



ABOGACÍA
GENERAL DEL
ESTADO

DGI

01 JUL. 2015

SERVICE DE L'EXECUTION
DES ARRETS DE LA CEDH

1. Sentencia 24/2012, de 30 de mayo, dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección tercera, en rollo de Sala 11/2011.



AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
SECCIÓN SEGUNDA

N.I.G. 28079 27 2 2009 0003524

ROLLO DE SALA: PA 11/2011
PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: PA 258/2009
JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº 5

SENTENCIA nº 24/12

COPIA

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:
DON FERNANDO GARCÍA NICOLÁS
DON ÁNGEL HURTADO ADRIÁN (Ponente)
DON ENRIQUE LÓPEZ LÓPEZ

Madrid, 30 de mayo de 2012

Visto, en juicio oral y público, ante esta Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el presente Rollo de Sala, nº 11/11, dimanante del Procedimiento Abreviado 258/09 del JCI nº 5, seguido de oficio por delito de enaltecimiento del terrorismo contra **DAVID URDIN PÉREZ**, DNI 72.703.025-W, hijo de Pedro y de Ángeles María, nacido el 3 de mayo de 1981, en Pamplona, contra **OHIAN UNAI ATAUN ROJO**, DNI 72.812.594-E, hijo de Luis María y de María Puy, nacido el 14 de junio de 1988, en Pamplona, contra **MIKEL MARÍN IRUROZQUI**, DNI 72.690.399-A, hijo de Miguel Ángel y de María Luisa, nacido el 21 de marzo de 1981, en Pamplona, contra **IRATI MÚGIKA LARRETA**, DNI 72.504.116-F, hija de Juan María y de Lourdes, nacida el 22 de mayo de 1985, en Amezketta (Guipúzcoa), y contra **JOSU ESPARZA IRAIZOZ**, DNI 72.696.774-F, hijo de Juan y de María Rosario, nacido el 27 de enero de 1979, en Pamplona, todos ellos en libertad por la presente causa y representados por el procurador D. Javier Cuevas Rivas y defendidos por la letrada Doña Jaione Carrera Ciriza. Asimismo, ha sido parte el MF, representado por el Ilmo. Sr. D. Carlos Bautista Samaniego, y Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ángel Hurtado Adrián.

ANTECEDENTES PROCESALES

TERCERO.- El Ministerio Fiscal al elevar sus conclusiones a definitivas, calificó los hechos procesales, como constitutivos de un delito de enaltecimiento de terrorismo, previsto y penado en el art. 578 CP, reputando responsables del mismo, en concepto de autores, a los cinco acusados, en quienes no concurren circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, a excepción de **JOSU ESPARZA IRAIZOZ**, en quien concurre la agravante de reincidencia, nº 8 del art. 22 CP, solicitando la pena de UN año y SEIS meses de prisión e inhabilitación absoluta por un periodo de OCHO años para **DAVID URDIN PÉREZ**, **OHIAN UNAI ATAUN ROJO**, **MIKEL MARÍN IRUROZQUI** e **IRATI MÚGIKA LARRETA**, y la de DOS años de prisión e inhabilitación absoluta por un periodo de NUEVE años para **JOSU ESPARZA IRAIZOZ**, y pago de las costas por quintas partes.

CUARTO.- La defensa de los acusados, en el mismo trámite, mostró su disconformidad con el relato de los hechos formulado por el MF, solicitando la libre absolución de sus patrocinados, por considerar que no existe delito alguno.

HECHOS PROBADOS

Con motivo de la 16ª edición de la carrera popular denominada "Korrika", que cada dos años recorre Euskadi, Navarra y el País Vasco Francés, organizada por AEK (Coordinadora de Alfabetización de Adultos), celebrada entre los días 26 de marzo y 5 de abril de 2009, bajo el lema "ongi etorri euskaraz bizi nahi dugunon herrira" (bienvenido al pueblo <http://www.askatu.org/> de l@s que queremos vivir en euskera), el día 28 de marzo, **JOSU ESPARZA IRAIZOZ, DAVID URDIN PÉREZ, OHIAN UNAI ATAUN ROJO, MIKEL MARÍN IRUROZQUI e IRATI MÚGIKA LARRETA**, todos ellos mayores de edad, estando de acuerdo, exhibieron banderolas a favor de presos de la organización terrorista ETA y fotografías de miembros de dicha organización a su paso por el barrio de San Juan de Pamplona, a la altura de la prisión, en el Km. 404 de su recorrido, en el cual correspondía llevar el "Lekuko" ("Testigo") al colectivo "Presoen Lagunak" ("Amigos de los Presos"), y de cuya subvención, aunque finalmente no fuera abonada, se había hecho cargo Amnistiaren Aldeko Mugimendua (Movimiento Pro Amnistía), para, durante su transcurso, "mostrar solidaridad a los presos políticos vascos".

Desde el referido Km. 404, y hasta al menos el paso por el barrio de la Milagrosa, fue utilizado por los acusados para dar publicidad mediante las referidas banderolas y fotografías a diferentes individuos pertenecientes a la referida organización, así como para reivindicar el reagrupamiento, de lo que denominaban presos políticos, en las cárceles de Navarra.

La adquisición del referido Km. 404 fue difundida por medio de un comunicado en la página web www.askatu.org divulgado el anterior día 27, en el cual, textualmente, se podía leer: "el kilómetro del Movimiento Pro-Amnistía tiene el número 404 y pasará por la cárcel de Pamplona sobre las 13.30. Hacemos un llamamiento a los ciudadanos a que se acerquen al lugar para mostrar la solidaridad con los presos políticos vascos y contra la represión". Aparecía junto al logotipo de la organización terrorista Gestoras-Askatasuna, siendo **JOSU ESPARZA IRAIZOZ** quien se había encargado de la adquisición del Km. 404, y quien también presidía la marcha, ocupando un lugar a la cabecera.

DAVID URDIN PÉREZ, quien se encontraba igualmente en la cabecera, portaba a la altura de dicho Km. una foto de María Lizarraga Merino, condenada en sentencia 64/2010, de 8 de noviembre, de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, hoy firme, por pertenencia a organización terrorista, y durante el resto del recorrido una foto de Jose Miguel Almandoz Erviti, condenado en Francia en sentencia de 26 de noviembre de 2009, también firme, por integración en organización terrorista.

OHIAN UNAI ATAUN ROJO, también en la cabecera, llevaba en el Km. 404 una fotografía de Hodei Ijurco Iroz, condenado en sentencia firme, de fecha 2 de noviembre de 2009, de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por delitos de tenencia de explosivos con fines terroristas y por delito de atentado, y durante el resto del recorrido una foto de Iker Araguas Jusue, procesado en auto de 19 de octubre de 2009, y preso por el Sumario 65/09 del JCI nº 3, por delito de integración en organización terrorista.

MIKEL MARÍN IRUROZQUI, asimismo desde la cabecera, a la altura del mismo Km. portaba la foto del referido Iker Araguas Jusue.

COPIA



IRATI MÚGIKA LARRETA, igualmente, se encontraba a la cabecera de la marcha, portando una bandera en la que se podía leer "EUSKAL PRESO ETA IHESLARIAK", y durante su recorrido, al paso por el barrio de la Milagrosa, llevaba una foto de Iñaki Marín Mercero, condenado por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, en sentencia de 17 de marzo de 2010, ya firme, por delito de tenencia de explosivos con fines terroristas, y en sentencia de 30 de noviembre de 2010, también firme de la Sección Primera, por delito de daños

Ninguno de los acusados tiene antecedentes penales, a excepción de **JOSU ESPARZA IRAIZOZ**, que, entre otros, ha sido condenado por hechos cometidos el 5 de julio de 2003, por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en sentencia firme de 1 de septiembre de 2005, como autor de un delito de terrorismo, a la pena de UN año de prisión e inhabilitación absoluta de SIETE años.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo, previsto y penado en el art. 578 CP, tal como resulta de la prueba practicada en el acto del juicio oral, en relación con la que obra en el resto de las actuaciones, cuyo análisis y valoración desdoblaremos en dos bloques, uno en relación con los acusados **DAVID URDIN PÉREZ, OHIAN UNAI ATAUN ROJO, MIKEL MARÍN IRUROZQUI e IRATI MÚGIKA LARRETA**, y el otro dedicado al acusado **JOSU ESPARZA IRAIZOZ**.

A) La prueba que acredita la participación de los cuatro primeros acusados en los hechos de autos resulta, fundamentalmente, de sus propias declaraciones, las cuales vienen a ser coincidentes, en lo sustancial.

En efecto, los cuatro han reconocido que participaron en la "Korrika" celebrada entre el 26 de marzo y el 5 de abril de 2009, a su paso, el día 28, por su Km. 404 en Pamplona, y todos ellos se han reconocido en las fotos en que, cada uno aparece, con las fotografías y/o banderolas que cada cual portaba, si bien la razón que han esgrimido para portarlas se puede resumir diciendo que era para denunciar la política de dispersión de los presos, que llaman políticos, o la situación en que estos se encontraban, pero que, en ningún caso, pretendían realizar homenaje o alabanza alguna, o ensalzar a nadie.

La prueba pericial fisonómica, obrante a los folios 651 y ss. del tomo 3, ratificada, por lo demás, en el acto del juicio oral por los funcionarios que la realizaron, corrobora que los acusados portaban los signos que a cada cual se atribuyen, mientras que las hojas histórico-penales de cada uno de los individuos que aparecen en las fotografías (folios 156 y ss. del tomo I de la pieza documental), y la sentencias condenatorias y auto de procesamiento que les afectan (tomo I de la pieza documental), confirman la circunstancia de que todos ellos eran individuos que habían participado en la ejecución de algún delito de terrorismo, extremo del que no queda duda que eran conscientes quienes los portaban, por cuanto que sabían que se encontraban en prisión por tal tipo de delitos, cualquiera que fuera la denominación eufemística con que los quisieran denominar.

Así pues, el hecho objetivo no ofrece dudas para los cuatro primeros acusados, de quienes se pretende su absolución en consideración a que en ninguno de ellos concurriría el elemento subjetivo de enaltecer a nadie, particular sobre el que nos detendremos en el siguiente fundamento de derecho.

COPIA



B) La prueba acreditativa de la participación de **JOSU ESPARZA IRAIZOZ** va por otro camino, habida cuenta que este acusado, a quien se atribuye haberse encargado de adquirir el paso por el Km. 404, ha negado que tuviera que ver con tal adquisición, como también con la organización de la marcha a su paso por él. Niega, asimismo, que, aunque se encontraba en la cabecera de la misma, lo hiciera con la finalidad de realizar homenaje alguno, y sí, tan solo, para mostrar su protesta por lo que considera vulneración de los derechos de los presos.

Que este acusado se encontraba en la "korrika", no queda duda, por cuanto que se reconoció en la foto obrante al folio 406 del tomo 2, que le fue exhibida a instancia de su defensa. Dicha foto se reproduce con motivo del informe fisonómico, en los folios 653 del tomo 3, donde se le coloca con el número 1 (imagen 3) y 655 (imagen 7), cuyo recorte de su imagen es la primera que hay en el folio 664. Es cierto que, como decía el acusado en juicio, no portaba ninguna foto o pancarta, y que se encontraba en un lateral, pero no es menos cierto que caminaba destacado y diferenciado del grueso de la marcha, adelantado con respecto a ella, a la altura de quienes la encabezaban con las fotos y signos litigiosos; por ello es por lo que hemos dicho que se encontraba en la cabecera, que consideramos que es un dato significativo, en la medida que es en ese núcleo donde se desarrolla la actuación delictiva, y por ello, también, que estaba de acuerdo con quienes materialmente exhibían las fotografías, pues, además, como pasamos a exponer, fue quien se encargó de la adquisición del Km. 404.

Junto a lo anterior, consideramos que queda probado que él se encargara de comprar el Km. 404, para lo cual partimos de los informes policiales obrantes a los folios 144 y ss. del tomo 1 y 610 y ss. del tomo 3, ratificados por los funcionarios policiales que los elaboraron en el acto del juicio oral.

En efecto, en el folio 154 se refiere al recorrido de dicho Km, y se explica que desde un comunicado emitido el 27/04/2009 (el día anterior al paso por Pamplona) por Amnistiaren Aldeko Mugimendua (Movimiento Pro Amnistía) y publicado en la página web www.askatu.org se hace un llamamiento a los ciudadanos a acercarse al lugar sobre las 10.30, comunicado en el que es constante la mención a presos políticos, y que textualmente termina diciendo: "el kilómetro del Movimiento Pro-Amnistía tiene el número 404 y pasará por la cárcel de Pamplona sobre las 13.30. Hacemos un llamamiento a los ciudadanos a que se acerquen al lugar para mostrar la solidaridad con los presos políticos vascos y contra la represión" (folio 189, tomo 1). Por lo demás, la vinculación de la página web citada con la organización terrorista Askatasuna no ofrece dudas, aunque solo sea porque en ella figura, en el encabezamiento y de manera destacada, el anagrama de esta ilegalizada asociación, como tampoco se ha cuestionado que al paso por dicho Km. correspondía llevar el "Lekuko" ("Testigo") al colectivo "Presoen Lagunak" ("Amigos de los Presos"), (folio 512 y 516, tomo 2).

Por otra parte, queda acreditado que **JOSU ESPARZA** es la persona responsable y portavoz de Amnistiaren Aldeko Mugimendua (Movimiento Pro Amnistía) a través del informe obrante a los folios 191 y ss. del tomo 1, donde la fuerza policial relata la actividad que en tal sentido desarrolla. Es cierto que la base documental sobre la que se apoya es información obtenida de medios de comunicación, pero la defensa ni siquiera ha puesto en duda lo que en ella se indica sobre la condición de portavoz de dicho movimiento de su patrocinado, y este no ha negado esa condición de tal, con la que se le identifica en los recortes periodísticos incorporados; como tampoco se puede negar su papel principal, propio de quien ostenta una máxima responsabilidad, como la portavoz, dentro del mismo movimiento, según lo evidencia su posición central en las mesas de los eventos de que se deja reflejo en los folios 200, 201 o 206. De hecho, el acusado, en el acto del juicio oral, reconoció

haber realizado un trabajo público y haber participado en ruedas de prensa como en las que figura en la documentación incorporada en el referido informe.

De la constatación de los anteriores datos es por lo que consideramos que **JOSU ESPARZA** se encargó de adquirir el Km. 404, al menos al nivel que se precisa, para, en el marco del derecho penal, considerar acreditado que así fuera, pues, siendo el principal responsable del Movimiento Pro-Amnistía, no es razonable que desconociera que desde este se gestionase la intervención en un acto tan significativo, como el que llaman de reivindicación o solidaridad con los presos políticos (actividad, por lo demás, característica de este Movimiento), hasta el punto de fomentar que participe la ciudadanía, en general, en dicho acto, y luego, estando presente en él, en lugar destacado, próximo a quienes portan fotos y signos que se encuentran en sintonía con lo que se fomenta, se pretenda ser ajeno a ello. Dicho de otra manera, no puede pretender que su actuación pase por una intervención neutra, cuando en la marcha está junto a quienes portan los signos litigiosos, signos que se encuentran en plena sintonía con lo que se difunde desde la comunicación que, a través de internet, realiza un movimiento en el que ocupa un papel destacado, y su participación en la marcha no deja de ser un acto que se encuentra en la misma línea de otros en los que él ha tenido una intervención directa y destacada.

En las anteriores circunstancias, no cabe considerarle como un tercero ajeno a los hechos, ni tampoco pretendemos hacerle responsable, para quien entendiere que adoptó una posición pasiva (incompatible, dicho sea de paso, con el delito de enaltecimiento de terrorismo), sino que lo que consideramos es que, en cualquier caso, toleró que se realizara una labor de promoción y preparación para lo que luego acabó aconteciendo en la "korrika", que pudo controlar, hasta el punto de que, para llevar a cabo tal control, estuvo presente en el lugar desde el que se podía y debía controlar lo que con anterioridad se había promocionado desde ese Movimiento del que era principal responsable.

Es esta la única conclusión razonable que encontramos, a no ser que se nos hubiera proporcionado otra por la defensa, que no se ha hecho, pues se ha limitado a decir que su patrocinado era ajeno a quienes portaban los símbolos y fotografías litigiosas; y así lo estimamos, porque si, en el curso de la "korrika", una determinada actividad a favor de los presos es promocionada por el Movimiento del que **JOSU ESPARZA** es principal responsable, como portavoz, si eso que se promociona se difunde a través de Askatasuna, si él está presente en los actos organizados por ese Movimiento del que es portavoz y máximo responsable, y, además, a su cabecera, sin ni siquiera haber negado en juicio, porque no contestó al MF, que allí estuviera como portavoz, estamos hablando de una actuación que contribuyó de manera eficaz al desarrollo de la exaltación que durante la marcha se produjo a favor de las reivindicaciones que, en relación con los presos, se pretendieron, siendo por ello, por lo que consideramos que tuvo una participación activa, a nivel de autoría, en la exaltación y homenajes que allí tuvieron lugar.

SEGUNDO.- Acreditado que los cinco acusados estuvieron presentes en la "korrika" a su paso por Pamplona el día 28 de marzo de 2009, tal como ha quedado expuesto en el razonamiento jurídico anterior, y que cada cual portó las fotografías o signos que cada cual portó, o contribuyó, promocionó o fomentó a que se portasen en los términos que en dicho razonamiento se ha dicho, la cuestión que resta por analizar es la relativa al elemento subjetivo del delito, que es negado también por la defensa, fundamentalmente desde dos puntos de vista; uno esgrimiendo que sus patrocinados no eran conscientes de que su actividad fuera delictiva, y el otro que no tenían intención de homenajear o realizar acto de ensalzamiento alguno a favor de ETA o alguno de sus miembros, sino que lo que pretendían era una reivindicación y protesta ante la política de dispersión de los presos navarros.

COPIA



A) Con la alegación de que los acusados no eran conscientes de que la actividad que desarrollaban fuera delictiva, lo que en el fondo se está invocando, es que concurre un error de prohibición, que en eso consiste esta clase de error, cuando es directo, esto es, en el desconocimiento de la norma que prohíbe la conducta que se realiza. En definitiva, faltaría el dolo en el autor.

El argumento que se utiliza para mantener esta postura se construye a partir de que, en ocasiones anteriores, se han producido manifestaciones del estilo de la de autos, en las que se portaron fotografías de presos de la banda ETA y, sin embargo, no dieron lugar a la apertura de diligencias policiales ni penales, lo que pone en relación la defensa con la Instrucción de la Fiscalía 528, de 21 de julio de 2009 (folio 113 del Rollo de Sala), con la que quiere dar a entender que actuaciones del tipo de la que nos ocupa solo se inician por orden de la Fiscalía, porque las fuerzas de seguridad no tendrían claro la relevancia penal de las mismas, y manteniendo también que sus patrocinados no podían saber que aquello que realizaban fuera delictivo.

Conviene comenzar este apartado haciendo una referencia al tratamiento dado por el Tribunal Supremo al error de prohibición, y, en este sentido, la STS 262/2012, de 3 de abril de 2012, en su FJ 1º, expone lo siguiente: *“la jurisprudencia de esta Sala -por todas STS 336/2009, de 2-4 - sobre el error de prohibición ha señalado que éste se constituye, como reverso de la conciencia de la antijuricidad, como un elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho, o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente. No cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor cree que la sanción penal era de menor gravedad, y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida y únicamente se excluye, o atenúa, la responsabilidad cuando se cree obra conforme a derecho. Además, el error de prohibición no puede confundirse con la situación de duda, puesta ésta no es compatible con la esencia del error que es la creencia errónea, de manera que no habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la licitud del hecho y decide actuar de forma delictiva, existiendo en estos supuestos culpabilidad de la misma manera que el dolo eventual supone la acción dolosa respecto a al tipicidad subjetivo (STS 1141/97 de 14-11).*

Del mismo modo, hemos dicho STS 411/2006, de 18-4, 1287/2003, de 10-10, que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso en el sentido de conocer concretamente la gravedad con el que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza.

Ello determina que sea penalmente irrelevante el error de subsunción, es decir el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada, y únicamente concurre error de prohibición en el sentido del art. 14.3 CP cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por norma alguna. Si conoce su sanción penal no existe error jurídicamente relevante aún cuando concurra error sobre la subsunción técnico-jurídica correcta.

Como decíamos en la STS. 601/2005 de 10.5, el error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuricidad y como recuerdan las SSTS. 17/2003 de 15.1, 755/2003 de 28.5 y 861/2004 de 28.6, la doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación. En este sentido la STS.

COPIA



457/2003 de 14.11, declara que el error de prohibición, consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la verdadera significación antijurídica de la conducta. Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, denominado error de prohibición directo, como sobre el error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención o exclusión de la responsabilidad criminal, cuando sea invencible. En los casos de error vencible se impone la inferior en uno o dos grados, según el art. 14.3 del Código Penal”.

Continúa más adelante, en el mismo FJ 1º, diciendo que “para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de la antijuridicidad, o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (S. 29.11.94), de la misma manera y en otras palabras (SSTS. 12.12.91, 16.3.94, y 17.4.95) que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del incorrecto proceder.

En definitiva la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis nos dice la STS. 302/2003 de 27.2 - debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento”.

A modo de resumen, no cabe hablar de error de prohibición cuando se es consciente de la antijuridicidad de la conducta que se realiza, pero no en el sentido de ser conocedor del preciso artículo del Código Penal que se infringe, sino que basta con que el autor tenga motivos suficientes o posibilidades para saber que su actuación se halla prohibida, por ser el hecho cometido contrario a elementales normas de común conocimiento, y desde luego, tal circunstancia concurría en los acusados.

En efecto, pues, con independencia de que, por razones que no son del caso, en otras ocasiones se tolerasen conductas en las que hay un parecido con la que aquí nos ocupa, lo cierto es que la ilicitud de las mismas era conocida o, por lo menos, había razones suficientes para que se conociese, desde luego, en un ámbito tan específico como era el reivindicativo en relación con los presos de ETA, del que formaban parte los acusados, y es que estamos hablando de unos hechos que se producen en el mes de marzo de 2009.

Así lo consideramos, ya que con anterioridad habían acontecido los hechos ocurridos durante la semana grande de Bilbao, en agosto de 2008, de gran publicidad mediática, los cuales no pudieron pasar desapercibidos para los acusados, que dieron lugar a la STS 299/2011, de 25 de abril de 2011, en el conocido caso “Txori Barrote”, y formando parte de los hechos que se juzgaban, se encontraba la colocación de carteles y fotografías de presos de ETA. Es cierto que dicha sentencia termina con un pronunciamiento absolutorio, pero lo es porque no se identifica a los autores de esos hechos, respecto de los cuales el TS dice que no ofrecen duda de que se subsumen en el tipo contemplado en el art. 578 CP.

También habían ocurrido los hechos que dieron lugar al procedimiento que terminó con la STS 676/2009, de 5 de junio de 2009, que confirmaba íntegramente la sentencia condenatoria por delito de enaltecimiento del terrorismo, de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de 29 de julio de 2008, por lo tanto, anterior a marzo de 2009, en que los hechos que

COPIA

se enjuiciaban consistían en que, con motivo del nombramiento para las fiestas mayores de la localidad de Amurrio (Álava), del año 2005, para la Reina y las Damas de Honor fueron propuestos dos individuos que se encontraban en prisión por delitos terroristas relacionados con la banda terrorista ETA, y como por tal razón no pudieron estar presentes en el acto del nombramiento, quienes los proponen se presentan en dicho acto con sendas figuras con las imágenes, mediante fotografía, de la cara de cada uno de los propuestos.

Si a lo anterior se añade, por un lado, que las actuaciones que dan lugar a la causa "Txori Barrote" se incoan a raíz de una querrela particular, lo que implica que es alguien ajeno al ámbito policial o judicial el que se plantea como posible que los hechos que denuncia son constitutivos de delito, y se tiene en cuenta, por otro lado, que se contaba ya, en el caso de la Reina y las Damas de Honor, con una sentencia condenatoria de la Audiencia Nacional, en la que la exhibición de fotos de individuos condenados por delitos de terrorismo fue un dato relevante para tal condena, y todo ello se pone en relación con el nivel de formación e información y el ámbito en que se movían los acusados, pudieron y debieron plantearse como posible la ilicitud de su actuación, lo que consideramos suficiente, al menos por vía del dolo eventual, como para no excluir ese dolo en su proceder, de ahí el reproche de su conducta a través del tipo contemplado en el art. 578 CP.

Lo anterior, en relación con lo que es la exhibición pública de fotos de terroristas, que si entramos en consideración con la denominación a estos de presos políticos, como se les denominaba en la comunicación que por internet se hacía para la asistencia a la "korrika", es un factor más que contribuye para la subsunción de los hechos en el referido art. 578.

En cualquier caso, para cerrar el argumento, traemos a colación una cita de la STS 812/2011, de 21 de julio de 2011, sobre la que volveremos más adelante, pero que, por lo que en este apartado interesa, decía: *"no se evidencia tampoco la concurrencia del pretendido "error iuris", sin que esa supuesta "confianza" de los acusados en un futuro pronunciamiento absolutorio constituya un elemento subjetivo del tipo que venga a conjurar la antijuricidad de la conducta descrita. Para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad"*, y de esto, a la vista de la prueba practicada, no cabe duda que, al menos, lo tenían los acusados.

B) El segundo punto de discusión planteado por la defensa, en relación con el elemento subjetivo, se ha centrado en negar que los acusados tuvieran intención de homenajear o realizar acto de ensalzamiento alguno a favor de ETA o alguno de sus miembros, sino que lo que pretendían era una reivindicación y protesta ante la política de dispersión de los presos navarros, de manera que, al ser así, quedaría excluida su culpabilidad.

Dividiremos este apartado en dos subapartados, uno primero para hacer un resumen de la jurisprudencia que consideramos de aplicación al caso, y otro después, donde, partiendo de esa jurisprudencia, veremos que la misma impide llegar a la tesis absolutoria que, por falta de intencionalidad, pretende la defensa.

a) La jurisprudencia que analiza este delito, viene reiterada en diferentes sentencias del TS, de entre las cuales elegimos la 812/2011, de 21 de julio de 2011, que desestimó el recurso de casación interpuesto contra la dictada por esta Sección, nº 66/2010, de 11 de noviembre de 2010, por cuanto que de esta tomaremos, igualmente, alguna referencia que consideramos de aplicación al caso, en la medida que también en ella se abordaba el mismo delito, por la publicación de fotografías de presos condenados o relacionados con actividades de ETA. El

COPIA

estudio que hace el TS del delito es extenso, por ello solo entresacaremos lo que, de su doctrina, sea de utilidad.

Antes, sin embargo, conviene precisar que en el art. 578 se contemplan dos figuras delictivas, y así lo ha admitido también la jurisprudencia, que, por ejemplo, en la ya citada STS 299/2011 recordaba que *"la sentencia de esta Sala, num. 224/2010, de 3 de marzo, en relación con el delito de enaltecimiento del terrorismo, del artículo 578 del Código Penal, ya señalaba que en el delito de enaltecimiento del terrorismo (introducido por LO 7/2000, de 24 de diciembre), conviven dos figuras claramente diferenciadas: a) el enaltecimiento o justificación del terrorismo y sus autores y, b) la realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas. Reiteramos la tesis que se mantenía sobre su conveniencia de que las dos modalidades sean tipificadas por separado, teniendo en cuenta la diferente acción típica y los elementos que vertebran una y otra"*.

De esas dos modalidades, en la que se han de subsumir los hechos es en la de enaltecimiento/justificación, que es la que se recoge en el inciso primero, a cuyo respecto la STS 812/2011, expone lo siguiente:

"Hay que recordar que en cuanto a los elementos que vertebran este delito de modo pacífico esta Sala en numerosas resoluciones, SSTS. 149/2007 de 26.2, 587/2007 de 20.6, 539/2008 de 25.9, 676/2009 de 5.6, 1269/2009 de 21.12, 224/2010 de 3.3, 597/2010 de 2.6, 299/2011 de 25.4, 523/2011 de 30.5, ha señalado los siguientes:

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

Continúa la sentencia haciendo una serie de consideraciones para deslindar esta figura, que considera una forma autónoma de apología, con sustantividad propia, sin incitación al delito, para distinguirla de la apología *strictu sensu* del art. 18 CP, hasta llegar a concretar cuál sea el bien jurídico protegido por el delito, sobre el que termina concluyendo que *"el bien jurídico protegido y el fundamento de este tipo, estaría en la interdicción de lo que las 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*

COPIA



pluralismo político y en definitiva en el aterrorizamiento colectivo como medio de conseguir esas finalidades”.

Reconoce el TS la tensión existente entre este delito y el derecho a la libertad de expresión, destacando que es un plus cualitativamente distinto del derecho a expresar opiniones arriesgadas lo que se castiga, que no son las opiniones discrepantes lo que se criminaliza, y admitiendo, igualmente, que la opción independentista tiene cabida dentro del pluralismo político; pero también dice que *“cuestión distinta es, al socaire de una legítima opinión independentista, tratar de imponerla con el indisimulado propósito de exterminar el pluralismo político mediante los más graves actos de aterrorización social. Esta consciente confusión entre la opción independentista y el exterminio del disidente, tiene una de sus manifestaciones más claras en la atribución a los terroristas de ETA la condición de “presos políticos” por el entorno social que apoya el terrorismo. Se trata de una burda manifestación de la reinención del lenguaje que constituye uno de los símbolos de la dinámica terrorista, que, en ocasiones, de forma inconsciente y por frivolidad acaba formando parte del lenguaje coloquial, de forma tan acrítica como censurable”.*

b) Como avanzábamos, la tesis absolutoria de la defensa no ha de prosperar, y reiterando que, de las dos variables comisivas contempladas en el art. 578, los hechos de autos serían subsumibles en la modalidad enaltecimiento/justificación, consideramos que lo que procede es su condena.

En efecto, el acto de enaltecimiento queda acreditado objetivamente por el porte de las fotografías de miembros de la organización terrorista ETA a la cabecera de una marcha de gran afluencia ciudadana y en un lugar tan público como es el que le proporciona haber discurrido por diversos barrios de Pamplona.

En efecto, cuando se da publicidad a una persona concreta y perfectamente identificada en una manifestación pública, no es, precisamente, porque sea para pasar desapercibida, sino para poner de relieve algún mérito y por ello elogiarla, en definitiva, ensalzarla, de manera que, si no se nos ha indicado qué otro mérito tienen dichas personas cuyas fotografías se han publicado, podemos concluir que allí se encuentran por el perfil que tienen como condenados por delitos de terrorismo, o bien por su relación o vinculación con la banda terrorista ETA., lo que viene a ser confirmado por los demás símbolos que se exhiben en la manifestación, como las banderolas con las inscripciones que en ellas figuran sobre reagrupamiento de los presos en Navarra.

Frente a ese dato objetivo de la exhibición de las fotos, ya hemos indicado que la defensa, en línea con las declaraciones prestadas por sus patrocinados, ha mantenido que la intención que a estos guiaba era para denunciar la política de dispersión de los presos, o la situación en que estos se encontraban en las cárceles, pero que, en ningún caso, pretendían realizar homenaje o alabanza alguna, o ensalzar a nadie.

Pues bien, aun admitiendo que ello fuera así, tal circunstancia no implica que no hubiera otras finalidades que les impulsaran a su comportamiento, pues sabido es que, cuando se realiza una acción, cabe que los motivos por los que se lleve a cabo sean variados, pudiendo encerrar desde los más nobles hasta los más abyectos. Sin embargo, esto es cuestión distinta a que medie conciencia y voluntad en lo que se ejecuta, que en eso consiste el dolo, de manera que, concurriendo dichos dos elementos en la acción, la conducta merecerá el reproche que le haya dado el legislador. Por ello, aunque admitiéramos que los de los acusados se tratasen de actos en apoyo de los presos navarros y fuesen desarrollados con miras reivindicativas, no cabría considerar lícitas sus conductas, como pretende la defensa.

COPIA



Para mantener la ilicitud de esas conductas comenzaremos por reproducir el art. 578 CP, que establece que *"el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los arts. 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años"*.

Ya hemos indicado más arriba que en dicho artículo conviven claramente diferenciadas dos conductas, tratándose, por lo tanto, de un tipo mixto alternativo, como también hemos dicho que la que aquí nos ocupa es la primera de ellas, esto es, el enaltecimiento/justificación. Ahora bien, si hemos reproducido el artículo es para comprobar que, en la definición que da el legislador, no se ha incluido ningún elemento subjetivo específico, lo que no quiere decir que no deba ser valorado el tipo subjetivo, pues solo constatada su presencia cabrá el reproche penal en el mismo contemplado; pero insistiendo que, en orden a la valoración de ese elemento subjetivo, el legislador no ha colocado mención específica alguna.

La referida actividad delictiva del art. 578 del C. Penal está concebida como una modalidad dolosa; y sucede que, ante la falta de esa mención específica que haga referencia a un más concreto elemento subjetivo, para subsumir la conducta en él, bastará que concurra un dolo genérico o común, no uno específico o especial, o bien reduplicado, que son conceptos que se suelen utilizar cuando el tipo recoge elementos de índole subjetivo, generalmente, por referencia a una motivación o fin.

Este ha de ser el planteamiento inicial; sin embargo, hay que recordar parte de la cita que hemos transcrito más arriba de la STS 299/2011, cuando se refería a la conveniencia de que las dos modalidades delictivas que hay en el art. 578 fueran tipificadas por separado, teniendo en cuenta no solo la diferente acción típica, sino los elementos que vertebran una y otra; por ello el propio TS, en esa misma sentencia, en relación con el inciso segundo, donde se recoge la segunda modalidad, decía que *"debemos advertir que esta Sala, por unanimidad, ha llegado a la conclusión de que no concurre el elementos subjetivo del tipo penal alternativo (inciso segundo del art. 578 CP) que radica en el propósito de " desacreditar, menospreciar o humillar" a las víctimas. Esta modalidad exige un dolo específico o ánimo directo, de desprestigiar o rebajar la dignidad de las víctimas y no cabe su comisión por actos que, teniendo una finalidad específica distinta, de alguna manera y de forma indirecta, puedan producir dolor o desasosiego en las víctimas o sus familiares"*. En consecuencia, frente a la regla inicial de no exigencia por el tipo de un dolo específico, el TS lo exige en la segunda de las modalidades que en él se definen, lo que es razonable que así sea, para seguir de esta manera el parangón que, en relación con este mismo requisito, viene siendo exigido cuando del delito de injurias se trata, en que es precisa la intención específica de injuriar o *"animus iniuriandi"*.

Pero dicho lo anterior, y volviendo al primero de los incisos del art. 578, en una primera aproximación se puede decir que, con la utilización del argumento de las intencionalidades que pudieran guiar a los acusados, entendemos que se están mezclando y confundiendo dos conceptos, como son el dolo del autor y el móvil que guía su acción, los cuales son y juegan en planos diferentes, y que, si bien, en algunas circunstancias pueden ser confundibles, no consideramos que así sea en casos en que, como el que nos ocupa, el tipo no precisa para su apreciación más que el que resulte de la concurrencia de ese dolo genérico a que más arriba se ha hecho mención. De hecho, así lo viene a decir el propio TS su sentencia 224/2010, de 3 de marzo, cuando, al referirse a las diferencias entre la apología y el enaltecimiento, dice sobre este que *"la barrera de protección se adelanta, exigiéndose*

COPIA



solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terrorista o de quienes los efectuaran”.

En el manejo de conceptos clásicos dentro del derecho penal material se dice que, en el tipo del injusto, su ámbito subjetivo lo constituye el dolo, el cual se integra por un elemento intelectual y otro volitivo. El elemento intelectual, que implica el conocimiento de la significación antijurídica de la acción que se realiza, como equivalente a que, quien realiza tal acción, sabe, al menos a nivel vulgar, que la misma está prohibida, mientras que el elemento volitivo supone querer hacer aquello que se sabe que está prohibido, lo cual no se puede ni debe confundir con el deseo último o motivación final, esto es, con el móvil, que guía esa acción, cuyo contenido de esta, en todo caso, se conoce y se quiere realizar. No se debe identificar el resultado que se obtiene, con que se persiga otro fin distinto, pues, insistimos, son dos cuestiones diferentes, y hasta tal punto ha de ser así, que, por la circunstancia de que, efectivamente, los acusados tuvieran como propósito final o específico las intenciones que manifiesta su defensa, ello no ha de excluir el dolo de su acción, porque tales motivos, deseos o fines últimos no forman parte integrante de ese dolo, que opera en plano distinto, aunque ambos se ubiquen en el ámbito interno.

El anterior razonamiento para diferenciar y distinguir dolo y móvil fue utilizado en nuestra anterior sentencia 66/2010, de 11 de noviembre, y volvió sobre él la STS 812/2011, de 21 de julio, que la confirmó, cuando, frente a alegaciones defensivas muy parejas a las que aquí se hacen, de otros posicionamientos o pretensiones de los acusados, relativas a actos reivindicativos similares a los que aquí se esgrimen, las rechazó, entendiendo que el delito de enaltecimiento se daba, pues *“a ello no es obstáculo que las peticiones y los posicionamientos recogieran también solicitudes recurrentes, tales como el acercamiento de los presos a cárceles próximas al domicilio familiar, o su amnistía. Como sigue indicando la STS 676/2009, el alegato exculpatorio queda desautorizado ante la evidencia de unos actos y circunstancias imnegables.*

En efecto como hemos dicho en SSTs. 1145/2006 de 23.11, 1688/99 de 1.12, en la medida en la que la motivación no es parte del concepto de dolo, éste, como se dijo, no puede depender de la concurrencia de circunstancias exteriores que generen un motivo que explique racionalmente la acción. Por ello el dolo no debe confundirse con el móvil pues en tanto que el primero es único e inmediato, el segundo es plural y mediato (amistad, afinidad o discrepancias ideológicas, etc.), de modo que mientras no se incorpore el móvil o ánimo especial del injusto, no tendrá ningún poderío destipificador y sólo podrá moverse en el ámbito de las atenuantes o agravantes genéricas o específicas que le recojan, (STS. 380/97 de 25.3)”.

Así pues, por lo que a las fotos se refiere, desde el momento que el legislador no ha exigido una tendencia específica, más allá de la que es propia de un dolo genérico, bastará ser consciente de la acción que se realiza y tener voluntad de realizarla para cubrir el tipo subjetivo, elementos que concurrían en los acusados, pues sabían que las fotos, así como los demás signos que en apoyo de esas fotos que portaban, eran de individuos que se encontraban en prisión por haber participado en hechos delictivos de índole terrorista, y tenían voluntad de portarlos.

Pero es que, junto a las fotos, no nos debemos olvidar del comunicado emitido el 27/04/2009 por Amnistiaren Aldeko Mugimendua (Movimiento Pro Amnistía) y publicado en la página web www.askatu.org haciendo el llamamiento a los ciudadanos para que se acercasen al lugar sobre las 10.30, donde es constante la mención a presos políticos, y que textualmente termina diciendo: *“el kilómetro del Movimiento Pro-Amnistía tiene el número 404 y pasará por la cárcel de Pamplona sobre las 13.30. Hacemos un llamamiento a los*



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

ciudadanos a que se acerquen al lugar para mostrar la solidaridad con los presos políticos vascos y contra la represión”, comunicado que, tras valorar la prueba practicada, hemos atribuido **JOSU ESPARZA**, y que, en cuanto contiene esa mención a la solidaridad con los presos políticos, supone ese plus cualitativamente distinto al derecho a la libertad de expresión, y es que, recordando uno de los pasajes más arriba transcritos de la STS 812/2011, cuando se refiere a la consciente confusión entre la opción independentista y el exterminio del disidente, decía que esta *“tiene una de sus manifestaciones más claras en la atribución a los terroristas de ETA la condición de “presos políticos” por el entorno social que apoya el terrorismo. Se trata de una burda manifestación de la reinvención del lenguaje que constituye uno de los símbolos de la dinámica terrorista, que, en ocasiones, de forma inconsciente y por frivolidad acaba formando parte del lenguaje coloquial, de forma tan acrítica como censurable”*.

A la vista de cuanto ha sido desarrollado en el presente razonamiento jurídico, y teniendo en cuenta bien la exhibición pública de las fotografías de individuos en prisión por actividades relacionadas con la banda terrorista ETA, más los demás signos reivindicativos en apoyo de tales presos, bien la denominación a estos como presos políticos, ya sea porque se dé una de estas actuaciones, ya sea porque se den ambas, permite concluir, sin dudas, que se cubren los elementos del tipo, de ahí el pronunciamiento condenatorio que ha de recaer sobre cada uno de los acusados; respecto de **DAVID URDIN PÉREZ, OHIAN UNAI ATAUN ROJO, MIKEL MARÍN IRUROZQUI e IRATI MÚGIKA LARRETA**, porque portaban las fotos y símbolos que cada cual reconoce que portaba; y en relación con **JOSU ESPARZA IRAIZOZ**, porque, cuando hemos analizado la prueba que le incrimina, ya hemos expuesto las razones para considerar que estaba de acuerdo con quienes materialmente exhibían las fotografías, como también para considerar que fue él quien se encargó de la adquisición del Km. 404. y quien publicó la comunicación en la página www.askatu.org, con las menciones a la solidaridad con los presos políticos.

TERCERO.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad en ninguno de los acusados, excepción hecha de en **JOSU ESPARZA IRAIZOZ**, en quien concurre la circunstancia agravante de reincidencia, del art. 22. 8ª CP, al haber sido condenado, entre otras, en sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por hechos cometidos el 5 de julio de 2003, como autor de un delito de terrorismo, en sentencia firme de 1 de septiembre de 2005, a la pena de UN año de prisión y SIETE años de inhabilitación absoluta.

A los folios 124 y 125 del Rollo de Sala figura la hoja histórico-penal de este acusado, en la que consta que, para la pena de prisión a que fue condenado en la sentencia firme de 5 de julio de 2003, le fueron concedidos los beneficios de la suspensión, por plazo de dos años, y, transcurridos los mismos, se remitió definitivamente esa pena el 23 de noviembre de 2007, con lo que, contemplado el antecedente penal desde el punto de vista de la pena de prisión, cabría considerar que no fuera computable a efectos de reincidencia.

Ahora bien, junto a la pena privativa de libertad, le fue impuesta una pena privativa de derechos, consistente en inhabilitación absoluta por tiempo de SIETE años, de manera que, habiendo sido declarada firme la sentencia en la que se impuso el 1 de septiembre de 2005, en ningún caso cabe darla por extinguida antes de que transcurran esos SIETE años, que ni siquiera han pasado a día de hoy, lo que implica que, atendiendo a dicha pena de inhabilitación absoluta, los antecedentes penales no se pueden considerar cancelados, de ahí que operen a efectos de reincidencia, como solicita el MF.

COPIA

Conoce este Tribunal la doctrina del TS que, en relación con las penas privativas de derechos, en particular, con las de inhabilitación, considera que han de seguir la misma suerte que la pena de prisión, de manera que, remitida esta, aquella debiera considerarse remitida también. Y, en este sentido, la STS 406/2010, de 11 de mayo, en su FJ 8º dice: *"plantea El Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación para sostener la tesis de la vigencia del antecedente el argumento que de junto a la pena privativa de libertad le fue impuesta también una pena accesoria (suspensión del derecho de sufragio pasivo) que no puede cumplirse cautelarmente sino que su cumplimiento empieza desde la firmeza de la sentencia, y que ha de operar a efectos de fijar el dies "a quo" del computo de los plazos de cancelación, y desde ese prisma el antecedente penal no podía ser cancelable necesariamente en marzo de 2006.*

La cuestión es discutible doctrinalmente, pero en principio siendo la pena privativa de derechos impuesta accesoria de la privativa de libertad debe seguir el mismo régimen que ésta, en cuanto que su imposición depende de ella tanto en lo relativo a la posibilidad de suspensión de su ejecución como en las incidencias que se planteen en su cumplimiento, incluyendo la cancelación del antecedente penal.

En efecto, las penas accesorias desempeñan sus funciones no individualmente sino como parte integrante de una respuesta más amplia, complementando la pena principal, cuyos efectos agravan, siendo su duración idéntica a la principal. Por tanto esta concepción de las penas accesorias como penas dependientes de la principal a la que acompañan, determina que ambas permanezcan unidas desde su imposición hasta su completa ejecución.

En este sentido el Tribunal Constitución en casos de solicitud de suspensión del inicio de la ejecución de penas privativas de libertad extiende la suspensión a la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, pues conforme a nuestra jurisprudencia las penas accesorias han de seguir la misma suerte que la principal (AATC. 131/2001 de 22.5, 408/2005 de 21.11, 266/2008 de 11.9)".

La anterior doctrina, en sus justos términos, es de aplicación, tan solo, a aquellos casos en que la pena de inhabilitación haya sido impuesta como accesoria de una principal de prisión, precisamente porque se basa en el principio de que lo accesorio ha de seguir a lo principal; no, por lo tanto, al caso que nos ocupa, en que la pena de inhabilitación con la que estamos jugando para apreciar la agravante de reincidencia es una pena principal.

En efecto, aunque en la hoja de antecedentes penales del acusado no figura si la pena de inhabilitación fue impuesta como principal o como accesoria de la de prisión, no cabe entender que lo fuera por el segundo de los conceptos, por cuanto que su duración es superior en el tiempo que el de la pena de prisión, y porque, precisamente, la inhabilitación es absoluta, lo que no hubiera tenido lugar de ser accesoria, dado que esta es la pena imponible, pero solo para el caso de que, por disposición expresa de la ley, no debiera imponerse otra inhabilitación específicamente, que es lo sucedido en el caso que nos ocupa, en que la específica inhabilitación absoluta ha desplazado a la genérica inhabilitación especial.

CUARTO.- En orden a individualizar las penas que se han de imponer, nos decantamos por la mínima, de manera que a los acusados que no cuentan con antecedentes penales se les impondrá la de UN año de prisión y al que cuenta con ellos de UN año SEIS meses y UN día de prisión. Las referidas penas no irán acompañadas de accesorias de inhabilitación, por cuanto que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 579.2 CP, corresponde imponer, tal y como solicita el MF, la pena de inhabilitación absoluta que en el mismo establece, que es pena principal.

En este sentido, el art. 54 CP establece que *"las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras*

COPY



penas las llevan consigo". Ello significa dos cosas: una, que las penas de inhabilitación son penas accesorias, lo que ocurrirá cuando no vengan señaladas expresamente para el delito de que se trate, pero haya que imponerlas en aplicación de las reglas generales de los artículos 55 y 56 CP; y otra, que pueden venir contempladas como penas principales, lo que ocurrirá cuando se encuentren recogidas de manera expresa para aquellos delitos en los que el legislador haya pensado específicamente.

Consecuencia de lo anterior, es que la genérica inhabilitación accesoria de la pena de prisión deberá ceder ante una pena de inhabilitación que venga establecida como pena principal, hasta el punto de tener que prescindir de la primera, porque así lo impondrían principios como el de especialidad, conforme al cual la ley especial ha de primar sobre la general, o el "*non bis in idem*", que impide una doble sanción en una misma circunstancia, que es lo que ocurriría si, junto a la inhabilitación genérica, se impusiese también la específica propia del delito en cuestión. Por esta razón, si el legislador, en el art. 579.2, introducido en el CP por la reforma de la LO 7/2000, ha concebido expresamente una pena principal para los delitos de terrorismo, es esta la que deberá imponerse, prescindiéndose de las genéricas inhabilitaciones que, como accesorias, lleven aparejadas las penas de prisión.

En atención a lo expuesto.

FALLAMOS: que **debemos condenar y condenamos** a **DAVID URDIN PÉREZ, OHIAN UNAI ATAUN ROJO, MIKEL MARÍN IRUROZQUI e IRATI MÚGIKA LARRETA**, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad en ninguno de ellos, como autores penalmente responsables de un delito de enaltecimiento del terrorismo, a la pena, para cada uno, de UN año de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de SIETE años.

Y **debemos condenar y condenamos** a **JOSU ESPARZA IRAIZOZ**, en quien concurre la circunstancia agravante de reincidencia, como autor penalmente responsable del mismo delito de enaltecimiento del terrorismo, a la pena de UN año, SEIS meses y UN día de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de OCHO años.

Condenamos, asimismo, a los cinco, al pago de las costas del presente juicio por partes iguales.

Notifíquese la presente sentencia a los acusados, a sus representaciones procesales 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.