del fondo, el mismo logotipo de la “ Amnistia” diseñado por Chillida, y a la derecha del lema, el dibujo de un paisaje de trazos infantiles, sobre el que sobrevuela el pájaro carpintero, dibujado en color rojo.

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

Tras la barra de la caseta, en el interior de la misma, además de carteles con el pájaro carpintero dibujado, en el que se anuncian bocadillos , y la lista de precios de bebidas y bocadillos, en el centro, rodeado de carteles pequeños, / uno con la ikurriña, otro que pone .”Etxebizitza” (piso,vivienda) y otros varios / un gran cartel, con la fotografía de 95 hombres y mujeres que en aquéllas fechas estaban en situación de prisión acusados o condenados por su pertenencia o relación con la banda terrorista E.T.A. y, bajo tales fotografías, en grandes letras rojas, el lema “EUSKAL HERRIAK ASKATASUNA BEHAR DU” (“ El pueblo vasco necesita libertad”) .

En los días de la semana grande de Bilbao de 2008, en concreto los días 21 y 22 de Agosto de 2008, D. DANIEL PORTERO DE LA TORRE acudió a Bilbao, a fin de comprobar si se habían tomado medidas para impedir que en otra Txozna , contra la que interpuso denuncia el año anterior por exhibir fotografías de presos de E.T.A, se efectuase la exhibición de tales carteles, comprobando que la txozna denunciada el año anterior no había sido abierta ese año, pero que la txozna TXORI BARROTE tenía en el interior de la caseta el cartel antes mencionado, comprobando que entre las fotografías de presos de ETA se encontraban las de los dos condenados como autores del atentado contra su padre , por lo que en fecha 29 de julio de 2009 interpuso ante el Juzgado de Guardia de la Audiencia Nacional querrela por aquéllos hechos.

III .- FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Parte este Tribunal de la Sentencia de fecha tres de Marzo de 2010, del Tribunal Supremo , pues en ella se efectúa la definición y estudio del delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578, por el que se acusa en este procedimiento, así como de la naturaleza y elementos del mismo, según reiterada doctrina de la Sala Segunda , que exige necesariamente para la apreciación de la existencia del delito que de la prueba practicada en el plenario pueda deducirse con certeza la intención de enaltecimiento o justificación del terrorismo o sus autores.

El fundamento jurídico “Tercero” de dicha Sentencia del Tribunal Supremo realiza, en primer lugar un estudio teórico del delito de enaltecimiento del terrorismo previsto en el art. 578 C.penal, conforme al cual : “El delito de enaltecimiento del terrorismo fue introducido en el C. penal por L.O. 7/2000 de 24 de Diciembre de 2000. En el mismo artículo, conviven dos figuras delictivas claramente diferenciadas: a) el enaltecimiento o justificación del terrorismo o sus autores y b) la realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas. Tal vez la diferente acción típica y elementos que vertebran una y otra, hubiera aconsejado la tipificación separada en artículos diferentes.

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

1º La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal.

2º El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:

a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577.

b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o a

varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

3º Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser un periódico o un acto público con numerosa concurrencia.

Características del delito son el tratarse de un comportamiento activo, que excluye la comisión por omisión, tanto propia como impropia, siendo un delito de mera actividad y carente de resultado material, y de naturaleza esencialmente dolosa o intencional.

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

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

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

En apoyo de esta teoría de la sustantividad de esta específica apología "in genere", operaría el argumento de que su respuesta punitiva es también autónoma e independiente--prisión de uno o dos años--, frente a las apologías "clásicas" de los arts. 18 y 579 en las que la pena lo es por referencia a la que corresponda al delito a cuya ejecución se incita --pena inferior en uno o dos grados--. La propia Exposición de Motivos de la Ley apunta en esta dirección cuando se dice que "...las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el art. 18 del C. penal....".

Finalmente, en cuanto a la naturaleza de esta apología genérica, laudatoria y sin incitación, de acuerdo con la doctrina de esta Sala mantenida en los autos de 23 de Mayo de 2002 y 14 de Junio de 2002 --Causa Especial, Recurso 29/2002-- no es un delito de terrorismo dado que la actividad típica está constituida por la mera expresión laudatoria de actos terroristas o de sus autores, sin incitación a la comisión directa ni indirecta. De suerte que como ya advirtió la STC 199/1987 de 16 de Diciembre del Pleno del Tribunal Constitucional que resolvió los recursos de inconstitucionalidad contra la L.O. 9/1984 sobre bandas armadas y elementos terroristas.

"...La manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades....".

Por ello, el argumento de que esta apología, también llamada apología menor, se encuentra sistemáticamente dentro de los delitos de terrorismo, carece de virtualidad y relevancia para en base al argumento sistemático, así estimarlo. Una cosa es el delito de terrorismo y otra es la apología del terrorismo, de igual suerte que no puede confundirse el delito de genocidio del art. 607 C. penal con la apología del genocidio que se encuentra en el nº 2 del artículo 607, y, también con una pena autónoma.

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

"...No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que estas se aleguen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional....".

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

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

Ciertamente el tipo penal de la exaltación/justificación en la doble modalidad del crimen o de sus autores, en la medida que constituye una figura que desborda la apología clásica del art. 18, puede adentrarse en la zona delicada de la sanción de opiniones, por deleznable que puedan ser consideradas, y, lo que es más delicado, pueden entrar en conflicto con derechos de rango constitucional como son los derechos de libertad ideológica y de opinión, reconocidos, respectivamente en los arts. 16-1º y 20-1ºa) 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 C. penal, pero sin invadir ni cercenar el derecho de libertad de expresión. Zona intermedia que, como ya hemos dicho, debe concretarse cuidadosamente caso a caso. Solo así se puede sostener la constitucionalidad del delito de exaltación, razón por la cual, la Sala no estima necesario por no tener duda de la constitucionalidad del tipo penal en el concreto ámbito así delimitado.

¿Cuál es esa zona intermedia?

De acuerdo con esta concreta previsión contenida en la Exposición de Motivos, antes citada, el bien jurídico protegido estaría en la interdicción de lo que el TEDH --SSTEDH de 8 de Julio de 1999, Sürek vs Turquía, 4 de Diciembre de 2003, Müslüm vs Turquía-- y también nuestro Tribunal Constitucional --STC 235/2007 de 7 de Noviembre-- califica como el discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en la aterrorización colectiva como medio de conseguir esas finalidades.

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

SEGUNDO.- Pasamos a analizar los hechos acaecidos en la semana grande de Bilbao de 2008, objeto de la presente denuncia, por parte de los miembros de la comparsa Txori garrote:

1º.- Sobre la existencia de un cartel con los rostros de presos condenados por su pertenencia o colaboración con la banda terrorista E.T.A, o en prisión por haber sido detenidos y pendientes de juicios por actos relacionados con el terrorismo etarra

No se discuten los hechos, por el contrario, los acusados refieren que la costumbre de insertar el cartel con los rostros de tales presos se remonta a la fundación de la comparsa misma, y se colocaba en la Txozna , invariablemente, año tras año.

Esta alegación se corrobora con el decir del testigo de la acusación D. Carlos David García Fernández, quien , como concejal del Ayuntamiento de Bilbao y miembro de la comisión de fiestas de dicho Ayuntamiento, desde el año 2003, reconoció en el plenario que “ desde el 2003 él viene denunciando ante el Ayuntamiento la presencia de estos carteles en diversas txoznas, pero que el Ayuntamiento no hacía nada y que él no puso denuncia porque el responsable es el Alcalde y que, pese a que los actos eran públicos, el Ayuntamiento , hasta el año 2009 ,. Nunca ha impuesto ninguna sanción “ .

La pericial vertida en el plenario asimismo corrobora el decir de los imputados acerca de que la exhibición de las fotografías de presos de ETA y de los logotipos se remonta a años anteriores. Así lo confirmó el funcionario de la Policía Autónoma Vasca con número de seguridad 53154, adscrito a la división antiterrorista y de información . Asimismo, el Perito de la Guardia civil con carnet profesional número L-75806-P incidió en el reconocimiento de que estos logotipos y carteles con fotos se venían utilizando por la Txozna “ desde años anteriores, ya desde el 81 cuando era “Xakilixut”

Sí se discute, sin embargo, el dolo específico que para la apreciación del delito ineludiblemente se requiere, pues se alega por los acusados que tal cartel no era para reivindicar ni los hechos cometidos por tales presos, ni a los presos mismos, sino para reivindicar el acercamiento de tales presos a las cárceles del país vasco. Tal alegato no puede ser desestimado sin más, pues : a) en primer lugar, los miembros de la asociación cultural responsables de la Txona festiva son , en

su mayoría, o casi totalidad, familiares de los presos de ETA cuyas fotos se exhiben , y, b) ni del contexto, ni de los símbolos y emblemas exhibidos en tal txozna puede inferirse, con total certeza, la existencia del ánimo de enaltecer o justificar el terrorismo o sus autores que exige a figura típica.

2º.- El contexto en el que se verifica tal exhibición de los rostros de presos etarras es, en efecto, durante las fiestas de Bilbao, tratándose de presos cuyos familiares son de Vizcaya, en el interior de una Caseta /Comparsa cuyo lema común es la reivindicación de “amnistía” para tales presos (oposición a la política de dispersión de los mismos y a la aplicación de la doctrina Parot) y la totalidad de los emblemas, logos y lemas escritos y pintados en la caseta así lo indican, sin que ninguno de ellos constituya loa o exaltación de los hechos perpetrados por tales presos, que no constan, ni de los presos mismos. La caseta había sido autorizada gubernativamente tras haber superado el examen que, previa a la apertura de la Semana Grande , y tras el montaje de las casetas en el Arenal de la Ria de Bilbao, se verifica todos los años por el Consistorio.

Las fotografías de los presos no estaba rodeada de logotipos de ASKATASUNA, ni de GESTORAS PRO AMNISTIA, sino de símbolos y logotipos tradicionalmente relacionados con la izquierda abertzale, aún cuando, algunos de ellos, hayan podido ser, en mayor o menor grado, utilizados por alguna de las mencionadas asociaciones ilegales. No existía , en toda la caseta, mención alguna a ETA, ni aparecía símbolo o logotipo alguno con tal banda terrorista relacionado .

En efecto, el logotipo de la AMNISTÍA , es propiedad de EDUARDIO CHILLIDA, y éste lo diseñó como logotipo para la COMISIÓN PRO AMNISTÍA (no “ gestoras pro amnistía”) , creada en 1976 y que se disolvió tras la Ley de Amnistía de 1977, al conseguir sus objetivos. El logotipo quedó pues, titularidad de su diseñador. Eduardo Chillida. Dos años más tarde, en 1979, se forma GESTORAS PRO AMNISTÍA , que se autoproclama heredera de aquélla COMISIÓN PRO AMNISTIA , y utiliza como propio el logotipo. Que ello es así ha quedado acreditado por el detallado informe al respecto de los peritos de la Guardia Civil números L-75806-P y S-84951-J , quienes confirmaron que, en efecto, el logotipo se creó en 1975 , y que en el 77 con la Ley de Amnistía se dejó de utilizar y que en el 79, con la creación de GESTORAS, lo vuelven a utilizar. Esto es, el logotipo es ajeno y anterior a GESTORAS PRO AMNISTÍA, aún cuando tal colectivo se

apropiase del mismo y lo usase como propio, pero, lo cierto es que tal logotipo, lo utilizaban también otros colectivos, entre ellos, la comparsa Txori garrote, como símbolo de la “ amnistía” .

La palabra “ ASKATASUNA” , que en euskera significa “ Libertad” tampoco es patrimonio de asociación alguna, ni su utilización en los mensajes de la decoración de la caseta ferial determina ni concluye la relación de esta cuadrilla festera con ninguna organización ilegalizada o ilegal.

Por último, el águila negra sobre fondo amarillo, (o Arrano Beltza), históricamente asimilado a los reyes de Navarra, es un símbolo utilizado por sectores de ideología nacionalista, que lo emplean como símbolo reivindicativo de la unidad política y territorial de Euskal Herria. La pericial vertida en el plenario , por los funcionarios de la Guardia Civil L-75806-P y S-84951-J ratificaron su informe de inteligencia, conforme al cual, (folio 321 de autos) el símbolo del Águila Negra o Arrano Beltza es un “ símbolo utilizado por ETA a partir de 2003 tras la finalización del proceso asambleario” , pero, ello no obsta a que tal símbolo haya sido utilizado como signo reivindicativo de la unidad territorial de Euskal Herria , por múltiples grupos políticos minoritarios. Con este contenido se usó, por ejemplo, por la antigua Herri Batasuna . La Arrano Beltza no constituye un símbolo de la banda terrorista ETA, ni su uso significa , ineludiblemente, la asunción de los postulados de la banda terrorista por quien lo utilice .

3º).- Otras circunstancias de relevancia.

La totalidad de los querellados son familiares de presos condenados por su pertenencia o colaboración con la banda terrorista E.T.A, o, en el caso de FRANCISCO DE BORJA IRIZAR BELANDIA, abogado, detenido por su cualidad de tesorero de la asociación cultural Txozna Txori fue él mismo detenido, imputado por un delito relacionado con la banda terrorista E.T.A. (finalmente archivado y sobreseida la causa) manifestando en el plenario que el hecho de que durante el tiempo que estuvo preso, estuvo en cárceles lejanas a su domicilio en situación de incomunicación, determinó que, al salir, a la hora de integrarse en las fiestas de Bilbao, se sintiese identificado con la ideología de la Txozna TXORI BARROTE , integrándose en ella y colaborando con sus actividades. Que su propia fotografía estuvo en ese cartel mientras estuvo preso, no para ensalzar nada, pues nada había hecho, ni para ensalzarle a él, ni para ensalzarle a ETA, pues nunca ha estado próximo a tal banda , sino porque le había sido aplicada la

Ley antiterrorista y se le había detenido, incomunicado y alejado de su domicilio con grave perjuicio para sus familiares y amigos y de él mismo. Por su parte, GURUTZE OLAGORTA ARANA, manifestó ser hermana de “un preso de ETA”, y que su intención es denunciar la situación en que se encuentran los presos de ETA, entre ellos , su hermano y reivindicar los derechos que estima se están conculcando, añadiendo que “ nuestras reivindicaciones van por lo de la dispersión“ manifestó que nunca, desde que ella entró como presidenta se había convocado ninguna junta para acordar la puesta del cartel con las fotos, que es un cartel que se pone siempre, todos los años, en la Txozna, desde hace más de treinta años, toda la vida, y que se seguía poniendo, sin que nunca nadie les dijese nada.. AITZIBER URRENGOETXEA PERILLAN , en el mismo sentido, manifestó ser cuñada de un preso condenado por su relación con la banda terrorista ETA, manifestando que ellos , en la comparsa, no hacen homenaje de los presos, sino que lo que hacen son actos denunciando los derechos que se les vulneran. Que tampoco hay intención de humillar a nadie. Que no se pone ningún eslogan junto a las fotografías . En el mismo sentido, ALEXANDER ZULUAGA ARANA manifestó en el plenario que pertenece a la comparsa e txori Barrote desde hace muchísimos años, aun cuando nunca ha ostentado responsabilidad alguna en la misma siendo un comparsero más, y que se hizo de txori porque tiene varios familiares en la cárcel y conocía de primera mano la situación de los presos , y que en Bilbao las Comparsas tienen una finalidad de organizar las fiestas pero también de denuncia y de crítica social, y que la forma que tienen de denunciar la conculcación de los derechos de los presos de ETA es poner las fotos, porque con ello le están poniendo cara a una situación.

Todos ellos manifestaron que la comida popular es en apoyo, para dar calor a los familiares de los presos que tienen que desplazarse, los familiares de los presos de ETA.

Que todos los acusados en este procedimiento son familiares de presos condenados por su relación o pertenencia con la banda terrorista ETA ha quedado acreditado por la testifical de la testigo Arantxa Zulueta Amutxategui, quien manifestó en el plenario que conocía a la totalidad de los acusados porque como abogada ha llevado la defensa de familiares de todos ellos.

El carácter de la Txozna como de cuadrilla o grupo de fiestas formado mayoritariamente por familiares de presos acusados de pertenecer o colaborar

con la banda terrorista ETA ha quedado acreditado por el decir concurrente de los testigos Iñaki Uruburu Irazabal, Beñat Zarrabeitia Asensio e Ione Artola Ibarretxe que así lo confirmaron , siendo ellos mismos miembros de tal Txozna .

Por su parte , la testifical de Luis Fuentes Perez (miembro de la comisión mixta de fiestas del Ayuntamiento de Bilbao) ha sido contundente acerca de la naturaleza popular y reivindicativa de la fiesta de Semana Grande de Bilbao a través de sus Txoznas así como del hecho de que cuando las Txoznas se abren al público, el día antes de la apertura, todo ha sido visado por el Ayuntamiento.

De la apreciación conjunta de todo ello, este Tribunal estima que , en el presente caso , no puede apreciarse que la exhibición de fotografías de las caras de presos de ETA en la caseta ferial (Txozna) , por personas allegadas a tales presos, pidiendo su acercamiento al país vasco, o que no se les aplique la “ doctrina Parot “ no constituye delito de enaltecimiento del terrorismo, al no constar acreditado, la existencia del dolo específico que tal delito lleva insito consistente en la intención de enaltecimiento o justificación de tales presos, ni que con ello se pretenda menospreciar o vilipendiar a las víctimas de los delitos que tales presos cometieron y por los que se encuentran en la actualidad en prisión.

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

TERCERO .- mención aparte ha de hacerse a la utilización, en la página web de la txozna, de expresiones como “ presos políticos vascos” o “ represaliados vascos” , que , tal y como explicita la sentencia ya mencionada de 3 de marzo de 2010 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, no en todos los casos constituye una acreditación de encontrarnos ante manifestaciones del entorno etarra, pues , en ocasiones se trata de una utilización frívola e inconsciente , acrítica, de una reinención del lenguaje que sí viene apreciándose por nuestro Tribunal Supremo como un símbolo de la dinámica terrorista, pero, que no en todos los casos es así, tal y como , favor rei, ha de estimarse en este caso, en que no se aprecia afinidad ni apoyo, ni reivindicación alguna de los hechos, actos o integrantes de la banda terrorista ETA en cuanto tal, sino como anómalo y deformado uso del lenguaje en un exceso del mismo derivado de un afán reivindicativo .

Por último, la pericial, vertida en el plenario, por la que se afirma que *“Las txoznas son una forma de financiación del “ complejo E.T.A - IA “* no puede ser tomada en consideración por este Tribunal, pues tales afirmaciones , reflejadas en el informe del los folios 313 y siguientes, se basa en el contenido de unos documentos al parecer incautados en 2007 al Comando Bizkaia, en otro documento al parecer incautado a Jose Antonio Barandiarán y en otro documento incautado al parecer en mayo de 2008 en Francia (declaración del perito PAV número 563154 en el plenario) sin que ninguno de tales documentos esté unido ni siquiera por copia simple al procedimiento.

CUARTO .- Las costas procesales causadas en este procedimiento, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal y artículo 240.2 de la LECrim, han de ser declaradas de oficio.

F A L L O

En atención a lo expuesto, y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española, HEMOS DECIDIDO:

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

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

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en la forma de costumbre. Doy fe.

En MADRID , ocho de Octubre de dos mil diez