

# TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO SALA DE LO CIVIL Y PENAL

## EAEko AUZITEGI NAGUSIA ZIBILEKO ETA ZIGOR-ARLOKO SALA

### BILBAO

**Diligencias previas / Aurretiazko eginbideak 24/2013 R**

NIG PV / IZO EAE: 00.01.1-13/008429  
NIG CGPJ / IZO BJKN: XX.XXX.31.2-2013/0008429

Procurador / *Prokuradorea*: GUTIERREZ ARETXABALETA, IDOIA  
Abogado / *Abokatu*: IÑIGO IRUIN SANZ  
Representado / *Ordezkatua*: HASIER ARRAIZ BARBADILLO

### AUTO

**MAGISTRADO-INSTRUCTOR ILMO. SR. D. FRANCISCO DE BORJA  
IRIARTE ÁNGEL**

En BILBAO (BIZKAIA), a veintisiete de octubre de dos mil catorce.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En fecha 28 de noviembre de 2013 se presentó ante la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco denuncia formulada por don Daniel Portero de la Torre y don Carlos D. García Fernández contra HASIER ARRAIZ BARBADILLO, por un presunto delito de enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo y humillación a la víctimas de los delitos de terrorismo o de sus familiares; los hechos objeto de denuncia son unas manifestaciones concretas realizadas el 18 de noviembre de 2013 por el denunciado dentro de un acto de homenaje a don Santiago Brouard y don Josu Muguruza celebrado en la sala Bilborock de Bilbao.

**SEGUNDO.-** El 5 de diciembre de 2013 el Letrado Mayor del Parlamento Vasco certificó la condición de miembro electo del citado órgano legislativo de HASIER ARRAIZ BARBADILLO.

**TERCERO.-** El 10 de diciembre de 2013 el Ministerio Fiscal evacuó el trámite de audiencia concedido, manifestando que la Sala de lo Civil y Penal del TSJ del País Vasco era competente para conocer de la denuncia interpuesta y solicitando que seguido el trámite legal se acordase el sobreseimiento libre del denunciado, por no ser los hechos constitutivos de delito.

**CUARTO.-** El mismo 10 de diciembre de 2013 la representación procesal de la *Asociación Dignidad y Justicia* de la que es Presidente el denunciante don Daniel Portero de la Torre presentó querrela en relación con los mismos hechos frente a HASIER ARRAIZ BARBADILLO; subsanados los defectos formales existentes, la querrela fue admitida por Diligencia de Ordenación de 24 de enero de 2014.

**QUINTO.-** Seguido el trámite legal, el 16 de diciembre de 2013 se dictó auto por la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, declarando su competencia para conocer de la denuncia interpuesta contra HASIER ARRAIZ BARBADILLO por el mencionado delito, admitiéndola a trámite y nombrando Magistrado Instructor al Ilustrísimo señor don Francisco de Borja Iriarte Ángel.

**SEXTO.-** Presentado en tiempo y forma Recurso de súplica contra el citado auto por la representación procesal de HASIER ARRAIZ BARBADILLO, con audiencia a las partes personadas, aquél fue desestimado por auto de 27 de enero de 2014.

Tanto este auto como el anterior tuvieron un voto particular.

**SÉPTIMO.-** Mediante auto de 4 de febrero de 2014 del Magistrado Instructor se incoaron las presentes Diligencias Previas 24/2013, oficiándose a la Guardia Civil, Cuerpo Nacional de Policía y Ertzaintza para que remitiesen al Tribunal la información de que dispusiesen relativa a los hechos investigados.

En el citado auto, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 280 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECr) no se impuso fianza a la parte querellante.

Los informes solicitados fueron incorporados a autos mediante Diligencia de 24 de febrero de 2014.

**OCTAVO.-** El 27 de febrero de 2014 la parte querellante solicitó la práctica de nueva prueba por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, lo que fue denegado mediante providencia del Magistrado Instructor de 28 de febrero de 2014.

**NOVENO.-** El día 2 de abril de 2014 se tomó declaración al imputado en relación con los hechos objeto de las presentes Diligencias Previas, en cumplimiento de lo prevenido en los artículos 775 y 779 LECr.

Por providencia del mismo día se incorporó a autos el CD con documentación relativa a las organizaciones declaradas terroristas por los Tribunales, que había sido presentado por la acusación.

**DÉCIMO.-** Por auto número 7/14, de 22 de abril, acordé el sobreseimiento libre de HASIER ARRAIZ BARBADILLO en las Diligencias Previas 24/13 seguidas contra él por un eventual delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo contemplado en el artículo 578 del Código penal.

**UNDÉCIMO.-** Frente al mismo se presentó Recurso de apelación por la representación procesal de la *Asociación Dignidad y Justicia*, que, seguido el trámite legal, fue estimado mediante auto de 10/14, de 10 de julio, por la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia, revocándolo y ordenándose la continuación de las actuaciones para que tome nueva declaración al imputado en los términos expuestos en la resolución revocatoria, practicando en su caso las diligencias de investigación que estime oportunas.

Igualmente el auto 10/14 hace hincapié en que no se tuvo en cuenta a la hora de dictar el auto revocado determinadas declaraciones del imputado, realizadas en euskera el día de autos, y que si bien no son objeto de la denuncia, pueden ser relevantes para mejor establecer los hechos.

**DUODÉCIMO.-** Mediante auto de 21 de julio de 2014 se acordó la nueva toma de declaración del imputado, así como solicitar traducción oficial de las declaraciones

realizadas en euskera por el imputado en el acto que dio lugar a las presentes Diligencias Previas.

**DECIMOTERCERO.-** El día 4 de septiembre de 2014 se tomó declaración al imputado en relación con los hechos objeto de las presentes Diligencias Previas, en cumplimiento de lo ordenado en el auto revocatorio de 10 de julio de 2014.

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 9 de septiembre de 2014 y mediante providencia se acordó oír a las partes personadas en los autos para que, en el plazo de **DÍEZ DÍAS**, pusiesen de manifiesto lo que a su derecho procediese.

El 22 de septiembre de 2014 el Ministerio Fiscal realizó una valoración jurídica de los hechos, solicitando el sobreseimiento libre y archivo de las diligencias; subsidiariamente, y para si esto no se acordase, solicitó la transformación de las Diligencias Previas 24/2013 en Procedimiento Abreviado, ya que considera que se han realizado todas las diligencias necesarias para la comprobación de los hechos y de su autor.

El 23 de septiembre de 2014 la representación procesal de la *Asociación Dignidad y Justicia* solicitó la práctica de nueva prueba consistente en el libramiento de sendos oficios a Policía Nacional, Guardia Civil y Ertzaintza para que “*remitan informe en el que expongan, en atención a la documentación incautada a lo largo de los años y demás conocimientos derivados de su experiencia en la lucha antiterrorista, que asociaciones han formado parte de la Izquierda Abertzale y su vinculación con la organización terrorista ETA...*”

Finalmente, el 25 de septiembre de 2014 la representación procesal de HASIER ARRAIZ BARBADILLO presentó un escrito en el que, valorando sucintamente la prueba practicada, solicitaba el sobreseimiento libre y archivo definitivo de la causa.

**DECIMOQUINTO.-** Por providencia de 30 de septiembre de 2014 se desestimó la práctica de la prueba solicitada por la representación procesal de la *Asociación Dignidad y Justicia* en el escrito de 23 de septiembre de 2014 porque la vinculación entre la organización terrorista ETA y determinadas asociaciones de la llamada *izquierda*

*abertzale* es una cuestión de Derecho -y no de hecho- que ha sido objeto de variadas resoluciones de los Tribunales españoles.

A la vista de la providencia, la representación procesal de la *Asociación Dignidad y Justicia* presentó escrito el 6 de octubre de 2010 en el que tras realizar la valoración de la prueba practicada hasta la fecha solicitaba la transformación de las presentes Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### I. DE ORDEN PROCESAL

**I.1** En lo que aquí interesa, el artículo 779 LECr establece:

*“1. Practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones:*

*1.ª Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo.*

*(...)*

*4.ª Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775.*

*...”*

**I.2** Según el artículo 637 LECr procederá el sobreseimiento libre “*cuando el hecho no sea constitutivo de delito.*”

**I.3** Y en el supuesto de las presentes Diligencias Previas 24/2013 procede -por los motivos que se dirá- el sobreseimiento libre, de acuerdo con lo establecido en los preceptos citados.

## **II. DE ORDEN SUSTANTIVO**

### **PRIMERO.- Planteamiento de la cuestión.**

**II.1.1** Tal y como consta en los antecedentes de hecho, el objeto del presente auto es determinar si las declaraciones realizadas por HASIER ARRAIZ BARBADILLO el 18 de noviembre de 2013, y por las que se presentó primero denuncia y luego querrela por la *Asociación Dignidad y Justicia* son constitutivas del delito a que se refiere el artículo 578 del Código penal:

*“El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 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. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código.”*

Este artículo tipifica tres acciones, a saber, (i) el enaltecimiento de los delitos de terrorismo, (ii) su justificación y (iii) el descrédito, menosprecio o humillación de sus víctimas; en este sentido las manifestaciones realizadas podrían encajar en la segunda de las acciones, esto es, la justificación de la actividad terrorista.

**II.1.2** Las declaraciones concretas realizadas por el imputado por las que se ha presentado querrela fueron:

*“(...) Hemos intentado que no se hiciera en este país política de retrovisor, que no nos dedicáramos ninguno a estar mirando por el retrovisor a ver que había quedado atrás sino tratar de construir no sólo un futuro sino un presente diferente y para eso, yo creo, la Izquierda Abertzale es el agente político que un esfuerzo más sincero y más honesto ha hechos en los últimos tiempos y creo que una parte de éxito ha tenido, pero es cierto que los demás se han abonado al retrovisor y se abonan al retrovisor porque no les interesa ni ese otro futuro ni este mismo presente, porque están más cómodos en escenarios pasados.*

*No obstante, sí que es cierto que, a día de hoy una de las batallas políticas principales es la batalla política por el relato y en esa están enfrascados el resto.*

*Las batallas políticas que no ganaron en su momento las quieren ganar ahora en los libros de Historia esa es la que plantean y sobre todo, todo lo que nos plantean de que nosotros tenemos que hacer un análisis autocrítico de nuestro pasado, que tenemos que revisar, todo eso, tiene un solo final y es que tenemos que reconocer que nuestra trayectoria ha sido un error, que estábamos equivocados y que ellos tenían la razón y que ahora no integramos al supuesto juego democrático que rechazamos hace 35 años, es un poco lo que pretenden y estamos completamente de acuerdo que eso hay que combatirlo.*

*Hace 35 años la izquierda abertzale hizo una elección que consideramos, hoy más que nunca, acertada. No participamos de un juego que no tenía nada de democrático y nos hemos dedicado durante todo este tiempo a poner encima de la mesa las contradicciones de ese tiempo supuestamente democrático y lo hemos pagado, y muy caro además y no estamos dispuestos a rechazar ni a revisar nada de aquello, es más reivindicamos, con todos nuestro errores, lo que fuimos y lo que somos, lo que hemos hecho y lo que hacemos, como no puede ser de otra manera y, en ese sentido, sí que es cierto que esa batalla está ahí y nos guste más o menos, es evidente y no es que nos guste más o menos sino es que nos impide muchas veces o nos quita fuerzas y energías para intentar avanzar para escenarios de futuro pero nos obligan y nos van a seguir obligando a entrar a esos escenarios de pasado donde está claro que nadie está libre de responsabilidades, en este conflicto nadie ha estado de espectador, todo el mundo ha tomado parte, todos hemos*

*hecho sufrir y todos hemos sufrido, nosotros no tenemos ninguna pega, ningún problema, para reconocer todas nuestras responsabilidades, siempre lo hemos hecho y es algo que nos honra y es lo que nos da la credibilidad hacia la propia sociedad vasca y durante todo este tiempo estamos orgullosos del trabajo que hemos hecho, de la lucha que hemos hecho en defensa de los derechos del pueblo vasco y otros tendrán que decir qué han hecho y qué es lo que han dejado de hacer en todo este tiempo, de qué tipo de estrategia se han beneficiado y a qué tipo de estrategias han intentado dar cobertura durante todo este tiempo.*

*Nosotros no tenemos nada que ocultar, otros quizás sí que lo tengan que hacer y, evidentemente, nos están obligando a entrar en esa batalla del relato que nosotros preferíamos hacerla en una dinámica mucho más constructiva como pieza de construcción de una convivencia de futuro más que como un juego de cuál es el vencedor cuál es el vencido de este conflicto que es al fin y al cabo lo que pretenden tanto los unos como los otros, es decir, como PP como PSE como PNV, ídem de ídem, porque al fin y al cabo el Partido Nacionalista Vasco hizo la misma elección estratégica que hicieron el resto de partidos políticos en la transición”.*

*Manifestaciones tales como, “todo lo que nos plantean de que nosotros tenemos que hacer un análisis autocrítico de nuestro pasado, que tenemos que revisar, todo eso, tiene un solo final y es que tenemos que reconocer que nuestra trayectoria ha sido un error, que estábamos equivocados y que ellos tenían la razón y que ahora nos integramos al supuesto juego democrático que rechazamos hace 35 años, es un poco lo que pretenden y estamos completamente de acuerdo que eso hay que combatirlo.*

*Hace 35 años la izquierda abertzale hizo una elección que consideramos, hoy más que nunca, acertada”.*

*“No participamos de un juego que no tenía nada de democrático y nos hemos dedicado durante todo este tiempo a poner encima de la mesa las contradicciones de ese tiempo supuestamente democrático y lo hemos pagado, y muy caro además y no estamos dispuestos a rechazar ni a revisar nada de aquello, es más, reivindicamos, con todos*

*nuestros errores, lo que fuimos y lo que somos, lo que hemos hecho y lo que hacemos, como no puede ser de otra manera”.*

*“durante todo este tiempo estamos orgullosos del trabajo que hemos hecho, de la lucha que hemos hecho en defensa de los derechos del pueblo vasco”.*

La parte querellante estima que las mencionadas declaraciones pueden suponer una justificación de la actividad terrorista de ETA y de su mantenimiento una vez aprobada la Constitución.

Además, HASIER ARRAIZ BARBADILLO realizó en el mismo acto unas declaraciones en euskara relacionadas con las anteriores, y que cuya traducción es transcrita en el informe del Cuerpo Nacional de Policía del que luego hablaremos, pero sobre las que no se ha presentado querrela alguna, por lo que no procede su enjuiciamiento.

**II.1.3** Estas declaraciones –ratificadas por los informes policiales solicitados y reconocidas por el imputado en la primera de las declaraciones efectuadas en fase de instrucción- fueron realizadas en el contexto del homenaje a don Santiago Brouard y don Josu Muguruza –notorios dirigentes de la llamada *izquierda abertzale* en el momento de su asesinato, y que fueron víctimas de sendos atentados realizados los días 20 de noviembre de 1984 y de 1989 respectivamente- celebrado en la sala Bilborock de Bilbao el día 18 de noviembre de 2013, dentro del coloquio posterior a la intervención del imputado y otras personas y en respuesta a la pregunta planteada por un asistente al acto.

En los videos del acto obrantes en autos se puede ver que en el decorado del local estaban exclusivamente el logo de SORTU y las fotos de los dos homenajeados, no constando ni en los videos existentes ni en los informes policiales que se produjesen gritos favorables al terrorismo ni la distribución de propaganda de organizaciones declaradas terroristas por los Tribunales.

**II.1.4** En la declaración practicada el 2 de abril de 2014 por el imputado en sede judicial, y respondiendo a las preguntas del Instructor, Ministerio Fiscal y Letrado de la defensa,

mantuvo que sus palabras habían sido objeto de una interpretación sesgada por parte de ciertos medios de comunicación.

Según manifestó, su referencia a la decisión tomada hace treinta y cinco años por la *izquierda abertzale* se refería a ésta como sujeto político en su no integración en la transición, pero en ningún caso quiso justificar el terrorismo, estando como estaban en un acto de homenaje a dos víctimas del terrorismo, y que sus palabras habían sido objeto de una interpretación errónea por parte de determinados medios de comunicación.

Expresamente manifestó al Ministerio Fiscal que no tenía voluntad de justificar a ETA y que nunca pensó que sus palabras podían interpretarse en ese sentido.

En respuesta a su Letrado, reiteró que no era su voluntad justificar la actividad de ETA o menospreciar a sus víctimas, sino que se refería a la actuación de la *izquierda abertzale* como *agente político* y que su intención era hacer una valoración política de un hecho histórico, en el que por motivos biográficos obvios no había participado.

En lo referente al interrogatorio de la Letrada de la acusación, el imputado se acogió a su derecho a guardar silencio.

**II.1.5** En la declaración practicada el 4 de septiembre de 2014 HASIER ARRAIZ BARBADILLO respondió nuevamente a las preguntas del Instructor, el Ministerio Fiscal y su Abogado, pero se acogió a su derecho a no contestar a las de la representación de la acusación popular.

Sus manifestaciones en general repetían, como era de esperar, lo dicho en la anterior comparecencia, con las siguientes matizaciones:

- (i) A preguntas del representante del Ministerio Fiscal de si conocía que en la *izquierda abertzale* a la que se refería en sus declaraciones se habían integrado organizaciones declaradas terroristas por los Tribunales españoles dio respuestas esquivas, ciñéndose a que en su intervención se refería a la decisión de un sujeto político legal en aquel momento y que suscribía lo establecido en los Estatutos de Sortu, el partido político legal que preside.

- (ii) En respuesta a las preguntas de su letrado reiteró que sus palabras se referían a la decisión tomada hace 35 años –en sus palabras, la no integración en el sistema político derivado de la transición-, no a lo que había ocurrido a lo largo de ese período y que en ningún modo eran ambiguas.

## **SEGUNDO.- Los informes policiales incorporados autos**

**II.2.1** El auto de incoación de estas Diligencias Previas 24/13, de fecha 4 de febrero de 2014, incluía en su parte dispositiva lo siguiente:

*“B) Librar sendos oficios al Instituto Armado de la Guardia Civil, al Cuerpo Nacional de Policía y a la Ertzaintza a fin de que, dentro del plazo de quince días hábiles desde su recepción, remitan a este Tribunal la información de que dispongan en relación con las declaraciones efectuadas en Bilbao el 18 de noviembre de 2013 por HASIER ARRAIZ BARBADILLO dentro de un acto de homenaje a don Santiago Brouard y don Josu Muguruza, centrando su informe única y exclusivamente en los referidos hechos, y con exclusión de otros.”*

Se requirió estos informes con el objeto de ratificar la veracidad de los hechos sobre los que pesaba la querrela, no la valoración por las Fuerzas y Seguridad del Estado de la eventual tipicidad de las mismas, ni la aportación por su parte de conjeturas o valoraciones de los hechos, por ser ésta una obligación que recae en el Instructor; en consecuencia expresamente se pidió información referente a los hechos de autos, no a otros diversos. Esto suponía que una vez reconocidos los hechos por el imputado careciesen de utilidad práctica, motivo por el que se solo se mencionan de pasada en el apartado II.1.3 del auto de 22 de abril de 2014, aunque, en cumplimiento de lo ordenado en el auto de 10 de julio de 2014, procederé a su toma en consideración y valoración jurídica.

**II.2.2** En cumplimiento del oficio anterior se recibieron los siguientes informes:

- (i) Informe del Cuerpo Nacional de Policía de 10 de febrero de 2014: recoge el cartel del acto así como una transcripción de las declaraciones efectuadas por el imputado

en el acto –obtenidas de los videos puestos por Sortu en internet- y de las noticias referidas al mismo aparecidas en algunos medios de comunicación.

Dentro de las declaraciones transcritas se incorpora la traducción de unas palabras pronunciadas en euskera en el acto sobre las que no emitiré valoración alguna por no haber sido objeto de denuncia o querrela.

- (ii) Informe de la Ertzaintza de 12 de febrero de 2014: incorpora el cartel del acto, un DVD con el mismo y la transcripción de las declaraciones efectuadas por el imputado; igualmente identifica a la persona que había reservado el local municipal en que se celebró.
- (iii) Informe de la Guardia Civil de 21 de febrero de 2014: comienza consignado una copia del cartel anunciador del acto y facilitando dos URL en las que se puede obtener la visión del acto; adicionalmente adjunta un DVD con los mencionados vídeos y otros documentos.

A partir de ahí, extralimitándose del oficio remitido por este instructor, va no sólo reproduciendo las declaraciones hechas por el imputado, sino que las glosa y da una eventual interpretación de las mismas, -p.e. “... *pudiera estar haciendo referencia...*”- incorporando igualmente apostillas valorativas que en nada funda más allá que en la muy respetable opinión personal de los números de la Guardia Civil que realizan el informe; así constan en el informe varias afirmaciones del cariz de la siguiente:

*“Con esta afirmación ARRAIZ soslaya que la numerosa documentación incautada en diferentes operaciones policiales contra ETA y su entorno constatan que el hecho no fue así.*

*La realidad es que la incapacidad de ETA para dar continuidad a su actividad terrorista, fruto de la debilidad operativa provocada por las diferentes acciones policiales y judiciales contra la misma y su entorno, así como la caída del mito de*

*su imbatibilidad por parte de las fuerzas de seguridad, favoreció el seguimiento y consolidación de una corriente crítica en el seno de la Izquierda Abertzale...”*

Manifestaciones similares se repiten por el informe, intercalándose con las declaraciones del imputado, sin siquiera aportar justificación alguna de que existen los documentos incautados de los que se habla más allá de las manifestaciones de sus autores; consideraciones de los autores que en algunos casos son *vox populi* y puedo hasta compartir a título personal, pero que no pueden ser prueba incriminatoria en un Estado de Derecho.

Igualmente se incorpora al informe la reseña biográfica de don Santiago Brouard Pérez y don Josu Muguruza Guarrotxena, y una breve reseña del modelo de dirección y estrategia de la izquierda abertzale y de ETA durante estos 35 años –a pesar de que las declaraciones objeto de la denuncia no se refieren a la actividad de la *izquierda abertzale* a lo largo de estos 35 años, sino a una decisión concreta que tomó hace 35 años- y que no había sido solicitado al Instituto Armado; dentro de todo esto sorprendentemente mezcla menciones a documentos de ETA con documentación relativa a Sortu, partido legal según estableció la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de junio de 2012, pero todo ello sin relevancia real para estos autos.

Pero reitero, en todo caso, en extralimitación de lo ordenado por este Instructor.

**II.2.3** Es cuestión compleja la valoración jurídica de los informes policiales y su encaje en los criterios de valoración de la prueba contenida en el artículo 741 LECr; así, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012 (sentencia 263/2012) en su fundamento jurídico tercero dice:

*“Por último respecto al informe pericial de inteligencia de fecha 3-5-2010 elaborado por los agentes NUM000 y NUM001 que no es sino ampliación del ya citado de 28-3-2003 (folio 440 a 464) es necesario recordar la doctrina jurisprudencial contenida en STS 480/2009 de 22-5 (caso Ekin ); 290/20101 de 31-3, 1097/2011, de 25-11 , sobre la naturaleza y validez de la llamada "prueba de inteligencia", que ha declarado que tal*

*prueba pericial de «inteligencia policial» cuya utilización en los supuestos de delincuencia organizada es cada vez más frecuente, está reconocida en nuestro sistema penal ...*

*(...)*

*En suma, este tipo de prueba, se caracteriza por las siguientes notas:*

*1º) Se trata de una prueba singular que se utiliza en algunos procesos complejos, en donde son necesarios especiales conocimientos, que no responden a los parámetros habituales de las pruebas periciales más convencionales;*

*2º) En consecuencia, no responden a un patrón diseñado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no obstante lo cual, nada impide su utilización en el proceso penal cuando se precisan esos conocimientos, como así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia reiterada de esta Sala;*

*3º) En todo caso, la valoración de tales informes es libre, de modo que el Tribunal de instancia puede analizarlos racional y libremente: los informes policiales de inteligencia, aun ratificados por sus autores no resultan en ningún caso vinculantes para el Tribunal y por su naturaleza no podrán ser considerados como documentos a efectos casacionales;*

*4º) No se trata tampoco de pura prueba documental: no puedan ser invocados como documentos los citados informes periciales, salvo que procedan de organismos oficiales y no hubieran sido impugnados por las partes, y en las circunstancias excepcionales que señala la jurisprudencia de esa Sala para los casos en que se trata de la única prueba sobre un extremo fáctico y haya sido totalmente obviada por el Tribunal sin explicación alguna incorporada al relato de un modo, parcial, mutilado o fragmentario, o bien, cuando siendo varios los informes periciales, resulten totalmente coincidentes y el Tribunal los haya desatendido sin aportar justificación alguna de su proceder;*

*5º) El Tribunal, en suma, puede apartarse en su valoración de tales informes, y en esta misma sentencia recurrida, se ven supuestos en que así se ha procedido por los jueces "a quibus";*

6º) Aunque cuando se trate de una prueba que participa de la naturaleza de pericial y testifical, es, desde luego, más próxima a la pericial, pues los autores del mismo, aportan conocimientos propios y especializados, para la valoración de determinados documentos o estrategias;

7º) Finalmente, podría el Tribunal llegar a esas conclusiones, con la lectura y análisis de tales documentos.

(...)

Ahora bien aun cuando esta sentencia 119/2007 niega la condición de prueba pericial a estos informes, sí precisa que: "participan de la naturaleza de la prueba de indicios, en la medida que aportan datos de conocimiento para el Tribunal sobre determinadas personas y actividades. Y esos datos si son coherentes con el resultado de otros medios de prueba pueden determinar, en conjunción con ellos, la prueba de un hecho, siempre que éste fluya del contenido de todos esos elementos valorados por el órgano sentenciador".

Esencial será constatar si las conclusiones obtenidas por los funcionarios del servicio de información de la Guardia Civil o Brigada policial, pueden ser asumidos por la Sala, a la vista de la documental obrante en la causa y el resto de las pruebas practicadas en el plenario, esto es, si se parte de su consideración como testifical donde debe ponerse atención es en el examen de los documentos manejados por los funcionarios policiales y así, a partir de ellos y de los hechos proporcionados de este modo, y como este Tribunal de casación podría controlar la racionalidad de las inferencias realizadas por el Tribunal de instancia."

Es decir, que el Alto Tribunal considera que no nos encontramos en ningún caso ante documentos en el sentido probatorio del término, por lo que no procede dar a los informes policiales el tratamiento contenido en los artículos 1.216 y siguiente del Código civil y 264 y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento civil, sino que deben ser tratados como un testimonio de lo que el agente vio, o llevado a nuestro caso, como una pericia en la que ha obtenido, por sus conocimientos informáticos, las declaraciones realizadas por el

imputado y las ha puesto a disposición de este Instructor; pero en ningún caso es el objeto del informe policial la valoración de los hechos, valoración que recae, como he dicho antes siguiendo la doctrina emanada del Tribunal Supremo, en los diferentes órganos del Poder Judicial.

**III.2.4** A la luz de esta caracterización de los llamados informes de inteligencia, reitero que cumplieron su función en tanto que aseveraban la realidad de las declaraciones que se atribuían en la querrela a HASIER ARRAIZ BARBADILLO, y en cierto modo se convirtieron en redundantes cuando el imputado reconoció, al serle preguntado por mí, que había pronunciado las palabras que constan en la querrela.

En cuanto a la valoración del informe de la Guardia Civil, aspecto que me es requerido por el auto revocatorio de 10 de julio de 2014, en los extremos ajenos a lo que se había ordenado, esto es, a la ratificación de los hechos acaecidos el 18 de noviembre de 2014 en la Sala Bilborock de Bilbao, sólo cabe decir que es irrelevante procesalmente puesto que nada añade a los hechos objeto del presente proceso, ni a su calificación jurídica, al tratarse de valoraciones globales de hechos ajenos al mismo cuya finalidad no queda muy clara, salvo que sea intentar establecer una suerte de *causa general* respecto al imputado y la *izquierda abertzale* ajena a un sistema democrático en el que delinquen personas concretas por hechos concretos.

### **TERCERO.- Alcance del auto**

**II.3.1** Una vez analizada la prueba practicada, el auto debe ceñirse a la valoración jurídica de los hechos probados objeto de las presentes Diligencias Previas, esto es, las declaraciones efectuadas por HASIER ARRAIZ BARBADILLO el 18 de noviembre de 2013, y de entre todas las declaraciones efectuadas, sólo aquéllas por las que se ha formulado querrela, con el objeto de determinar si las mismas son subsumibles en el tipo penal del artículo 578 del Código Penal.

**II.3.2** Para ello, y como ya dije en el auto revocado, se deben analizar tres aspectos legales que se corresponden con (i) la eventual inmunidad parlamentaria del sujeto activo, (ii) la libertad de expresión que le corresponde como ciudadano y (iii) finalmente, la

interpretación que hace el Tribunal Supremo en su jurisprudencia del tipo penal mencionado.

**CUARTO.- El régimen de inmunidad de los parlamentarios y su eventual aplicación al supuesto de autos.**

**II.4.1** Como decía en el auto de 22 de abril de 2014, siendo como es el encausado presidente del partido SORTU y miembro del Parlamento Vasco, el análisis de su actuación debe comenzar por las prerrogativas e inmunidades de los parlamentarios, a la luz de la normativa en la materia, y teniendo en cuenta que las declaraciones se vertieron en un acto político pero no en sede parlamentaria.

**II.4.2** Sin embargo, no habiendo sido esta cuestión objeto de debate alguno en la fase instrucción, no tiene sentido volver a analizar el asunto, pues ya desde la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de abril de 1985 (sentencia número 51/1985), está claro que las eventuales inmunidades derivadas de los artículos 71 de la Constitución y 26.6 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco sólo son efectivas en el ámbito estrictamente parlamentario.

**II.4.3** Esto supone que las declaraciones realizadas por HASIER ARRAIZ BARBADILLO el 18 de noviembre de 2013 en Bilbao en el marco del homenaje a Santiago Brouard y Josu Muguruza no se encuentran amparadas por su carácter parlamentario.

**QUINTO.- El derecho a la libertad de expresión.**

**II.5.1** Descartada la inmunidad parlamentaria, el siguiente punto a tener en cuenta es si las declaraciones realizadas por el imputado se hallan amparadas en el genérico derecho a la libertad de expresión contenido en el artículo 20.1.a) de la Constitución, y que solo puede ser limitado, según dice el apartado cuarto del mismo precepto por *“el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la*

*protección de la juventud y la infancia*”; es decir, nos encontramos ante un derecho fundamental pero no absoluto.

**II.5.2** Como ya dije anteriormente, esta no es cuestión baladí, pues el Consejo General del Poder Judicial al informar sobre el Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Penal que dio lugar a este precepto ya se planteó la cuestión; en este sentido, la interacción entre el citado derecho constitucional y el tipo delictivo por el que se ha formulado la querrela contra el imputado ha sido analizado en diferentes sentencias del Tribunal Supremo, como la reciente de 28 de junio de 2013 (sentencia número 587/2013), que recogiendo la anterior doctrina sobre el asunto, dice:

*“Y, como ya se dijo en la STS de 20 de Junio de 2007, “...el art. 1 CE proclama, como uno de los valores superiores del ordenamiento propio del Estado democrático de derecho, al pluralismo político, al que va ligado el derecho a la libertad ideológica, a que se refiere el art. 16. El art. 23 reconoce el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. El art. 22, el derecho de asociación. El art. 21, el derecho de reunión. Y el art. 20, los derechos de libertad de expresión y de información, si bien establece que esas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el mismo Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia... ...la jurisprudencia constitucional, en la sentencia del 12-12-1986, ha destacado el papel primordial que la libertad de expresión juega en una sociedad democrática y la necesidad de interpretar restrictivamente los tipos penales que inciden en ella. Más el TEDH - sentencias de 15-9-1997, 9-6-1998, 10-7-1998, 30-1-1998 y 23-9-1998- ha declarado por vía de principio que, en una sociedad democrática, determinadas restricciones a la libertad de expresión pueden ser legítimas y necesarias ante conductas que puedan incitar a la violencia o que puedan provocar especial impacto dentro de un contexto terrorista. El legislador español, mediante la reforma del Código penal, a través de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, ha introducido un nuevo texto en el art. 578 para incluir el tipo que la Audiencia ha aplicado. Y el órgano constitucional competente para ello no ha declarado inconstitucional tal precepto. Por ende, aún*

*reconociéndose la tensión entre el derecho a la libre expresión y el tipo del art. 578, la Audiencia no incidió en el quebrantamiento inconstitucional de derecho alguno al aplicar el art. 578, si ajustándose al relato fáctico que estima probado y que según hemos visto debe ser aceptado, ha efectuado una interpretación restrictiva del tipo penal".*

*A la postre, lo esencial en este ámbito puede concretarse en los siguientes términos:*

- La trascendencia del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, como uno de los pilares básicos identificativos de un Estado de Derecho democrático.*
- La posibilidad de que ese ejercicio del derecho pueda restringirse, e incluso sancionarse penalmente, cuando, por ejemplo, se trate de manifestaciones que pueden incitar a la violencia terrorista o, de algún modo, justificarla.*
- Que, en ese concreto sentido de expresiones que enaltezcan o justifiquen al terrorismo o sus autores, se describe, en nuestro ordenamiento, el tipo del artículo 578 del Código Penal.*
- Y que más allá de lo que supone el estricto respeto a la vigencia del principio de legalidad, en la interpretación y aplicación de los preceptos punitivos, en estos supuestos ha de ponerse el acento en la interpretación restrictiva de la figura infractora, toda vez que, como queda dicho, estamos ante la limitación de un derecho fundamental como lo es el de libre expresión.*

*A la existencia, por tanto, de una "zona intermedia", entre el ejercicio del derecho fundamental y la comisión del ilícito, se refirió ya la STS de 14 de Marzo de 2012, diciendo:*

*"En nuestra STS n° 299/2011, de 25 de abril, indicamos que "ciertamente el tipo penal de la exaltación/justificación en la doble modalidad del crimen o de sus autores, en la medida que constituye una figura que desborda la apología clásica del art. 18, puede adentrarse en la zona delicada de la sanción de opiniones, por deleznable que puedan ser consideradas, y, lo que es más delicado, pueden entrar en conflicto con derechos de*

*rango constitucional como son los derechos de libertad ideológica y de opinión, reconocidos, respectivamente en los arts. 16-1y 20-1 a) de la Constitución.*

*Es por ello que, reconociendo la tensión que existe entre este delito y el derecho a la libre expresión de ideas y libertad ideológica, (como expresamente se reconoce en la sentencia de esta Sala 585/2007 de 20 de junio), la labor judicial, como actividad individualizada que es, en un riguroso análisis, caso por caso, habrá de examinar tanto las concretas frases o expresiones producidas así como la ocasión y el escenario en el que fueron pronunciadas y, en fin, todas las circunstancias concurrentes, para determinar si está dentro del ámbito del tipo penal o extramuros de él, sin olvidar que el principio favor libertatis debe jugar, necesariamente en los casos de duda, ante la naturaleza constitucional de los derechos de libertad de expresión e ideológica que podrían quedar afectados por el tipo penal, derechos que constituyen una de las más acusadas señas de identidad de la Sociedad Democrática.*

*Todo ello nos lleva a la conclusión de que el delito de exaltación/justificación del terrorismo o sus autores se sitúa extramuros del delito de la apología clásica del art. 18 CP, pero sin invadir ni cercenar el derecho de libertad de expresión. Zona intermedia que, como ya hemos dicho, debe concretarse cuidadosamente caso a caso.*

*¿Cuál es esa zona intermedia? se pregunta la sentencia referenciada 224/2010. Y a ello se responde que, "de acuerdo con la concreta previsión contenida en la Exposición de Motivos de la Ley 7/2000, el bien jurídico protegido estaría en la interdicción de lo que el TEDH - SSTEDH de 8 de julio de 1999, Sürek vs Turquía, 4 de diciembre de 2003, Müslüm vs Turquía -y también nuestro Tribunal Constitucional STC 235/2007 de 7 de noviembre- califica como el discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrorizamiento colectivo como medio de conseguir esas finalidades.*

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

*El presente delito, por consiguiente, requiere no sólo un elemento intencional, incuestionable, sino también, dentro del tipo objetivo, el que las expresiones o manifestaciones que se formulen tengan, desde el punto de vista semántico y literal, un significado de ensalzamiento o justificación del terrorismo o de sus protagonistas."*

**II.5.3** En conclusión podemos decir que el derecho constitucional a la libertad de expresión no excluye *per se* el tipo penal contenido en el artículo 578 del Código penal, debiendo analizarse la conductas concretas realizadas para determinar la existencia o no de una acción punible; teniendo siempre en cuenta, como dice el Tribunal Supremo, el principio del *favor libertatis* emanante de nuestra Constitución y que ampara incluso a quienes la niegan.

#### **SEXTO.- El artículo 578 del Código Penal. Análisis doctrinal y jurisprudencial.**

**II.6.1** Una vez determinado que las declaraciones realizadas por HASIER ARRAIZ BARBADILLO no están amparadas ni por su condición de parlamentario ni por el derecho constitucional a la libertad de expresión debemos proceder al análisis del tipo penal regulado en el artículo 578 del Código penal y de la jurisprudencia sobre el mismo; en concreto, si nos encontramos ante un supuesto de justificación del terrorismo.

**II.6.2** En esta materia, la abundante jurisprudencia, una vez excluida la libertad de expresión como elemento de exclusión de la responsabilidad penal, aspecto sobre el que ya hemos hablado en el apartado II.5 anterior, así como la doctrina, ha venido considerando lo siguiente:

A) El delito a que nos referimos, es el enaltecimiento o la justificación de las figuras delictivas comprendidas en los artículos 571a 577 del Código penal, 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.

Este tipo ostenta una sustantividad independiente 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, caracterizada por su naturaleza genérica, sin integrar una provocación directa a la comisión de un delito concreto; la barrera de protección se adelanta por tanto a la zona intermedia entre la apología y la libertad de expresión, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas, bien de quienes los ejecutaron, dentro del llamado *discurso del odio*.

B) Para la correcta interpretación del bien jurídico protegido se debe acudir a la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo, que introdujo el precepto:

*“La introducción de un nuevo tipo penal de exaltación del terrorismo en el nuevo artículo 578 del Código Penal se dirige a sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen 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.*

*Las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código, constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas.*

*No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir*

*la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal.*

*La incorporación de este nuevo delito en el artículo 578 origina la reforma de los anteriores artículos 578 y 579, que ahora se refunden en el nuevo artículo 579, con algunas modificaciones que se examinan a continuación.”*

Este texto nos ofrece un criterio negativo –no se criminaliza la valoración de hechos históricos- y otro positivo –se persigue la exaltación de los métodos terroristas- para la determinación del bien jurídico protegido, y que deberán ser tenidos en cuenta en el fallo. A partir de la citada Exposición de Motivos una parte de la doctrina (CAMPO MORENO, Juan Carlos *El enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas o sus autores*, La Ley 10889/2001 y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, E. Reus. Madrid. 2010) ha considerado que el tipo del 578 requiere también un elemento incitador a las conductas justificadas, aunque sea indirecto; por el contrario, existe doctrina que considera innecesario un elemento incitador al delito, a diferencia de lo requerido para la apología del artículo 18 del Código penal (RUIZ LANDABURU, María José, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*. Colex. Madrid. 2002), por lo que la incitación o no al delito no es para la doctrina un elemento determinante del tipo.

Como se ha dicho más arriba, el precepto citado no supone en modo alguno la criminalización de opiniones subjetivas discrepantes sobre acontecimientos históricos, sino combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades; en evitar, como decíamos al tratar la libertad de expresión, *el discurso del odio*. Además, no cabe valorar quién es el sujeto que ha realizado las declaraciones ni su pasado, sino su contenido y, en la medida que podamos, su intención, ya que lo contrario supondría que una misma frase tendría diferentes consecuencias penales dependiendo de quien la pronuncia, es decir, la aplicación del llamado por la doctrina *derecho penal de autor*; por tanto los antecedentes personales del

imputado pueden ser parte del contexto de sus declaraciones, pero nunca criterio de valoración del injusto.

C) Los elementos que integran esta infracción son los siguientes:

1º La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece -ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo- o justifica -presentar o hacer aparecer como acciones lícitas y legítimas- aquello que es un claro comportamiento criminal de carácter terrorista.

Y aquí, siguiendo la obra de RUIZ LANDABURU citada, coincidimos en que la justificación tiene un campo más amplio que la alabanza, ya que puede justificarse una acción sin alabarla, ya que incluso *“se puede justificar una conducta bien porque se considera buena, digna de elogio e imitable, o por muchos otros motivos que no necesariamente implican un desprecio del bien jurídico protegido”*; esto hace perentorio ver qué límites impone el derecho a la libertad de expresión al tipo, sobre lo que es esclarecedor el análisis de CAMPO MORENO, que como veremos, se inclina por exigir una incitación al menos indirecta al terrorismo para la aplicación del tipo después de hacer un ejemplar recorrido por la jurisprudencia constitucional:

*“La más reciente doctrina jurisprudencial confirma los extremos reseñados. La Sentencia núm. 42/1995, de 13 de febrero, señaló e insistió que «la fuerza expansiva del derecho a la libertad de expresión e información obliga a una interpretación restrictiva de sus límites». La núm. 78/1995, de 22 de mayo, volvió a reiterar que «la formación de una opinión pública libre aparece como una condición para el ejercicio de derechos inherentes a un sistema democrático». Siendo altamente interesante el voto particular formulado en dicha sentencia por el Magistrado Vives Antón, el cual expresó que la libertad de expresión «necesita un amplio espacio para desarrollarse, y aunque en casos como el presente no resulte directamente menoscabada, el recurso a la vía penal puede afectarla indirectamente desalentando su ejercicio más allá de lo que resulta tolerable en un régimen de libertad de expresión cual el que la Constitución española consagra».*

*Doctrina que se recalcó en el voto particular que formuló el indicado Magistrado en la Sentencia núm. 79/1995, de 22 de mayo.*

*Las Sentencias del Tribunal Constitucional núms. 159/1986, de 12 de diciembre y 199/1987, de 16 de diciembre, fueron las que mayores cuestiones y comentarios suscitaron.*

*En la primera de ellas se solicitó el amparo por el director del Diario Egin y es que, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo, entendieron que era responsable de un delito de apología del terrorismo por el hecho de haber reproducido unos comunicados de la banda terrorista ETA. El propio Tribunal Constitucional planteó la cuestión y, su resolución, como un conflicto entre «el principio constitucional de libertad y las limitaciones que mediante ley pueden introducir los poderes públicos y, en concreto, entre la libertad de información y el límite derivado del interés público que subyace en las normas penales». Más tarde, y preocupado por los límites de los derechos fundamentales expresó, «la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos». Continuó la sentencia reiterando una idea ya expuesta, y es que, «la formación y existencia de una opinión pública libre..., se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de un modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas»; concluyendo con que por lo expuesto se exige una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio. Tras una densa argumentación expuso que, «a los órganos judiciales correspondía asumir la interpretación más favorable al derecho fundamental y a sus efectos sobre las normas penales limitadoras del mismo». Otorgando, por todo lo expuesto, el amparo solicitado.*

*En la segunda de ellas, el Tribunal Constitucional, recalcó que es predicable de su doctrina que, «la manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos (Fund. 4.º)».*

*El Tribunal Constitucional desarrolló, con claridad, una doctrina uniforme sobre los derechos fundamentales y sus límites, y en especial del relativo a la libertad de expresión. El citado Órgano que nunca se planteó la tarea de delimitar el bien jurídico de la apología del delito sí fijó, sin embargo, el fundamento de su punición, que no es otro que su capacidad para lesionar o poner en peligro bienes jurídicos que merezcan la protección del ordenamiento penal.*

*Con la doctrina expuesta, creo, adquiere rotundidad la exigencia del elemento incitador o elemento subjetivo. Así, de un lado, es absolutamente concluyente que la mera aprobación, asentimiento o conformidad de hechos delictivos o de sus culpables, no puede generar la entrada del ius puniendi del Estado, encontrándose el límite en lo que constituya la alabanza, el elogio o la defensa del delito o sus culpables. Pero de otro, ello no es suficiente precisándose además un elemento subjetivo que se ciñe a la voluntad o finalidad del autor de preconizar la ejecución del delito.*

*Postura, creo, firmemente defendible a la luz de la doctrina constitucional y de la que, como exponente y prueba, podemos reiterar el párrafo transcrito del fundamento cuarto de la Sentencia 199/1987.”*

Por el contrario, RUIZ LANDABURU considera que la libertad de expresión no puede amparar conductas que supongan poner en peligro el orden constitucional, considerando que si bien en el pasado pudo tener sentido una interpretación extensiva de este derecho, en la actualidad el mismo debe adaptarse a la realidad social del momento y a la alarma social que causan determinadas conductas relacionadas con el terrorismo.

A pesar de la discusión doctrinal, que nos sirve para encuadrar el problema, es necesario destacar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dejado claro –sentencia 159/1986, de 12 de diciembre- que el derecho a la libertad de expresión debe tener un carácter expansivo.

A mayor abundamiento la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 2007 (sentencia 235/2007) analiza la apología del derecho de genocidio con criterios directamente extrapolables al asunto de autos:

*“La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE.*

*Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación. Debe subrayarse que la incitación indirecta a la comisión de algunas de las conductas tipificadas en el art.*

*607.1 CP como delito de genocidio —entre las que se incluyen entre otras el asesinato, las agresiones sexuales o los desplazamientos forzosos de población— cometidas con el propósito de exterminar a todo un grupo humano, afecta de manera especial a la esencia de la dignidad de la persona, en cuanto fundamento del orden político (art. 10 CE) y sustento de los derechos fundamentales. Tan íntima vinculación con el valor nuclear de cualquier sistema jurídico basado en el respeto a los derechos de la persona permite al legislador perseguir en este delito modalidades de provocación, incluso indirecta, que en otro caso podrían quedar fuera del ámbito del reproche penal.*

*(...)*

*De ese modo, resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP). Tal comprensión de la justificación pública del genocidio, y siempre con la reseñada cautela del respeto al contenido de la libertad ideológica, en cuanto comprensiva de la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas, permite la proporcionada intervención penal del Estado como última solución defensiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas protegidos, cuya directa afectación excluye la conducta justificativa del genocidio del ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), de manera que, interpretada en este sentido, la norma punitiva resulta, en este punto, conforme a la Constitución.”*

Es decir, que el tipo de apología del genocidio requeriría una incitación, al menos indirecta, a la realización de actividades genocidas o que al menos supongan actitudes despectivas con otros grupos raciales.

En relación con el delito de justificación del terrorismo el auto de 9 de enero de 2008 (auto 4/2008) del Tribunal Constitucional también requiere una incitación a la realización de actos de terrorismo:

*“7. Tampoco la condena por el delito de enaltecimiento o justificación de delitos de terrorismo o de sus autores (art. 578 CP) supone una vulneración del derecho a la libertad de expresión, pues, como se afirma en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en relación con los delitos de genocidio, “la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad” —cosa que debe afirmarse ahora también de los delitos de terrorismo— “permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión” (FJ 9).”*

Esta doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la incitación a la realización de actos de terrorismo o genocidio para la comisión del tipo no ha sido siempre seguida por el Tribunal Supremo, pero es necesario tenerla en cuenta de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ):

*“1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.”*

- 2º El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser (i) cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577, que ya se enumeraron líneas atrás, o (ii) cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesando recordar a este respecto que no es necesario identificar a una o a varias de tales personas, pues puede cometerse

también en referencia a un colectivo genérico de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

Esto nos debe llevar a plantear el tratamiento que debe darse a la expresión *izquierda abertzale* utilizada por el imputado, y si la misma tiene *per se* un significado delictivo o directamente vinculable a la actividad terrorista de ETA, de tal forma que su sola mención suponga un enaltecimiento –al menos indirecto- de la organización terrorista; y aquí la respuesta no puede ser sino negativa a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de mayo de 2011 (sentencia 62/2001):

*“... este Tribunal ha de insistir una vez más en que la izquierda abertzale como expresión ideológica “no ha sido proscrita de nuestro ordenamiento ni podría llegar a serlo sin quiebra del principio pluralista y de los derechos fundamentales a él conexos” y que las ideologías son en el ordenamiento constitucional español absolutamente libres y deben encontrar en el poder público la primera garantía de su indemnidad, a la que no pueden aspirar, sin embargo, quienes se sirven para su promoción y defensa de medios ilícitos o violentos y se sirven de la intimidación terrorista para la consecución de sus fines”. En definitiva, “son esos medios y no las ideas o los objetivos políticos pacíficamente perseguidos a los que está destinada la reacción del poder público en defensa del marco de convivencia pacífica diseñado por el constituyente para que en él tengan cabida todas las ideas” (SSTC 99/2004, de 27 de mayo, FJ 18; y 126/2009, de 21 de mayo, FJ 10, por todas). Por tanto, no cabe conferirle a estos indicios la virtualidad probatoria que les otorga la Sala.”*

Es decir, que el Tribunal ratifica que la expresión *izquierda abertzale* tiene un contenido ideológico distinto de los eventuales medios ilícitos utilizados en ciertos momentos para su promoción, y que las ideologías son libres, limitándose la acción restrictiva de derechos a la promoción de las mismas mediante medios ilícitos.

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

D) 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.

Por ello, como bien dice la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2010 (sentencia número 224/2010) a la que más adelante nos referiremos, las acciones deben analizarse desde una triple perspectiva: (i) las concretas expresiones estimadas de justificación del terrorismo o sus autores, (ii) el contexto en el que fueron pronunciadas y (iii) cualquier otra circunstancia relevante que pudiera concurrir.

**II.6.3** Una vez sentadas las bases teóricas del tipo y vista la importancia del caso concreto para su aplicación, la siguiente actividad debe ser el estudio de las diferentes conductas que han sido enjuiciadas en los últimos tiempos por el Tribunal Supremo y el sentido del fallo; así, se ha considerado que no existía justificación del terrorismo en los siguientes supuestos:

- ATS de 23 de septiembre de 2003 (recurso número 43/2003), en el que se valoran diferentes actuaciones realizadas por el grupo “Malas Pulgas” para determinar si podían considerarse delitos de terrorismo, y por tanto, atribuidos a la Audiencia Nacional:

*“..., hay constancia de que el 28 de septiembre de 2002 Malas Pulgas organizó un concierto para recaudar fondos, anunciado mediante carteles con fotos de encapuchados que portaban cizallas y otros instrumentos, con la leyenda "os vais a cagar". Y también de que el mismo grupo elabora y distribuye folletos, uno de los cuáles incluye una foto de Gregorio - alusiva al incidente provocado por éste que costó la muerte de varias personas, entre ellas dos funcionarios policiales- con el pie "aprendamos de nuestros mayores"; otro, bajo el lema "dinamita bajo el*

*coche", incluye un dibujo en el que una bomba hace explosión debajo de un coche policial; y alguno más con contenidos de parecido signo bajo rótulos como "mundo destructivo" y "antipower". También se indica que Malas Pulgas, en la llamada "Papelería revoltosa" conservaba y ofrecía la consulta de textos y folletos que incitaban a la utilización de armas y explosivos y estimulaban a la realización de actuaciones anti-institucionales. Se señala asimismo que algunos componentes de Malas Pulgas habrían mantenido contactos con miembros del clandestino PCE(r), otros recibieron el encargo de relacionarse con Batasuna, y algunos lo hicieron con dos anarquistas italianos condenados por atraco y por la muerte de dos policías, con objeto de difundir escritos de aquéllos en los que se justificaba la lucha armada. Se informa de que en el registro realizado en la sede de Malas Pulgas se halló la anotación de la matrícula de un vehículo con la indicación de posible pertenencia a un policía y datos sobre algunos periodistas de Valencia. En fin, se explica que cuatro imputados integrados en Malas Pulgas causaron destrozos en dos inmobiliarias de Valencia, y uno de ellos golpeó con un candado tipo "pitón" a una persona y que, además, algunos componentes de Malas Pulgas habrían iniciado, sirviéndose de un manual, la fabricación de algún explosivo."*

*Pues bien, la sala consideró que si bien "... es cierto que entre los datos del atestado hay algunos que implican formas de adhesión o apoyo a acciones violentas. Pero, como señala en Fiscal, también en esta materia y para que pueda entrar en juego el art. 578 Cpenal, los actos de "enaltecimiento o justificación" tienen que estar dotados de una publicidad de cierta calidad y capacidad de incidencia ("medios de expresión pública o difusión"); y, por otra parte, inscribirse en una línea clara de concreto apoyo a acciones específicas de carácter terrorista en sentido estricto. Y es patente que aquí esto sólo podría afirmarse haciendo uso de una interpretación extensiva y muy abierta de las categorías legales."*

- STS de 17 de julio de 2007 (sentencia número 656/2007), sentencia absolutoria que valora la canción "Síndrome del Norte" del grupo Soziedad Alkoholika, cuya letra dice:

*“Siempre que sales de tu casa Tú vas todo acojonao mirando para todos los laos ese bulto del sobaco es poco disimulao al llegar hasta el cotxe dejas las llaves caer ¿no sea ke halla un bulto raro? y que te haga volar como a carrero, como a carrero ay que jodido es ser " madero" en un lugar donde me consideran extranjero ¡porromponpero! esque la paranoia en tu cabeza es tal ke krees que todos te kieren matar, 'tú tio, ten cuidado! no hagas gestos raros mira que sako el fusko/y te vuelo el cráneo*

*¡Joder! con lo bien ke yo estaba, que estaba con mi mama pa'ke cono me han mandao pa'aka "virgen de la macarena! MARTXATE; VETE A ESPAÑA!”*

Concluyendo que *“Consecuentemente el texto de la letra, por más repulsa social que merezca, no expresa sino opiniones con excesos verbales hirientes y desafortunados, especialmente rechazables por el momento y ocasión, tanto en el año en que la canción se grabó 1993, como en la actualidad, sobre la actuación de determinados miembros de las fuerzas de seguridad en prevención de atentados contra sus personas, pero que tienen cabida en el derecho a la crítica y en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión, y son tolerables en una sociedad democrática que no pueden verse coartados por la acción penal ejercitada.”*

- STS de 3 de marzo de 2010 (sentencia número 224/2010): consideró que las frases: *"...Antes de nada, este ánimo, abrazo y este chaparrón de aplausos que nos habéis ofrecido, lo más calmoso posible a Aureliano, Bernardo y a todos los presos políticos vascos que se encuentran dispersados en las cárceles de Francia y España. ¡Os queremos!..."* y *"...En Euskal Herria todo el mundo sabe: aquí se tortura, todos los cuerpos policiales y represivos utilizan la tortura sistemáticamente contra los independentistas vascos...."* pronunciadas en el mitin de presentación de la candidatura de ANV a unas elecciones, acto en el que no hubo gritos a favor de ETA, ni pancartas, ni se distribuyó propaganda de la organización, no eran constitutivas del tipo; en consecuencia se revoca la sentencia de la Audiencia Nacional, pero con un voto particular contrario.

- STS de 15 de abril de 2013 (sentencia número 340/2013): no considera delictivo colocar en las fiestas de Azpeitia una pancarta con la foto de un preso condenado a sesenta años de prisión y la palabra “Herrira” por considerar que no es una alabanza o justificación, sino el deseo de que sean trasladados a prisiones próximas a su domicilio.
- STS de 28 de junio de 2013 (sentencia número 587/2013) y 16 de octubre de 2013 (sentencia número 775/2013): similares a la anterior, cuentan con votos particulares. En concreto, la de 16 de octubre –una de las más recientes- dice:

*“Pues bien, claramente, no es este el caso de los actos que se contemplan. En efecto, ya que por más que, resulten sugestivos de cierta sintonía personal o política de los portadores de las pancartas con los fotografiados -téngase en cuenta, expresamente considerados en la exclusiva calidad de presos- lo cierto es que ni en las imágenes, ni en los eslóganes que acompañaban a alguna de ellas, cabe ver una concreta exaltación de las acciones criminales atribuidas a los mismos y tampoco de ellos como responsables. Lo que también resulta, y es importante, del contexto, que fue un acto, no exento, claro está, de connotaciones políticas, pero esencialmente cultural.*

*Se trata, pues, de conductas, a lo sumo, podría decirse, teñidas de una ambigüedad, que las sitúa en el límite externo de lo punible; ya que, ni por su propio carácter ni por razón del entorno, delimitado por la convocatoria de la carrera (destinada a promover la lengua vasca), pueden tomarse de manera inequívoca por una forma de reivindicación o legitimación del terrorismo. “*

Por el contrario se ha considerado delictivo:

- STS de 20 de junio de 2007 (sentencia número 585/2007): considera delictivo la siguiente actuación de un parlamentario vasco en el homenaje al miembro de ETA José Miguel Beñarán Ordeñana Argala:

*“... dirigiéndose a los allí concentrados y a la vista de la proximidad de las elecciones generales a celebrar en la primavera de 2004, presentarles y animarles*

*a favorecer la llamada propuesta de Bergara», que supondría la formación de una lista conjunta de partidos arbetzales, con el objetivo relevante de «lograr la libre autodeterminación de Euskal Herria y la libertad de los presos políticos», resaltando el imputado las coincidencias existentes entre la mencionada propuesta con la realizada por el miembro de ETA «A.rgala» en Txiberta-Biarritz, en la primavera de 1977, y a quien dirigió manifestaciones de encomio y glosó como «persona con acertada visión de futuro y adecuados y ajustados planteamiento a favor de Euskal Herria», recordando que, «A.rgala» ya predijo el fracaso de la mencionada reunión, «que no se lograría la paz mientras las fuerza aberzales no se unieran para negociar con Madrid el encaje de Euskadi en el Estado, optando el PNV por apoyar el Estatuto y hoy se cumple 25 años de lucha» añadiendo, «teníamos razón, y ahora en vista de las elecciones de marzo, se plantea «la misma oferta»», asegurando que "ETA apoyaría la formación de una candidatura electoral entre fuerzas abertzales, porque permitiría pasar página de la guerra y abrir la de la libertad para Euskadi", concluyendo el acto homenaje con «múltiples agradecimientos a los etarras que han dado la vida por Euskal Herria y con llamamientos de lucha contra el Estado Español», enfatizando que «la propuesta formulada tiene garantías de salir adelante, no importa que hayamos sido ilegalizados o que tengamos militantes muertos; la izquierda arbertzale es Euskal Herria y es el futuro de este pueblo...”.*

- STS de 1 de abril de 2013 (sentencia número 282/2013): confirma la sentencia de la Audiencia Nacional que había condenado a los imputados que habían exhibido fotos de presos y banderolas a su favor al paso de la Korrika; en las banderolas se les califica como presos políticos y objeto de represión. La sentencia expresamente considera que el tipo del 578 CP no requiere la incitación a la comisión de delitos.
- STS de 3 de octubre de 2012 (sentencia número 752/2012): condena por un delito de humillación a las víctimas las expresiones “Perros... Seguro que va a salir precioso, como sus aitas... no como los vuestros, llorones, llorones, kagones y llenos de granos... ke asko...”, realizadas en una página web que comentaba el proceso de inseminación artificial que iba a ser practicado a una presa de ETA, así

como *“A ver si con un poco de suerte te pegan un tiro antes de la tregua definitiva y así te reúnes con "los tuyos", so zorra ... un besito”*, en la página web de la eurodiputada Soledad Becerril, familiar directo de un asesinato por ETA.

- STS de 3 de diciembre de 2013 (sentencia número 958/2013): ratifica la de la Audiencia Nacional que ha condenado por este delito la colocación de fotos de presos de ETA.
- STS de 20 de febrero de 2014 (sentencia número 114/2014): ratifica la condena por un delito del 587 la difusión en internet de propaganda jihadista, con expresiones como *“mata a un infiel y golpea a Europa y América, el paraíso se encuentra a las sombras de las espadas”*.
- STS de 3 de junio de 2014 (sentencia número 481/2014) considera tipificada la confección y exhibición de una pancarta que *“presentaba el anagrama de E.T.A., -un hacha con una serpiente enroscada en ella- y, en la parte inferior la inscripción "ETA BIETAN JARRAI" (ETA continuad en los /las dos, es decir, la necesidad de que ETA continúe en la lucha armada y en el ámbito político.”*

**II.6.4** Creo finalmente oportuno traer a este análisis la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2011 (sentencia número 259/2011), relativa al tipo contenido en el artículo 607 del Código Penal, y que guarda estrecha relación con el hoy enjuiciado:

*“2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.”*

Los hechos enjuiciados eran multitud, entre los que se pueden citar:

*“14. Finalmente, respecto del acusado Alvaro, además de imputarle declaraciones negacionistas en sus obras, se recogen en los hechos probados algunas manifestaciones respecto del homosexualismo, en las que expone su opinión, según la cual lo considera un "desviación producida normalmente por una enfermedad sexual de la persona" (sic),*

*considerando a quienes lo fomenten un "peligro para la raza y una sana sexualidad" (sic). Se le imputa también haber editado algunos libros, entre ellos Mi lucha, de Adolf Hitler, y el fanzine Bajo la Tiranía, recogiendo algunas frases de alguno de sus números, en las que se contienen juicios negativos respecto de los judíos, que ya han sido recogidos más arriba. Tampoco se trata de conductas que inciten, ni siquiera indirectamente, al genocidio, ni que puedan considerarse peligrosas desde las perspectivas antes enunciadas, por más que las ideas en las que se inspiran merezcan el más absoluto rechazo."*

La sentencia del Alto Tribunal –que cuenta con un voto particular- casó la de la Audiencia de Barcelona con el siguiente pronunciamiento:

*"15. Por lo tanto, aunque la conducta descrita en los hechos probados desarrollada por los cuatro acusados constituya una difusión de ideas favorables al régimen nazi, que en ocasiones incluyen justificaciones del genocidio, y de contenido discriminatorio y excluyente para grupos raciales, étnicos o religiosos; aunque en atención a los valores constitucionales tales ideas o doctrinas, al igual que cualesquiera otras no respetuosas con la dignidad humana, nos merezcan el más claro rechazo, y aunque desde los poderes públicos no deba favorecerse la difusión de tales ideas contrarias a las bases de la convivencia basada en los valores de la Constitución vigente, los hechos probados no alcanzan el nivel de acciones delictivas previsto en el artículo 607.2 del Código Penal, según la interpretación que del mismo ha realizado el Tribunal Constitucional, al no poder identificarse como una provocación o incitación directa a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por los motivos expresados en el artículo 510 del Código Penal ; y al no poder afirmarse tampoco, que mediante la difusión de ideas o doctrinas justificadoras el genocidio a través de la edición, distribución o venta genérica de libros o revistas, constituyan una incitación indirecta a la comisión de actos constitutivos de tal delito, o una conducta creadora de un clima de hostilidad contra los mencionados grupos susceptible, por sus características, de concretarse en actos específicos de violencia contra aquellos."*

Es decir, que recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia exige la concurrencia de incitación al delito en unas manifestaciones para la comisión del tipo penal de justificación del genocidio.

**II.6.5** En conclusión, salvo en la exhibición de fotos de presos y pancartas alusivas a los mismos, en la que existen pronunciamientos encontrados, el Alto Tribunal ha venido condenando las acciones expresas de apoyo a los presos –o sus acciones- o menosprecio a las víctimas, siendo especialmente significativas la sentencia de 3 de marzo de 2010 -en la que no se consideraron delictivas las declaraciones citadas, destacándose la falta de propaganda terrorista expresa en el acto- y la de 16 de octubre de 2010 que considera fuera del tipo las actitudes ambiguas.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no ha requerido una incitación expresa al delito en los casos en que ha mantenido la condena, a diferencia de lo que establecía el Tribunal Constitucional, bastando una justificación o alabanza de sus responsables, con la salvedad de la sentencia de 12 de abril de 2011.

#### **SÉPTIMO.- El principio *in dubio pro reo*.**

**II.7.1** Cuestión importante en estos autos, en los que nos encontramos ante unas declaraciones de dudosa –o doble- interpretación, como es el término *izquierda abertzale* o la real intención del imputado en sus declaraciones relativas a la decisión tomada hace treinta y cinco años, es el principio *in dubio pro reo*.

En cuanto al carácter de este principio, la sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 30 de marzo de 2011 (sentencia número 11/2011) lo define de la siguiente manera:

*“En el mismo sentido, "el principio in dubio pro reo no otorga al acusado un derecho a que, bajo ciertas condiciones, el Tribunal dude, sino sólo un derecho a no ser condenado si existen realmente tales dudas" (TS 2.a S 26 Abr. 1997).”*

Para luego continuar: *“En efecto, la jurisprudencia (vid., por todas, S 12 jul. 1997) ha señalado repetidamente que, por un lado, debe quedar claro que el principio in dubio pro*

*reo no otorga al acusado un derecho de que el Tribunal de los hechos, en ciertas circunstancias, dude; por otro lado, precedentes jurisprudenciales han admitido que el principio in dubio pro reo es una norma sustantiva -implícita en la noción de proceso con todas las garantías del art. 24 CE -, que debe ser observada en la aplicación de la ley penal y que resulta vulnerada cuando los jueces condenan al acusado a pesar de sus dudas, expresadas o implícitas en la fundamentación de la sentencia.”*

De igual manera y con mayor extensión se expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2014 (sentencia número 304/2014) al decir:

*“Y en cuanto al principio in dubio pro reo, presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal de instancia a quien compete su valoración la conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos (art. 741 LECr.)*

*Reitera la jurisprudencia que el principio informador del sistema probatorio que se acuña bajo la fórmula del "in dubio pro reo" es una máxima dirigida al órgano decisor para que atempere la valoración de la prueba a criterios favorables al acusado cuando su contenido arroje alguna duda sobre su virtualidad inculpatoria; presupone, por tanto, la existencia de actividad probatoria válida con signo incriminador, pero cuya consistencia ofrece resquicios que pueden ser decididos de forma favorable a la persona del acusado.*

*El principio in dubio pro reo, se diferencia de la presunción de inocencia en que se dirige al Juzgador como norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, tales pruebas dejasen duda en el ánimo del Juzgador, se incline a favor de la tesis que beneficie al acusado (STS. 45/97 de 16.1).*

*Desde la perspectiva constitucional la diferencia entre presunción de inocencia y la regla in dubio pro reo resulta necesaria en la medida que la presunción de inocencia ha sido configurada por el art. 24.2 como garantía procesal del imputado y derecho fundamental*

*del ciudadano protegido por la vía de amparo, lo que no ocurre con la regla in dubio pro reo, condición o exigencia "subjetiva" del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatória existente aportada al proceso. Este principio sólo entra en juego, cuando efectivamente, practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia, pertenece a las facultades valorativas del juzgador de instancia, no constituye precepto constitucional y su excepcional invocación casacional solo es admisible cuando resulta vulnerado su aspecto normativo, es decir "en la medida en la que esté acreditado que el Tribunal ha condenado a pesar de la duda" ( SSTS. 70/98 de 26.1 , 699/2000 de 12.4 ).*

*Aunque durante algún tiempo esta Sala ha mantenido que el principio in dubio pro reo no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que en realidad, se trataba de un principio interpretativo y que por tanto no tenía acceso a la casación, sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada. Hoy en día la jurisprudencia reconoce que el principio in dubio pro reo forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación. Ahora bien, solo se justifica en aquellos casos en los que el Tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las haya resuelto en contra del acusado ( SSTS. 999/2007 de 12.7 , 677/2006 de 22.6 , 1125/2001 de 12.7 , 2295/2001 de 4.12 , 479/2003 , 836/2004 de 5.7 , 1051/2004 de 28.9 ). Es verdad que en ocasiones el Tribunal de instancia no plantea la cuestión así, por ello es preciso un examen más pormenorizado para averiguar si, en efecto, se ha infringido dicho principio. Por ejemplo, si toda la prueba la constituye un solo testigo y éste ha dudado sobre la autoría del acusado, se infringiría dicho principio si el Tribunal , a pesar de ello, esto es, de las dudas del testigo hubiera condenado, pues es claro que de las diversas posibilidades optó por la más perjudicial para el acusado.*

*La STS. 666/2010 de 14.7 recuerda que el principio "in dubio pro reo" nos señala cual debe ser la decisión en los supuestos de duda pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay: existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación ( SSTS. 709/97 de 21.5 , 1667/2002 de 16.10 , 1060/2003 de 25.6).*

*En este sentido la STS 999/2007, de 26-11 , con cita de la STS 939/98 , de 13- 7, recordaba que el principio in dubio pro reo no tiene acceso a la casación por suponer una valoración de la prueba que está vedada a las partes, con arreglo a lo establecido en el art. 741 LECr., pero esta doctrina quiebra cuando es la propia Sala sentenciadora la que en sus razonamientos nos muestra unas dudas evidentes. En estos casos es preciso examinar en casación la existencia y aplicación de tal principio favorable al reo. Por tanto, el principio in dubio pro reo si puede ser invocado para fundamentar la casación cuando resulte vulnerado en su aspecto normativo, es decir, en la medida en la que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de la duda. Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al tribunal que dude, ni puede pedir a los jueces que no duden. La duda del tribunal, como tal, no es revisable en casación, dado que el principio in dubio pro reo no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en caso de duda ( STS 1186/95, de 1-12 ; 1037/95, de 27-12 )".*

**II.7.2** La conclusión que se deriva de esta jurisprudencia es que no cabe una condena si existen dudas, de forma que, como dice el Tribunal Supremo, la prueba debe ser valorada con criterios favorables al acusado.

**OCTAVO.- Las declaraciones de HASIER ARRAIZ BARBADILLO y su valoración a la luz de los criterios anteriores.**

**II.8.1** Una vez sentados los hechos y determinado el Derecho aplicable, debo proceder a la subsunción de las declaraciones concretas de HASIER ARRAIZ BARBADILLO en el tipo penal del 578 del Código Penal, tal y como exige la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2013.

Para realizar esta actividad analizaré las declaraciones efectuadas por el imputado en los aspectos que señala la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2010: (i) las concretas expresiones estimadas de justificación del terrorismo o sus autores, (ii) el contexto en el que fueron pronunciadas y (iii) cualquier otra circunstancia relevante que pudiera concurrir.

**II.8.2** Las concretas declaraciones que realizó –y que constan en el apartado II.1.2- presentan dudas respecto a su intención, sobre lo que fue cuestionado en las declaraciones practicadas ante este Instructor, declarando el imputado que no fue su intención justificar la actuación terrorista, sino realizar una valoración política de hechos históricos, ratificando que fue acertada la actuación de la *izquierda abertzale* como *sujeto político* quedándose fuera de la transición, en el contexto del turno de preguntas posterior al homenaje a dos víctimas del terrorismo.

Expresamente dijo a preguntas de su Letrado que en ningún momento quiso justificar la acción terrorista de ETA, sino que se refería a la actuación de la *izquierda abertzale* como *agente político*. Recalcó que estaba realizando la valoración política de un hecho histórico, en el que por motivos biográficos obvios no había participado.

En la segunda de sus declaraciones se reiteró en lo dicho, matizando además que nunca se refirió a la trayectoria de la *izquierda abertzale* a lo largo de estos treinta y cinco años, sino a una concreta decisión tomada en ese momento.

Este es un aspecto de complicada valoración, ya que las palabras pronunciadas por el imputado podían ser objeto de otra interpretación –como hace por ejemplo la acusación popular- que las llevaría al proscrito *discurso del odio*, en tanto son bastante ambiguas y, por este motivo, reitero que poco afortunadas; sin embargo, como ya dije en el auto anterior, la cronología juega a favor de la interpretación del imputado, al ser realizadas pocos días antes del treinta y cinco aniversario del referéndum constitucional, en el que la *izquierda abertzale* propugnó el *no*; además esa fecha -1978- no parece un hito destacado en la propia actividad terrorista de ETA, iniciada al menos diez años antes, salvo que considerásemos que la falta de libertades justificaba el asesinato como forma de actuación –lo que no me parece acertado, ni está en línea con la normativa de reconocimiento de las víctimas, que retrotrae sus efectos hasta 1968, es decir, cubre los asesinatos perpetrados durante la dictadura-; todo ello sin tener en cuenta que de facto España gozaba de un régimen de libertades fundamentales similar al constitucional desde primeros del año 1977. Además en aquel momento, la izquierda abertzale se integraba en un partido legal, que siguió siéndolo durante casi veinte años más, de forma que en el momento de los

hechos que dieron lugar a la ilegalización eran pocos –o ninguno- los responsables de la decisión de hace treinta y cinco años que continuaban siendo sus dirigentes.

Y además juega en favor del imputado el principio *in dubio pro reo*; ya que en este caso (i) hay prueba incriminatoria –de hecho, desde el primer momento el imputado reconoció que había realizado las declaraciones en cuestión, por lo que en mi opinión el problema fáctico era inexistente, quedando el asunto limitado a la valoración jurídica de los indiscutidos hechos-, pero, reitero (ii) existen dudas respecto al significado penal de las declaraciones del imputado; dudas que existen no sólo desde las diferentes declaraciones del imputado, sino desde el inicio de ese procedimiento, ya que (i) el Ministerio Fiscal pidió el sobreseimiento desde el inicio, y (ii) el auto de 16 de diciembre de 2013 por el que se acordó su admisión a trámite tuvo un voto particular –que no fue el mío-, que se reiteró en la resolución del Recurso presentado contra el mismo.

Coincido con la acción popular en que HASIER ARRAIZ BARBADILLO pudo mentir en su declaración, ya que ese es un derecho amparado por la Constitución, pero la realidad es que sin sus matizaciones –sean estas verdad o mentira, ya que en su fuero interno no podemos entrar- las declaraciones son susceptibles de diversas interpretaciones, salvo que, en aplicación de una suerte de *culpabilidad por conducción de la vida* en el sentido desarrollado por Edmund Mezger pretendamos que su pasado y su actual puesto como Presidente de Sortu hagan que todo lo que diga o haga -a la menor duda- deba ser interpretado en el sentido de una justificación del terrorismo; y personalmente creo que esta doctrina no es compatible con el Estado de Derecho.

Y en este sentido hago hoy más las palabras del informe del Ministerio Fiscal de 22 de septiembre de 2014, que describe perfectamente la cuestión:

*“Las palabras del querellado permiten razonablemente considerar que Hasier Arraiz estaba justificando los delitos de terrorismo y a sus responsables. Desde este Punto de vista son términos evidentemente reprobables y encuadrables en el tipo penal del artículo 578 del código penal.*”

*No obstante, y tras escuchar las declaraciones prestadas en sede judicial, a juicio del Fiscal firmante cabe también razonablemente entender que el querellado se refería a la decisión política de no aceptar la constitución española de 1978 y las consecuencias políticas de esa decisión.*

*Desde luego es muy difícil deslindar ambos ámbitos de actuación (el político y el terrorista) pues ambos tendían a la misma finalidad política.*

*No obstante el Derecho Penal es el último recurso del ordenamiento jurídico para la defensa de los bienes y valores jurídicos merecedores de la máxima protección legal. Por eso se aplican principios de interpretación de la norma más exigentes que en otras ramas del ordenamiento jurídico, entre los que cabe señalar la prohibición de la interpretación analógica en perjuicio del reo, la interpretación estricta de los tipos penal o el principio procesal de “in dubio pro reo”, entre otros.”*

A mayor abundamiento, sigue sin parecerme este discurso comparable con el que fue objeto de la sentencia condenatoria de 20 de junio de 2007, en el que directamente se equipara la propuesta hecha por la *izquierda abertzale* en 2004 a la que realizó en 1977 *Argala* en nombre de ETA a otros partidos políticos, llegando el entonces condenado a transmitir lo que ETA opinaría del acuerdo propuesto en 2004.

Por tanto, es acorde con nuestro sistema constitucional la interpretación *pro reo* de que se estaba realizando la valoración política de un hecho histórico –Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2000- y de un agente político y no terrorista; además para interpretar este aspecto debemos recordar que (i) el concepto *izquierda abertzale* como expresión ideológica no está fuera de nuestro ordenamiento –STC de 5 de mayo de 2011- y (ii) las conductas ambiguas quedan fuera del ámbito del tipo –STS de 16 de octubre de 2013-.

**II.8.3** El contexto en el que fueron pronunciadas –que cumple el requisito de publicidad requerido por el tipo- es el turno de preguntas posterior a una intervención del imputado en un acto de homenaje a los ex dirigentes de Herri Batasuna don Santiago Brouard y don Josu Muguruza, asesinados el 20 de noviembre de dos años distintos; recordemos de nuevo, dos víctimas del terrorismo, aunque uno de ellos hubiese sido igualmente

condenado por terrorismo; de hecho en el momento de su respectivo asesinato ambos se encontraban plenamente integrados en el sistema constitucional, pues eran uno miembro del Parlamento Vasco y el otro miembro electo del Congreso de los Diputados.

Es decir, con posterioridad a una intervención preparada de antemano y sobre la que no pesa denuncia alguna, se realizaron unas declaraciones *a bote pronto* en respuesta a una intervención del público, y cuya interpretación es al menos dudosa; y aquí debemos recordar que nos encontramos ante un delito esencialmente doloso (ATS de 23 de septiembre de 2003 y STS 3 de marzo de 2010), en el que solo cabe incurrir de una forma voluntaria, lo que difícilmente puede predicarse de unas frases al menos de dudosa interpretación realizadas sin la debida meditación: porque solo un exabrupto de meridiana interpretación podría considerarse de suficiente dolo para considerar la existencia de delito en una contestación a una pregunta directa del público.

Adicionalmente, en el acto en cuestión no se exhibió propaganda alguna de ETA o de otras organizaciones declaradas terroristas por los Tribunales, aspecto en el que expresamente incide la tantas veces citada sentencia de 3 de marzo de 2010; a estos efectos en el vídeo de la intervención queda claro que únicamente aparecían en el escenario las fotos de los homenajeados y el anagrama de SORTU, no habiéndose aportado a autos elemento alguno que lleve a considerar la realización de propaganda de ETA.

**II.8.4** Finalmente, otras circunstancias que debe tenerse en cuenta es que las declaraciones se realizaron en el homenaje a dos víctimas del terrorismo, como son don Santiago Brouard y don Josu Muguruza y que el imputado es presidente de SORTU, partido legal cuyos estatutos expresamente excluyen el uso de la violencia para la obtención de fines políticos.

Y también es otra circunstancia relevante que el Tribunal Constitucional exija la incitación a la comisión de actos de terrorismo para la aplicación del tipo penal, aspecto que si bien no es unánimemente aceptado por el Tribunal Supremo, debe ser tenido en

cuenta por mí en virtud del mandato contenido en el artículo 5.1 LOPJ por remisión del artículo 117 de la Constitución.

**II.8.5** En conclusión, tal y como dije en el auto de 2 de abril de 2014, no cabe considerar que las declaraciones realizadas por HASIER ARRAIZ BARBADILLO el 18 de noviembre de 2013 en la sala Bilbo-Rock de Bilbao constituyan un delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo contemplado en el artículo 578 del Código Penal.

En atención a todo lo expuesto, acuerdo

#### **PARTE DISPOSITIVA**

- 1.- EL SOBRESEIMIENTO LIBRE DE LAS PRESENTES DILIGENCIAS PREVIAS 24/13.
- 2.- EL ARCHIVO DEFINITIVO DE LAS ACTUACIONES.
- 3.- DECLARAR DE OFICIO LAS COSTAS CAUSADAS.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a la representación procesal de HASIER ARRAIZ BARBADILLO y de la *Asociación Dignidad y Justicia*.

**MODO IMPUGNACIÓN:** Hay dos opciones:

**PRIMERA:** Mediante recurso de reforma y apelación (artículo 766.1 LECr). Al interponer la reforma puede interponer subsidiariamente la apelación, por si no se admitiera aquélla (artículo 766.2 LECr).

**PLAZO:** Para la reforma **TRES DÍAS** (artículo 211 LECr). Para la apelación, si se interpone por separado **CINCO DÍAS** siguientes a la notificación del auto desestimando la reforma (artículo 766.3).

**SEGUNDA:** Mediante recurso directo de apelación, sin previa reforma (artículo 766.2 in fine LECr).

**PLAZO:** en el término de **CINCO DÍAS** desde la notificación del auto recurrido (artículo 766.3).

**FORMA (COMÚN A LAS DOS OPCIONES):** Mediante escrito presentado en este Juzgado, con firma de Letrado/a (artículo 221 LECr).

**EFFECTOS (COMÚN A LAS DOS OPCIONES):** Los recursos de reforma y de apelación no suspenderán el curso del procedimiento (artículo 766 LECr).

Lo acuerda y firma S.S<sup>a</sup>. Doy fe.

Firma del Magistrado

Firma de la Secretario