

En la villa de Madrid, el día 14 de marzo de 2014.

En el Procedimiento Abreviado 95/2012 procedente del Juzgado Central de Instrucción número 5, seguido por delito de enaltecimiento, en el que han sido partes acusadoras: Ejercitando la acción Pública el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. D. Daniel Campos Navas Y, ejercitando la acusación popular, la Asociación Dignidad y Justicia representada por la Procuradora Mónica Liceras Vallina bajo la dirección letrada de Vanesa Santiago Ramírez Como acusados: Oinhane DNI ..., nacida en Errenteria (Guipúzcoa), el día 22/09/1988, hija de Irune y de Esther, con domicilio en C/ J. núm. ...3, piso ... en Lezo (Guipúzcoa). Representada por el Procurador Javier Cuevas y defendida por la Letrado Atxarte Salvador Erlantz DNI ..., Nacido el 02/12/1975 en Vitoria, hijo de Fernando y María Araceli, con domicilio en c/ T. núm. ..., representado por el procurador Javier Cuevas y defendido por la letrada Atxarte Salvador María Jesús DNI ..., Nacida el 02/01/1938, hija de Ricardo y Julia, domiciliada en c/ L. núm. Vitoria representado por el procurador Javier Cuevas y defendido por la letrada Atxarte Salvador Idoia DNI. ..., Nacido el 29/03/1989, en Vitoria, hija de Juan Carlos y María Esther. Con domicilio c/ C. núm. ... Vitoria representado por el procurador Javier Cuevas y defendido por la letrada Atxarte Salvador María Felisa DNI ..., Nacida el 13/02/1949, hija de Tomás y María Cristina. Con domicilio en c/ B. Dr. (Vitoria) representado por el procurador Javier Cuevas y defendido por la letrada Jone Goirizelaia Ordorika María Lourdes DNI ..., Nacida en 23/08/1954, hija de Lucas y Manuela, con domicilio en c/ B. (Otxandio) representado por el procurador Javier Cuevas y defendido por la letrada Atxarte Salvador Gorka DNI ..., Nacido en 30/08/1972, hijo de Pablo y Basilia, con domicilio en c/ A., ... en Vitoria, representado por el procurador Javier Cuevas y defendido por la letrada Atxarte Salvador Víctor Manuel DNI ..., Nacido el 16/10/1941, hijo de Pío y de Eugenia, con domicilio en c/ P., piso ... de Vitoria, representado por el procurador Javier Cuevas y defendido por la letrada Atxarte Salvador Ainhoa DNI ..., Nacida en el 02/01/1985, hijo de Francisco Javier y de María Isabel, con domicilio en c/ P. núm. ... de Vitoria. representado por el procurador Javier Cuevas y defendido por la letrada Atxarte Salvador Agurtzane DNI ..., Nacida el 19/09/1975, hijo de Nicasio y María Aránzazu, con domicilio en c/ C. de Vitoria. representado por el procurador Javier Cuevas y defendido por la letrada Atxarte Salvador Iker DNI ..., Nacido el 13/07/1988, hijo de Felipe y de Miren Itziar, con domicilio en c/ O. (Deba), representado por el procurador Javier Cuevas y defendido por el letrado D. Pedro Maria Landa Fernández Jacoba DNI. ..., Nacido el 11/11/1989 en Vitoria, hijo de Juan Luis y Maria Inmaculada con domicilio en c/ F. núm. ... de Vitoria. representado por el procurador Javier Cuevas y defendido por la letrada Atxarte Salvador Iker DNI. Nacido el 23/05/1992, hijo de Hernesto y María Yolanda, domiciliado en Barrio I.,

Zalduondo (Araba), representado por el procurador Javier Cuevas y defendido por la letrada Atxarte Salvador Galder DNI ... Nacido en 12/08/1991, hijo de María Blanca, con domicilio en c/ C. ..., (Vitoria), representado por el procurador Javier Cuevas y defendido por la letrada Atxarte Salvador Ninguno de los imputados ha estado privado de libertad por razón de la presente causa.

Actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Presidente D. Fernando Grande-Marlaska Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción número 5 de esta Audiencia Nacional incoó con fecha 14/08/12 diligencias Previas 95/2012, en virtud de denuncia efectuada por D. Daniel Portero de la Torre en calidad de Presidente de la Asociación Dignidad y Justicia. Tras la práctica de diligencias de investigación el Central de Instrucción número 5 dictó auto 25/06/13 acordando continuar las presentes diligencias previas por los trámites del Procedimiento Abreviado establecido en el Capítulo II, del Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El Ministerio Fiscal y la representación de la acusación particular Asociación Dignidad y Justicia formularon sus respectivos escritos de acusación con fecha 26 y 9 /07/13 respectivamente. Con fecha 29.07.2013 se acordó la apertura de Juicio Oral contra los expresados imputados., y la representación procesal de éstos presentó sus correspondientes escritos de defensa y proposición de prueba.

SEGUNDO.- Las presentes actuaciones fueron elevadas a la Sala y recibidas que fueron en esta Sección Primera el 26/11/13, se incoó el correspondiente Rollo de Sala, previo examen de la prueba propuesta se dictó con fecha 10/12/13 Auto de admisión de prueba y mediante diligencia de ordenación de de la misma fecha se señaló el Juicio para los días 24 y 25 de febrero de 2014, compareciendo al acto todos los acusados y demás partes procesales.

Hechos Probados:

1.- Probado, y así se declara como con ocasión de las fiestas del casco viejo de Vitoria, y que tuvieron lugar entre el 25 de junio y el 1 de julio de 2012, se

organizaron diferentes actos por parte del colectivo "ZAHARRAZ HARRO/ORGULLOSO DE LO VIEJO". Entre esos actos se encontraba el que se celebró a las 19.30 horas del día 30 de junio de 2012, consistente en una "kalegira" o pasacalles, y que había sido publicitado bajo el siguiente lema: "Fariñasetik. Auzoak presoen eta iheslarien familiei homenaldia/ Desde Fariñas (se trata de una tienda de ortopedia situada en la entrada de la calle C.). El barrio homenajea a los familiares de los presos y huidos/refugiados". Como se ha expuesto el acto, pasacalles, se inició en la calle Cuchillería de dicha capital alavesa.

2.- En el desarrollo del acto, distintas personas, relacionadas directa o indirectamente con presos de la organización terrorista ETA de la localidad, portaban una silueta a tamaño natural con una foto de aquéllos, con la inscripción del centro penitenciario donde se encuentra, la distancia del mismo a su domicilio y los años que lleva en prisión.

Durante el acto se recitaron versos en loa de los citados presos, se colocaron pañuelos verdes a las personas citadas que portaban las fotografías. Se iban colocando los mencionados pañuelos de forma individualizada. Es decir, dentro del pasacalles (kalegira) se individualizaba la exposición verbal hacia la persona que portaba la silueta y foto de los distintos presos terroristas, y que representaba a un familiar.

Al final del acto, encontrándose el conjunto de personas indicadas, que habían protagonizado el acto, portando las distintas fotografías, se bailó el "aurreku" de honor.

3.- Entre las personas que participaron activamente en dichos actos se ha podido identificar a los acusados quienes mantuvieron la siguiente actitud:

3.1.- Ohiane portaba una pancarta con la fotografía de la presa de la organización terrorista ETA Maite, mientras el también acusado Iker recitaba un verso con el siguiente texto: "Presa a más de cien kilómetros, siete años, hoy para ti querida amiga, versos en tu honor, un beso y un abrazo de parte de todos los nacionalistas de la izquierda".

Maite fue condenada por Sentencia N° 39/08 de 15 de septiembre de 2008 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la por el delito de integración en organización terrorista.

3.2.- Erlantz portaba una pancarta con la fotografía del miembro de ETA Txema, que fue condenado por el delito de integración en organización terrorista en Sentencia n° 73 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 19 de diciembre de 2007.

3.3.- M^a Jesús portaba una pancarta con la fotografía del miembro de ETA Aitor mientras por persona sin identificar se leía un verso con el siguiente contenido: “Para construir tu camino, ahí mismo fuerte y sin descanso, queremos homenajearte hasta que estés entre nosotros”. En la pancarta con su nombre se leía “encarcelado en Jaén a 840 Kms. de Gasteiz (Vitoria), 12 años en la cárcel” Aitor fue condenado por sentencia núm. 42/05 pronunciada en 27 de octubre de 2005 por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional como autor de diversos atentados terroristas.

3.4.- Idoia portaba la pancarta con la fotografía de Ekaitz mientras el también acusado Jacoba recitaba un verso que se decía: “Cantando versos te recuerdo amigo, deberías estar aquí haciendo lo mismo”. También se explicitaba en la fotografía del anterior el siguiente lema: “Ekaitz, encarcelado en Topas, a 404 km de Gasteiz (Vitoria), 1 año en la cárcel.” El acusado Galder también procedió a la lectura de un verso con el siguiente texto: “Estas palabras llenas de fuerza, os las queremos ofrecer, con este sonido esperanzador, no ha sido fácil, pero al final hemos conseguido plasmarlo en el papel blanco”.

Otras personas sin identificar leyeron sendos textos en verso ante la fotografía de Ekaitz que llevaba Idoia, en el que se decía: “Aunque los kilómetros son las señales de la distancia, cuando queremos a una persona a pesar de estar donde esté, sentimos su templanza, más aún, cuando ése al que queremos vive valiente y sosegado, luchador y cariñoso”. “Estos cantos de ahora hasta que se liberen tus cadenas no respiraremos con tranquilidad. Ekaitz necesitamos tu libertad para ser nosotros también libres, nuestro abrazo más cálido. Ekaitz en casa y en el gaztetxe”.

Iker que participaba en el acto como miembro del grupo musical "D.", sostuvo en un momento una silueta de cartón con la fotografía de Ekaitz, a través de megafonía comenzó a corear concretas expresiones, no constando en concreto que fueran "Aupa Ekaitz, sigue luchando, sigue organizando".

Ekaitz fue condenado por Sentencia de 1 de marzo de 2011 dictada por la Sección 3.^a de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional como autor de un delito de pertenencia a organización terrorista y de un delito de daños terroristas.

3.5.- María Felisa se encargó de portar la pancarta con la fotografía del preso de ETA José Ramón, al tiempo que Iker entonaba el siguiente verso: "A pesar de 27 años dentro de una cárcel, al igual que todos los demás, también te queremos entre nosotros, que quizás estuvieras aquí con nosotros en este día de hoy, el homenaje más grande hoy en nombre de H."

José Ramón fue condenado por sentencias firmes en ocho causas distintas a diversas penas privativas de libertad cuya suma superaba en total los 241 años de prisión por distintos delitos de terrorismo.

3.6.- María Lourdes participó en la citada kalgira llevando leal cartel con la fotografía del etarra Félix Alberto, al tiempo que el acusado Jacoba cantaba un verso con el siguiente texto: "Siempre ir hasta allá no es suficiente condena, la que te han impuesto y, ahora, una nueva se la imponen a tu familia. Aquí y con nosotros estarías mejor. Aquí y con nosotros estarías mejor".

Félix Alberto condenado en Francia por su pertenencia a la organización terrorista ETA.

3.7.- Gorka condenado por sentencia de la Secc. 3^a de la Audiencia Nacional de 14/05/1997 (firme el 30/11/1998) a la pena de 6 años y un mes por el delito de incendio- se encargó de portar la pancarta con la fotografía del miembro de la organización terrorista ETA Juan Carlos. Mientras tanto Iker leyó un texto que decía: "De ahí para continuar aún dando tu poquito, lleno de amor que está el saludo de los bailarines". Juan Carlos fue condenado por Sentencia de 10 de

marzo de 2010 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por delitos de asesinato y daños terroristas.

3.8.- Víctor Manuel portaba la pancarta con la fotografía de Asier mientras se escuchaban los versos que una persona no identificaba declamaba y cuyo texto era el siguiente: “(ininteligible) para llevar los días se hacen largos mientras se está en la cárcel para hacer un homenaje (ininteligible) mejor”. “En la fotografía de Asier se hace constar encarcelado en Fleury a 991 km de Gasteiz (Vitoria), 5 años encarcelado”. Asier fue condenado por la Sección cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por colaboración con la organización terrorista ETA a la pena de siete años de prisión.

En esos momentos Iker tomó la pancarta con la fotografía de Asier y agitándola coreó la consigna “Jo Ta Ke Irabazi Arte” (sin descanso hasta ganar”).

3.9.- Ainhoa y Agurtzane portaban sendas pancartas con siluetas sin rostro en representación a miembros de la organización terrorista huidos de la justicia mientras Jacoba interpretaba un verso con el siguiente contenido: “A todos los huidos que deberían estar aquí, a todos los huidos”.

3.10.- Finalmente el conjunto de personas que representaban a los familiares de los presos de la organización terrorista ETA se colocaron todos juntos, cada uno de ellos con la foto de aquéllos, procediéndose por unos dantzaris, no identificados, a bailar el conocido aurreku de honor.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Sobre la prueba.

1.1.- El hecho principal objeto de acusación consistente en la exposición de distintas siluetas/fotografías de presos de la organización terrorista eta y refugiados, originarios de la ciudad de Gasteiz/Vitoria. Son varias las fuentes de conocimiento sobre el hecho principal que sustentan el relato anterior.

En primer lugar la prueba documental, consistente en los videos aportados por el diario La Razón (f.37) y por la Guardia Civil (f. 134), visionados en el acto del juicio oral. En relación a dicha grabación videográfica del acto, independientemente de que la misma no sea íntegra, debe dejarse constancia de la traducción de las expresiones proferidas e imputadas a los acusados, así como de las leyendas atinentes a las pancartas portadas por los últimos (traducción obrante a los folios 312ss). Subrayar como la perito traductora compareció al acto del juicio oral, se ratificó sustancialmente en la misma, sin perjuicio de las aclaraciones concluidas a instancia de las partes.

Asimismo, se tienen en cuenta las manifestaciones en el acto del juicio oral de los agentes de la ... y ..., encargados de la confección del atestado, y agentes Ertzaintza ...64 y ...65, encargados de la identificación de los participantes en el acto.

De dicha conjunción probatoria cabe concluir:

a) Con fecha 30 de junio de 2012, y en el entorno de las fiestas del casco viejo de Gasteiz/Vitoria, el colectivo “Zaharraz Harro” promovió la celebración de un acto en homenaje de los familiares de la organización terrorista ETA. Así aparecía, al menos formalmente, en los pasquines de convocatoria (Auzoak presoen eta iheslarien familiei homenaldia/El barrio homenajea a los familiares de los presos y huidos/refugiados”.

b) El día indicado, y a la hora que venía establecida para el acto (19.30), tiene lugar el mismo, siempre en la forma que se relata en los hechos declarados probados. Fundamentalmente consiste en que distintas personas, identificadas por vínculos familiares, bien de amistad con presos de la organización terrorista ETA, mientras portan una silueta con la foto, reciben un pañuelo de fiestas, así como son destinatarios de los versos o exposiciones verbales de terceros, identificados o no, y con el alcance concreto expresado en el mismo relato de hechos probados.

c) En el conjunto de las pancartas en que se portan las fotografías de los presos terroristas, se hace indicación de la cárcel en la que se encuentran, la distancia que les separa de la ciudad natal (Vitoria/Gasteiz), así como el período de tiempo que llevan privados de libertad por la comisión de delitos de

gravedad máxima, y contraria a los principios que inspiran todo Estado de Derecho.

d) Igualmente hemos de dejar constancia del alcance de la traducción de los textos, así como de las intervenciones personales acontecidas en el desarrollo de los actos. Este Tribunal, y por razones de necesaria imparcialidad en su concreción, se ha atendido a la traducción de la perito que a esos fines compareció al acto del juicio oral. Informe por ella elaborado, obrante a los folios 312-319, ratificado en el último, y que difiere en concretos extremos de la versión tenida en cuenta por el digno representante del Ministerio Fiscal a la hora de formalizar escrito de acusación. Así por ejemplo, y en lo que puede resultar sustancial, en el folio 314 de dicha traducción, donde correspondería por el momento temporal ni en su desarrollo, no se consigna como expresión imputable a Iker, la de “sigue luchando, sigue organizando”, sin perjuicio de que deba analizarse en el contexto íntegro del acto. También debe dejarse constancia de la pericial practicada a instancia de la defensa dirigida por el letrado Sr. Landa sobre el alcance de la expresión “jotake irabazi arte” (dale fuerte hasta ganar); prueba documental consistente en un video donde se observa su uso en distintas facetas sociales, conformando su alcance el propio contexto en que se verbaliza.

1.2 Prueba sobre la participación de los acusados en los citados actos.

En este extremo hemos de remitirnos a la identificación concluida por los agentes de la Ertzainta, identificación previamente consignada en este apartado de valoración de prueba. A ello hemos de añadir, sin mayor explicitación, las manifestaciones en el acto del juicio oral del conjunto de intervinientes, confirmando su presencia en el lugar a la fecha de los hechos y en los términos declarados probados.

1.3.- Finalidad de la acción. La finalidad de la acción se conforma en base al propio contenido de las pancartas exhibidas, expresiones proferidas en el desarrollo del acto, así como en el programa de actos donde se anunciaba su celebración.

A la hora de fijar esa finalidad, debe analizarse la prueba indicada, en su conjunto y contexto. Así no puede ocultarse a este Tribunal como el anuncio

del acto es en relación a un supuesto homenaje a los familiares de los presos terroristas. Posteriormente, y en el mismo desarrollo del acontecimiento, distintas personas representan a familiares de otros tantos presos terroristas. En las pancartas con las distintas fotografías de los últimos, se hace constar la prisión en la que se encuentra, su distancia con la ciudad de Vitoria, así como el período de tiempo que llevan privados de libertad por la comisión de delitos de tal entidad y gravedad. Dichas circunstancias, y en correspondencia con las expresiones que se profieren, recogidas en el relato de hechos probados, de conformidad a la traducción ya indicada (“Presas a más de cien kilómetros, siete años, hoy para ti querida amiga, versos en tu honor, un beso y un abrazo de parte de todos los nacionalistas de la izquierda”. “Para construir tu camino, ahí mismo fuerte y sin descanso, queremos homenajearte hasta que estés entre nosotros”. “Cantando versos te recuerdo amigo, deberías estar aquí haciendo lo mismo”).

“Estas palabras llenas de fuerza, os las queremos ofrecer, con este sonido esperanzador, no ha sido fácil, pero al final hemos conseguido plasmarlo en el papel blanco”. “Aunque los kilómetros son las señales de la distancia, cuando queremos a una persona a pesar de estar donde esté, sentimos su templanza, más aún, cuando ése al que queremos vive valiente y sosegado, luchador y cariñoso”. “Estos cantos de ahora hasta que se liberen tus cadenas no respiraremos con tranquilidad.

Ekaitz necesitamos tu libertad para ser nosotros también libres, nuestro abrazo más cálido. Ekaitz en casa y en el gaztetxe”. “A pesar de 27 años dentro de una cárcel, al igual que todos los demás, también te queremos entre nosotros, que quizás estuvieras aquí con nosotros en este día de hoy, el homenaje más grande hoy en nombre e Hala”. “Siempre ir hasta allá no es suficiente condena, la que te han impuesto y, ahora, una nueva se la imponen a tu familia. Aquí y con nosotros estarías mejor.

Aquí y con nosotros estarías mejor”. “De ahí para continuar aún dando tu poquito, lleno de amor que está el saludo de los bailarines”. “(ininteligible) para llevar los días se hacen largos mientras se está en la cárcel para hacer un homenaje (ininteligible) mejor”: “A todos los huidos que deberían estar aquí, a todos los huidos”), analizado todo ello en su necesario conjunto, no puede concluir, en términos de inferencia unívoca, que la pretensión fuera la de ensalzar las acciones y a las personas de los terroristas. Y excluir correlativamente que fuera la de prestar apoyo a los familiares, realizando una crítica de la denominada “dispersión”.

Podría concluirse sobre la instrumentalización de las personas de los familiares a esos ilícitos fines, pero los elementos objetivos derivados de la prueba, consignados en el párrafo anterior, únicamente permitirían entenderla como posibilidad; pero nunca excluiría la esgrimida por las defensas como factible en criterios de lógica razonabilidad.

2.- Tipicidad, Autoría y Circunstancias Modificativas.

2.1.- Así, hay que recordar, de entre los numerosísimos pronunciamientos del T.S. en relación con la materia que nos ocupa (SsTS de 21 de diciembre de 2004, 26 de febrero, 20 de junio y 17 de julio de 2007, 23 de septiembre de 2008, 5 de junio de 2008, 5 de junio y 21 de diciembre de 2009, 3 de marzo y 2 de junio de 2010 o las más recientes de 2 de febrero, 25 de abril de 2011 y 1 de abril de 2013), lo siguiente:

- Que el delito que se contiene en el artículo 578 del Código Penal, redactado conforme a la LO 7/2000, de 22 de diciembre, supone la inclusión de una actividad, como el enaltecimiento, en relación con figuras delictivas, las comprendidas en los artículos 571 a 577, y de quienes hayan participado en su ejecución, tipos, todos ellos, incluidos dentro del Capítulo dedicado a las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo, comprendiendo la promoción y constitución de organizaciones terroristas, los delitos de estragos, depósitos de armas, municiones y explosivos, delitos cometidos con la finalidad de subvertir el orden constitucional, lo que se denomina como atentados contra el patrimonio, actos de colaboración activa, como la recaudación de fondos o financiación, e incluso los que, sin pertenecer a organización terrorista realicen actos encaminados a atemorizar a miembros de una población o de un colectivo social, político o profesional.

- Que, por lo que se refiere al bien jurídico protegido por este delito, la propia Exposición de Motivos de la Ley 7/2000 nos ofrece un criterio negativo y otro positivo para su determinación, cuando dice "... 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...", sino que consiste en algo "... tan sencillo como perseguir la exaltación de métodos terroristas...", realizada mediante actos "... que producen perplejidad e

indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal...." (Vid. STEDH de 15 de marzo de 2011, caso "Otegui Mondragón vs Espagne").

No supone en modo alguno, por tanto, la 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, antes al contrario, la finalidad de la tipificación de tales conductas 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.

De esta manera el bien jurídico protegido y el fundamento de este tipo, 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 expresión o ideológica en la medida en que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrorizamiento colectivo como medio para conseguir esas finalidades.

- Que los elementos que integran esta infracción 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 es un claro 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 o difusión, como puede ser un periódico o un acto público con numerosa concurrencia.

- Que se trata de una figura delictiva consistente siempre en un comportamiento activo, excluyendo por tanto la comisión por omisión, tanto propia como impropia, siendo además un delito de mera actividad, carente de resultado material y de naturaleza esencialmente dolosa o intencional.

- Que, además, ostenta una sustantividad propia respecto de la apología contemplada en el artículo 18 del Código Penal, aunque no se puede desconocer que el enaltecimiento es una forma específica de apología.

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

Por el contrario, el enaltecimiento/justificación del art. 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito.

La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los efectuaron.

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

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

- Que, así mismo, no debe confundirse este delito de enaltecimiento o justificación, que es por el que aquí se condenó, con el de realización de actos con el propósito de " desacreditar, menospreciar o humillar " a las víctimas del terrorismo, modalidad alternativa y completamente independiente aunque contemplada en el mismo precepto, que exige un dolo específico o ánimo directo, de desprestigiar o rebajar la dignidad de las víctimas, cuya comisión no puede consistir en la ejecución de actos que, teniendo una finalidad específica distinta, de alguna manera y de forma indirecta, puedan producir dolor o angustia en las víctimas o sus familiares, cuyo sosiego y paz merece la consideración de bien jurídico protegido específico en esta concreta figura penal distinta de la del enaltecimiento.

2.2.- Pues bien, como queda dicho, en el caso que nos ocupa, remitiéndonos al punto 1.3 de esta resolución, el "factum" que hemos declarado probado, de conformidad a la prueba materializada en el acto del juicio oral no puede hacer referencia alguna a esas finalidades de alabanza, ensalzamiento ni justificación de la actividad terrorista sino tan sólo a la expresión del deseo y la demanda de que los presos condenados por tales actividades sean reagrupadas, trasladándoles a Centros penitenciarios próximos a sus domicilios de origen, realizando una crítica como consecuencia de los viajes a que son impelidos los familiares, quienes, directamente o representados por terceros, forman parte directa en los actos celebrados.

Lo que significa obviamente la simple reivindicación de una aproximación de los presos a sus hogares que, por supuesto, entraría dentro de la lícita expresión de unos meros deseos y pretensiones.

Por lo que dicha conclusión, así como la duda razonable sobre la instrumentalización o no de los familiares en relación a una hipotética finalidad de ensalzar o justificar los actos terroristas, o a sus autores deriva, en aplicación del principio in dubio pro reo, en un pronunciamiento absolutorio.

3.- Costas.

Se declaran de oficio (art. 240 LECrim).

En razón a lo expuesto

FALLAMOS

Que debemos absolver y absolvemos a Oinhane, Erlantz, Maria Jesús, Idoia, María Felisa, María Lourdes, Gorka, Víctor Manuel, Ainhoa, Agurtzane, Iker, Jacoba, Iker y Galder, del delito de enaltecimiento del terrorismo del que venían siendo acusados, declarando de oficio las costas Notifíquese la presente sentencia al acusado, a su representación procesal y al Ministerio Fiscal, con indicación de que contra la misma cabe interponer recurso de casación para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el término de cinco días, a contar desde la última notificación.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo acordamos, mandamos y firmamos, de lo que doy fe. Fernando Grande-Marlaska Gómez.- Javier Martínez Lázaro.- Nicolás Poveda Peñas.

Publicación: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado D. Nicolás Poveda Peñas, respecto de la sentencia dictada con fecha 14 de Marzo de 2.014 en el Rollo de Sala 014/2013, correspondiente al Procedimiento Abreviado 95/2012 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5.

A.- En cuanto a los antecedentes de hecho que se indican en la sentencia, con cuyo contenido jurídico y dispositivo se discrepa, estimamos, que nada afectan a la discrepancia citada, al referirse únicamente a datos de actuaciones procesales, sin comentario alguno.

B.- I.- Se discrepa del parecer de la mayoría, ya que considera por mi parte necesario hacer constar como hechos probados como consecuencia de la acusación formulada y de las circunstancias acreditadas por las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, que debía hacerse constar, frente a los establecidos por la mayoría, como hechos probados los siguientes:

“Primero.- Procede declarar probado y así se declara, que con ocasión de las fiestas del Barrio Viejo de Vitoria, dentro de los organizados por el grupo autodenominado “Zaharraz Harro”, el día 30 de Junio de 2.012, a partir de las 19.30 horas, se procedió a la celebración de un pasacalles, en el que se iban a celebrar actos que se anunciaban como homenaje a los presos y huidos políticos del barrio, ofrecido por colectivos y vecinos de la parte vieja de Vitoria, en el que figuraban como participantes los siguientes grupos y asociaciones: Movimiento de jóvenes (Gazte mugimendua); Familiares de presos y huidos vecinos dependientes del barrio; el gazteche de Vitoria, el movimiento de ocupación; cantantes de versos, bailarines; egin ayllu; bares katu; radio Hala Bedi: Electrocharanga de Deva y la izquierda nacionalista. Terminaba dicho anuncio con la frase Presos y huidos políticos vascos a casa, presos y huidos políticos vascos a la (parte) vieja.

Segundo.- Dicho pasacalles circulo por la calle Cuchillería de dicho barrio, realizando diversas paradas, en las que deteniéndose la comitiva cada vez, frente a una imagen en papel blanco de dimensiones similares a las de una persona de estatura normal, en la que se hacía constar el nombre de un preso por delito de terrorismo, el Centro Penitenciario en el que se encontraba y la distancia en kilómetros que distaba desde Vitoria y los años que llevaba en prisión.

Al realizar dicha parada, una persona afín a la idea de los organizadores del pasacalle, pudiendo estar relacionada o no con el preso del que se trataba la imagen, se adelantaba con una pancarta en alto con la fotografía del preso que fuere, y por alguno de los participantes se improvisaban unos versos en honor del mismo, loando su actividad. Asimismo en algunas paradas de las citadas, se enarbolo una fotografía de una silueta sin cara en honor de una persona huida por su actividad terrorista.

Al final del pasacalle, tras recorrer dicha calle, se leyó una carta dirigida a los asistentes por un preso y se bailo un aurreku en honor de todos ellos, mientras que las personas que habían portado las fotografías, ondeaban estas.

En dicho momento, existía una pancarta de grandes dimensiones con las palabras “presos vascos a casa”, sin mención alguna a familiares.

Tercero.- El colectivo Zaharraz Harro, promovió un video de los actos, en los que se recogían con detalle los mismos, el cual fue realizado materialmente por persona no identificada, pero fue publicitado en las redes a través de internet, en el que se comienza en forma de titulo con la imagen de la palabra “Zaharraz”, con el logotipo que la enmarca y aparece en la cartelería que se visiona en el video y culmina con el ondeo de las fotografías de los presos y huidos por actos relacionados con el terrorismo.

Cuarto.- Entre las personas que participaron activamente en dichos actos se ha podido identificar a los acusados quienes mantuvieron la siguiente actitud: Ohiane, declaró en el plenario únicamente a preguntas de su defensa que “estaba allí y le pilló” portaba una pancarta con la fotografía de la presa de la organización terrorista ETA Maite, persona con la que no le unía ninguna relación con dicho acusado, tomando la pancarta que portaba una familiar de esta y su hijo que se ausentaron del lugar, que la finalidad suya era la de “denunciar la vulneración de derechos de una persona detenida, torturada, aislada en un Centro Penitenciario y desplazada y es una vulneración de derechos inadmisibles” mientras el también acusado Iker recitaba un verso improvisado con el siguiente texto: "A mil cien kilómetros, siete años detenido, hoy para ti, querido amigo, unos versos en tu honor, un abrazo y un beso de parte de todos los nacionalistas de la izquierda”..

Maite fue condenada por Sentencia N° 39/08 de 15 de septiembre de 2008 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la por el delito de integración en organización terrorista.

Erlantz portaba una pancarta con la fotografía del miembro de ETA Txema, que fue condenado por el delito de integración en organización terrorista en Sentencia n° 73 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 19 de diciembre de 2007.

Este acusado no tenía ninguna relación personal ni familiar con el preso Jose María, prestándose a llevar la pancarta con la fotografía.

También recito versos improvisados ante las figuras de Jose Ramón y Maite y Juan Carlos.

M^a Jesús portaba una pancarta con la fotografía del miembro de ETA Aitor, que es su hijo, mientras por persona sin identificar se leía un verso con el siguiente contenido: "Para construir tu camino, ahí mismo fuerte y sin descanso, queremos homenajearte hasta que estés entre nosotros". En la pancarta con su nombre se leía "encarcelado en Jaén a 840 Kms. de Gasteiz (Vitoria), 12 años en la cárcel" Aitor fue condenado por sentencia núm. 42/05 pronunciada en 27 de octubre de 2005 por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional como autor de diversos atentados terroristas.

Idoia portaba la pancarta con la fotografía de Ekaitz, su pareja, mientras el también acusado Jacoba recitaba un verso que se decía: "Cantando versos te recuerdo amigo, tendrías que estar aquí haciendo lo mismo". También se explicitaba en la fotografía del anterior el siguiente lema: "Ekaitz, encarcelado en Topas, a 404 km de Gasteiz (Vitoria), 1 año en la cárcel." El acusado Galder también procedió a la lectura de un verso dirigido a Ekaitz con el siguiente texto: "Estas palabras llenas de fuerza, os las queremos ofrecer, junto con esta melodía de esperanza no ha sido fácil pero al final lo hemos conseguido".

Otras personas sin identificar pronunciaron sendos versos ante la fotografía de Ekaitz que llevaba Idoia, en el que se decía: "Aunque los kilómetros son las

señales de la distancia, cuando queremos a una persona a pesar de estar donde esté, sentimos su templanza, más aún, cuando ése al que queremos vive valiente y sosegado, luchador y cariñoso, valiente y tranquilo, está vivo". "Estos cantos de ahora hasta que se liberen tus cadenas no respiraremos con tranquilidad. Ekaitz necesitamos tu libertad para ser nosotros también libres, nuestro abrazo más cálido.

Ekaitz en casa y en el gazteche".

Como consecuencia de tales versos fueron coreados canticos diciendo "queremos a Ekaitz en casa" IKER que participaba en el acto como miembro del grupo musical "D.", sostuvo en un momento una silueta de cartón con la fotografía de Ekaitz, a través de megafonía comenzó a corear concretas expresiones, no constando en concreto que fueran "Aupa Ekaitz, sigue luchando, sigue organizando".

Ekaitz fue condenado por Sentencia de 1 de marzo de 2011 dictada por la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional como autor de un delito de pertenencia a organización terrorista y de un delito de daños terroristas.

María Felisa se encargó de portar la pancarta con la fotografía del preso de ETA José Ramón, de quien dice sin concretar que le une relación de parentesco, al tiempo que Iker recitaba el siguiente verso: "A pesar de 27 años dentro de una cárcel, al igual que todos los demás, también te queremos entre nosotros, que quizás estuvieras aquí con nosotros en este día de hoy, el homenaje más grande hoy en nombre e Hala".

Tales palabras provocaron gritos de los asistentes "Presos a la calle" "Amnistía Total" José Ramón fue condenado por sentencias firmes en ocho causas distintas a diversas penas privativas de libertad cuya suma superaba en total los 241 años de prisión por distintos delitos de terrorismo.

María Lourdes participó en la citada kalegira llevando leal cartel con la fotografía del etarra Félix Alberto, cuñada de un hermano del citado condenado, al tiempo que se pronunciaban versos diciendo " estés donde

estés, ya sabes amigo que me tienes aquí. Estés donde estés, ya sabes amigo que me tienes aquí”, y el acusado Jacoba cantaba un verso con el siguiente texto: "Siempre ir hasta allá no es suficiente condena, la que te han impuesto y, ahora, una nueva se la imponen a tu familia. Aquí y con nosotros estarías mejor. Aquí y con nosotros estarías mejor".

Félix condenado en Francia por su pertenencia a la organización terrorista ETA.

Gorka condenado por sentencia de la Secc. 3a de la Audiencia Nacional de 14/05/1997 (firme el 30/11/1998) a la pena de 6 años y un mes por el delito de incendio se encargó de portar la pancarta con la fotografía del miembro de la organización terrorista ETA Juan Carlos, con quien no le unía otra razón que la de coger y portar la pancarta con la foto del condenado citado que estaba en el suelo.

Se cantaron unos versos que decían “El enemigo como siempre oprimiendo al pueblo, tú sigues dentro, llevas diez años en la cárcel, diez años en la cárcel has pasado todo tipo de cosas, has conocido la soledad, diez años de cárcel”. Mientras tanto Iker leyó un texto que decía: "De ahí para continuar aún dando tu poquito, lleno de amor que está el saludo de los bailarines". Juan Carlos fue condenado por Sentencia de 10 de marzo de 2010 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por delitos de asesinato y daños terroristas Víctor Manuel portaba la pancarta con la fotografía de Asier, de quien declara que es solo amigo, mientras se escuchaban los versos que una persona no identificaba declamaba y cuyo texto era el siguiente: "(ininteligible) para llevar los días se hacen largos mientras se está en la cárcel para hacer un homenaje (ininteligible) mejor". Y entre aplausos, “el único camino es la lucha, el único camino, solo uno, el único camino”.

"En la fotografía de Asier se hace constar encarcelado en Fleury a 991 km de Gasteiz (Vitoria), 5 años encarcelado". Asier fue condenado por la Sección cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por colaboración con la organización terrorista ETA a la pena de siete años de prisión.

En esos momentos IKER tomó la pancarta con la fotografía de Asier y agitándola coreó la consigna "Jo Ta Ke Irabazi Arte" (sin descanso hasta ganar").

Ainhoa y Agurtzane portaban sendas pancartas con siluetas sin rostro en representación a miembros de la organización terrorista huidos de la justicia mientras Jacoba interpretaba un verso con el siguiente contenido: "A todos los huidos que deberían estar aquí, a todos los huidos".

Asimismo se pronunció el verso: "Porque los queremos aquí, danzando de un sitio a otro, porque los queremos traer nosotros, libres a la (parte>) vieja vamos a la libertad" y como gritamos fuerte los presos vascos en casa, porque están ahí dentro en cárceles lejanas, porque nos conocemos de aquí en la victoria." A continuación se leyó una carta de un preso en Jaén, en la que se decía...un abrazo muy grande a todos y esperamos estar ahí con vosotros pronto, comiendo, bebiendo, bailando, pero también construyendo el barrio, ya que es trabajo de todos. Amnistía, autodeterminación" Finalmente el conjunto de personas que portaban las pancartas con las fotos de los presos de la organización terrorista ETA se colocaron todos juntos, cada uno de ellos con la foto de aquéllos, ondeando las mismas, precediéndose por unos dantzaris no identificados, a bailar el conocido auresku de honor.

C.- En cuanto a los fundamentos jurídicos de la sentencia con la que se discrepa, nos pronunciamos sobre los mismos en idéntico orden que se formulan en la sentencia mayoritaria.

Se discrepa del contenido del fundamento jurídico primero de la sentencia de la mayoría relativo a la prueba en sus distintos apartados:

1.1. Respecto del hecho principal objeto de la acusación consistente en la exposición de distintas siluetas y fotografías de presos de la organización terrorista ETA y huidos originarios de la ciudad de Vitoria, Se admite por mi parte, en parte, la que la mayoría refiere como fuentes de conocimiento, basada en el video que fue visionado en el acto del juicio, y la traducción al castellano de las palabras pronunciadas y letreros escritos en vasco, que fue asimismo ratificada en el acto del juicio por la traductora perito interviniente, siendo asimismo relevante el testimonio de los miembros de la Guardia Civil y

Ertzaintza encargados de la identificación de las personas intervinientes, coincidiendo la imagen con los acusados según se pudo comprobar de acuerdo con el principio de inmediación.

Las defensas de los acusados, con sus preguntas a los acusados, sin la contradicción correspondiente al negarse estos a contestar a las acusaciones, ha intentado desvirtuar el video citado, mediante la no acreditación del autor material del mismo. Más no podemos olvidar que esta prueba, visionada en el acto del juicio, presenta en primer lugar, a modo de título-presentación el anagrama de la agrupación “Zaharraz Harro”, conteniendo su primera palabra, circundada con un dibujo en forma de nube es el comienzo del video, anagrama idéntico al que es visionado en los carteles que se pueden ver en el video. Asimismo tal visionado en el juicio oral, determina la identidad de los acusados que se encontraban en el acto del juicio, con las personas que aparecen en el video, hecho que tampoco ellos niegan, lo que establece su verosimilitud y eficacia probatoria.

Pero además, se ha de hacer constar como medio de conocimiento, el testimonio de los propios acusados y el de los testigos que deponen en el plenario, a los efectos de relevancia respecto de la finalidad del acto.

En cuanto al valor de las declaraciones prestadas en el juicio oral, las mismas carecen del contenido exculpatario que se pretende, ya que siendo principio del proceso penal en cuanto al juicio oral, la contradicción, los acusados al negarse a contestar a las preguntas de las acusaciones publica y popular, hurtan tal contradicción, por lo que sus manifestaciones declarando únicamente a las preguntas de sus letrados defensores carecen de efecto alguno.

Los acusados no obstante, con intervención de partes, en las diligencias sumariales, en concreto en las diligencias realizadas ante el Juez Instructor con contradicción y fe pública judicial, consta que se pronuncian respecto de las personas cuyos nombres figuraban en las siluetas y su imagen en las fotografías como “presos políticos”, lo que determina un posicionamiento en los términos que las acusaciones apuntan, y aun cuando es de merecer el alegato del Letrado de la defensa del acusado Iker, sobre el carácter político de tales presos homenajeados, no merece otra valoración que la de una mera manifestación, más propia de un foro partidista que de un Tribunal de Justicia, dicho esto con el mayor respeto al derecho de defensa, ya que no puede compararse una persona que es presa y condenada en juicio por sus ideas

políticas (preso político) con otra que lo es por realizar actos tales como asesinatos, estragos, etc., (preso terrorista) Más no solo adquiere relevancia tal manifestación reiteradamente realizada, sino también el hecho de que a instancia de la defensa interviene como testigo en el plenario Francisco Javier, hermano del preso homenajeado Juan Carlos, que manifiesta que le invitaron a ir al pasacalles por teléfono, el mismo día y por la tarde, lo que establece una evidente falta de incidencia familiar en el acto, y adquiere relevancia dada la hora de comienzo del acto, las 19,30 horas, y sin que llamaran a otros parientes del citado condenado.

Otros acusados, participan en el acto portando las fotografías de forma voluntaria, sin parentesco alguno, aludiendo a la mera casualidad como causa de tal hecho, así Erlantz indica que cogió la foto ya que la familia iba con un niño que lloraba y no la llevaba. Asimismo Gorka manifiesta que recogió la pancarta con la foto se Juan Carlos del suelo Por su parte la testigo, igualmente de la defensa Maria Cristina reconocido que se grito al final del acto las palabras Jo ta Ke.

El testigo Aitor, miembro de la Electrocharanga de Deva, que manifiesta que no fueron allí convocados por los familiares de los presos, sino por la asociación de bares.

El acusado Iker miembro de tal grupo, participa recitando versos improvisados a favor de algunos de los presos.

Sin embargo tal participación no es casual, como parece desprenderse de sus manifestaciones, ya que figuran con su nombre entre los colaboradores del acto, según la documental visionada en el acto del juicio.

Merece igualmente consideración especial la manifestación del perito llamado Ekaitz, que se manifiesta como tal en cuestiones relacionadas con el recitado de versos como cultura popular.

Manifiesta dicho perito tras examinar los versos que se pronuncian en el pasacalles, que no se corresponden con unos auténticos versos propios de versolaris, ya que no guardan métrica ni rima.

Más la realidad es que tales palabras se pronuncian a modo de versos improvisados, con el contenido que ha quedado detallado en los hechos probados, con lo que se viene en inferir que no se trata de una actuación versolari, sino de un homenaje en forma oral buscando la reacción de los asistentes, a modo de arenga pública.

Ha quedado demostrado con la pericial de traducción cual es el contenido de tales “versos”, y se advierte de él, que la mención es constante y forma única a favor de los presos a los que se homenajea, palabra esta de homenaje, que es pronunciada expresa y textualmente en varios momentos.

Por último, y en cuanto a la expresión Jo ta ke, sobre la que la defensa nos ilustra con un video en el acto del juicio, evidentemente se trata de una expresión, que debe valorarse en el conjunto del momento, lugar y ocasión en que se produzca. Es lógico que se pueda producir en un partido de futbol, pero la realidad es que no nos encontrábamos en dicho lugar, momento ni ocasión, sino en un acto en homenaje a los presos terroristas, y tales palabras deben contextualizarse en este acto, no creo que los asistentes gritaran a favor del equipo de futbol de Vitoria, sino que pronunciaban tales gritos con dicho texto, en el entorno, del momento de un homenaje a los presos de ETA, y como esta banda terrorista culminan su acto, como la misma sus comunicados escritos y orales que realiza pronunciando o escribiendo las palabras Jo ta ke, como signo de su continuidad en la actividad hasta el final.

Como conclusión de todo lo anterior, dicho esto con todo y el máximo respeto hacia la mayoría, estimo que no se ha producido una valoración de la prueba existente y válida en el presente juicio, que según mi criterio ponía de manifiesto una actividad en los enjuiciados de unánime homenaje a los presos citados.

Estimo, que conforme a las reglas de la sana critica, conforme a lo previsto en el art. 741 de la Lecr. No cabe otra valoración de la misma y por tanto otra consideración que la por mi parte indicada.

1.2. En cuanto a la prueba de la participación de los acusados en los citados actos.

Estoy conforme en este punto con el parecer de la mayoría, cuando se establece la referida participación de la conjunción del contenido del visionado del video citado; del testimonio testifical de los agentes que reconocen e identifican a los participantes acusados, y de la propia conclusión que el Tribunal pudo establecer al comparar las imágenes del video en cuanto a las personas que intervenían en el acto y su actividad, con la identidad de las personas que se encontraban en el acto del juicio como acusados.

1.3. Respecto del fundamento correspondiente que la mayoría titula finalidad de la acción, se discrepa, con todos los respetos a la misma.

No se trata como finalmente parece desprenderse del texto mayoritario de una crítica a la dispersión de presos terroristas como se pretende argüir por las defensas, y para ello se realiza un acto que se dice homenajea a los familiares.

En primer lugar, hemos de partir de un hecho tremendamente significativo, y es el de que en los anuncios del acto, que han sido traducidos por el interprete y ratificados en el acto del juicio, claramente se desprende que se trata de un acto a favor de los presos y huidos vascos enraizados en Vitoria en su parte o casco viejo.

Tal anuncio no cita como objeto del acto un homenaje a los familiares, de los mismos, sino que por el contrario estos aparecen textualmente determinados como participantes. “Familiares de presos y huidos vecinos dependientes del barrio”.

Se les identifica como participantes, que no es lo mismo que como objeto del acto, en el mismo sentido que se identifica a otras agrupaciones, como “el gazteche de Vitoria”; el movimiento de ocupación; “versolaris”; bailarines; “egin ayllku”; “bares katu”, radio “hala bedi”; “electrocharanga de Deva” y la “izquierda nacionalista”.

Si atendiéramos al razonamiento que realiza la defensa y en parte acoge la mayoría, tendríamos que un participante congregante del acto se convierte en

objeto del mismo, y lo mismo podríamos decir de los demás grupos, agrupaciones o movimientos citados.

Es evidente que tal razonamiento cae por su base por ilógico.

En segundo lugar, cabe expresar, la especial parafernalia del pasacalles, apreciándose que no se trata de una mera convocatoria para los familiares de los presos y huidos, sino que se confeccionan siluetas que se colocan en el recorrido completo de la calle por la que transcurre, como si se tratara de unas estaciones, perfectamente establecidas, así como unas pancartas con las fotos de los presos terroristas pegadas en las mismas y sujetas con un palo, para que se levantaran y vieran por encima del público asistente. En tercer lugar, tenemos los, según el perito de la defensa, mal llamados versos, que hacen referencia única y exclusiva a los presos terroristas, a los que se ensalza, que se les evoca, y a los que textualmente se les homenaja. No existe más referencia a los familiares, que como hemos visto en los hechos probados no son todos, e incluso a algunos no se les avisa, o se les avisa tarde como se ha dicho.

Se discrepa en cuanto a la instrumentalización de que nos habla la sentencia de la mayoría, las personas intervinientes, sabían a lo iban, al homenaje a los presos de ETA, y adquieren un protagonismo voluntariamente, tanto los que portan las pancartas, alguno la coge del suelo, como los que arengan con supuestos “versos” a los asistentes, para terminar, con un aurreku en honor de los presos, cuyas fotos, y no las imágenes de los familiares, son las que se ven en el video de la asociación del Casco Viejo ya nombrada.

Son constantes las actuaciones de instrumentalización que realiza el entorno de ETA, acudiendo a actuaciones rayanas en lo legal-ilegal, pero en este caso, no considero que se trata de una instrumentalización, sino de una efectiva participación en un homenaje a los presos de la banda terrorista citados.

2.- En cuanto al examen del fundamento sobre tipicidad, autoría y circunstancias modificativas, se discrepa por mi parte, del parecer de la mayoría, dicho esto con el máximo respeto y consideración.

2.1 Los acusados lo vienen siendo por su cualidad de autores de un delito de enaltecimiento del art. 578 del Código Penal.

Se coincide con la mayoría que no es pacífica la Jurisprudencia respecto del contenido de la figura del enaltecimiento como tipo penal previsto en la norma citada.

La reforma operada en dicho precepto contenida en la Ley Orgánica 7/2000 de 22 de Diciembre, ha venido en concretar las actividades, que integran dicho tipo penal, habiéndose ampliado conforme a la misma, no solo el ensalzamiento de organizaciones y de actos terroristas, sino también el de sus ejecutores.

Enaltecer equivale a elogiar, u justificar como hacer aparecer las acciones terroristas como legítimas, lo que puede realizarse por cualquier medio (STS 26.2.07 y 17.7.07). Es de significarse por mi parte, como también recoge la mayoría, que tal actividad considerada típica puede colisionar con los derechos de libertad de expresión o de criterio político (STS 21.12.04 y 17.7.07) Por ello procede delimitar muy concretamente el objeto de las conductas realizadas para considerar su tipicidad, para en este caso no vulnerar el derecho a la libertad de expresión política.

Partiendo del contenido jurisprudencial de la STEDH de 8 de Julio de 1.999 que recoge la sentencia de la mayoría, el contenido del tipo que nos ocupa, y también conforme a la STC de 7.11.2007 cabe centrarlo en 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 expresión o ideológica en la medida en que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre.

El tipo penal citado recoge no solo la difusión de los delitos, sino también la de quienes hayan participado en su ejecución, que es la conducta que se advierte en el caso que nos ocupa, donde como consecuencia de unas fiestas populares, y aprovechando el momento de congregación pública, se procede a homenajear a los presos de la banda terrorista, considerando en lógica

progresión, que sus conductas son dignas de elogio, y no merecedoras del castigo que penan por sus actos.

No se realiza una reivindicación de cada uno de los actos delictivos por los que han sido condenados los en dicho momento presos, sino que se justifica su conducta, pidiendo su libertad, con desprecio de la norma penal, del daño efectuado.

En definitiva, aquí no ha pasado nada, nada malo se ha hecho por los presos que deben estar en libertad, es el mensaje directo que se desprende en los actos de los acusados, a quienes se les dedica un homenaje como merecedores de premio o consideración, repetimos con desprecio de sus actos ilícitos.

Con ello además se promueve el denominado discurso del odio, contra las personas, instituciones etc., que no permiten la libertad de los presos y su vuelta al casco viejo de Vitoria.

Estimo frente al parecer mayoritario que en el presente caso, la magnitud del acto, su preparación y su dinámica permiten considerar la actividad desarrollada por los acusados como integradora del tipo penal por el que venían siendo acusados.

2.2. Partiendo de la consideración antes citada, y acreditada la participación de los acusados en los hechos, estimo procedía la emisión de una sentencia condenatoria de los acusados en los términos interesados por el Ministerio Fiscal y la Acusación Popular, apreciándose las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal establecidas.

Asimismo estimo procedía la condena en costas de los acusados, incluida la de la acusación popular, como consecuencia de la actividad realizada por la misma como promotora de esta causa.

Es evidente que con lo anteriormente expuesto se establece por mi parte un criterio diametralmente distinto del parecer mayoritario, y en este sentido, con

pleno respeto a la opinión de mis compañeros, emito este voto en Madrid, a 14 de Marzo de 2.014.