

Tribunal Supremo

(Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia num. 59/2019 de 5 febrero

[RJ\2019\414](#)



TERRORISMO: enaltecimiento o justificación o de quienes hayan participado en su ejecución: se castiga la justificación del terrorismo o de sus autores y la emisión de manifestaciones o realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas: características de cada una de estas conductas; existencia: publicar por internet frases dirigidas a la lucha armada e incitan a ETA de manera repetida, diciendo policías asesinos, enemigos del pueblo, señalémoslos con el dedo por la calle, gritémosle cerdos, asesinos, marquémoslos a hierro candente y a sus amos, lo que constituye discurso del odio.

ECLI: ECLI:ES:TS:2019:348

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación 381/2018

Ponente: Excmo Sr. Antonio del Moral García

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 18-01-2018 dictada por la Sección Tercera, Sala de lo Penal, de la Audiencia Nacional.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 59/2019

Fecha de sentencia: 05/02/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 381/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 16/01/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

Procedencia: Sección Tercera Sala Penal; Audiencia Nacional

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 381/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal**Sentencia núm. 59/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Antonio del Moral Garcia

D. Pablo Llarena Conde

D^a. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 5 de febrero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 381/201 interpuesto por **Obdulio** representado por el procurador Sr. Romeo Pinilla, bajo la dirección letrada de D. Erlantz Ibarrondo Merino contra Sentencia de fecha [18 de enero de 2018 \(ARP 2018, 337\)](#) dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional en causa seguida contra el recurrente por un delito de enaltecimiento de terrorismo. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO**

El Juzgado Central de Instrucción nº 5 incoó Diligencias Previas (PA nº 118/2014), contra Obdulio . Una vez conclusas las remitió a la Sala de lo Penal Sección Tercera de la Audiencia Nacional que con fecha [18 de enero de 2018 \(ARP 2018, 337\)](#) dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<< **PRIMERO.-** Entre el 2012 y 2014 el acusado Obdulio , mayor de edad, cuyos antecedentes no constan, a través de su cuenta de Facebook, DIRECCION000 , abierta a terceros sin necesidad de clave alguna, publicó y compartió los mensajes e imágenes que a continuación se relacionan, sin ningún tipo de privacidad, es decir, de acceso totalmente público para cualquier usuario de la red Social, constando en total que los perfiles de las personas que siguieron la cuenta DIRECCION000 , fueron 1139 seguidores, todo ello con la finalidad de difundir en la red imágenes y consignas para conseguir la adhesión al ideario de la organización terrorista ETA, alentando la actividad de la organización.

SEGUNDO

Los mensajes: y las imágenes que tienen transcendencia cuanto pretenden alterar la paz social y en el sistema de libertad en una sociedad democrática son los siguientes:

1. En fecha 10 de mayo de 2012 publica para compartir en su lucha contra el Estado español, una imagen en la que se observa a un miembro de la organización terrorista ETA portando un arma larga, junto a los símbolos de ETA formados por el hacha y la serpiente (Bietan Jarrai), cuya traducción es "adelante en las dos", que da significado al símbolo del hacha y la serpiente, como una combinación del uso de la fuerza y la inteligencia; en palabras del terrorista Carlos Daniel , alias Bola significa que "hay, que utilizar la fuerza con la inteligencia...". Esta imagen rinde homenaje a todo lo que el símbolo encierra, que es la trayectoria criminal de ETA a lo largo de toda su existencia.

Se puede observar también el sello de la organización terrorista ETA, el cual contiene una estrella de cinco puntas y el lema INDEPENDENTZIA ETA SOZIALISMOA/ INDEPENDENCIA Y SOCIALISMO-.

Esta imagen con todo lo descrito fue compartida con el grupo Amigos Vascos, Irlandeses y Corsos.

2. El día 30 de julio de 2012 publica para compartir la imagen de un mapa en el que se ubican con

un tricordio las unidades de la Guardia Civil en el País Vasco y comenta "El mapa del terrorismo español en HegoEuskalHerria=Aidehemndik/Fuera de aquí"

"*Alde Hemendik/ Fuera de aquí*" es una de las dinámicas más importantes y activas que desarrolla la Izquierda Abertzale, y que viene a completar uno de los objetivos tácticos de la organización terrorista ETA: "la *desmilitarización de Euskal. Herria*", entendida esta como la expulsión de las FyCSE de la CAPV y Navarra.

Esta dinámica tuvo su origen en la "Alternativa KAS" (01.10.1976), en la que se exigía la disolución de los "Cuerpos represivos y la exigencia de responsabilidades", que con posterioridad, y tras la actualización de la denominada Alternativa, en enero de 1978 y que dio paso a la "Alternativa Táctica de KAS", modificó el punto de tercero, sustituyendo el término "disolución" por el de expulsión" de las "Fuerzas Represivas" de la CAPV y Navarra-

3. En fecha 21 de agosto de 2012 comparte una publicación de apoyo al miembro de la organización terrorista ETA Argimiro , autor del secuestro del funcionario de prisiones Bruno , de quien afirma que fue secuestrado porque "se lo merecía".

4. En fecha 27 de agosto comparte una imagen con el Club de los Judíos en la que se observa a cuatro policías junto al Bank of Greece, con el texto "No se confunda. Las fuerzas armadas, incluidos el ejército, los servicios de inteligencias, las policías civil y militar, son un aparato represivo al servicio de la dominación de la clase burguesa"., y la comenta diciendo "**Madero bueno, madero muerto**".

5. En fecha 28 de agosto de 2012 comparte una publicación de apoyo al miembro de la organización terrorista ETA Argimiro , autor del secuestro del funcionario de prisiones Bruno . La imagen de publicación la cual está firmada por la suspendida organización de apoyo a los presos de ETA; HERRIRA, reclama la libertad para el preso de ETA Argimiro y el regreso del resto de presos de ETA a sus lugares de origen.

6. El día 26 de septiembre de 2012 publica para compartir la frase "**POLICÍAS ASESINOS!!! ENEMIGOS DEL PUEBLO!! SEÑALEMOSLES CON EL DEDO POR LA CALLE, GRITEMOSLES LO CERDOS Y ASESINOS QUE SON, MARQUEMOSLOS AL HIERRO CANDENTE, A ELLOS Y A SUS AMOS!!**".

7.- En fecha 29 de septiembre de 2012 comparte la imagen de un cartel anunciando el "**GUDARI EGUNA/DIA DEL SOLDADO VASCO**" del año 2012 con el lema "**Gudarzi bilean, dictadura garaietan eta casi-demokrázian eroritako militante independentista eta irauitzaieenomenez / En homenaje a los militantes independentistas y revolucionarios caídos en la Guerra Civil, en los tiempos de dictadura, y en la supuesta democracia**".

En dicho cartel aparece la estrella roja de cinco puntas junto al lema "**Agur eta ohore. Eusko Gudariak / Adiós y honor Soldados Vascos**", elemento identificador de primer orden en la simbología de ETA y del resto de organizaciones que componen su entramado.

Por otra parte se significa que el "Gudari Egüna /Día del Soldado", es ún acto de carácter reivindicativo que se celebra anualmente cada 27 de septiembre, para homenajear a los miembros de ETA fusilados en 1975, así como para homenajear, enaltecer y justificar su actividad terrorista. Tradicionalmente era convocado por la organización terrorista KAS, y, tras su disolución, fue la sucesora de ésta, EKIN, la encargada de la organización de su celebración.

8.. En fecha 7 de enero de 2013 comparte una imagen en la que se observa a una persona encapuchada portando un coctel molotov junto al lema "**VIVA LA Lucha CALLEJERA**".

9. En fecha 5 de febrero publica para compartir una imagen en la que se lee "**CARGA. LA MOCHILA... SACA LA CAPUCHA CUBRE TU CARA Y A LA LUCHA** ", junto a la imagen de un cóctel molotov. Esta frase junto con el de un cóctel molotov invita a las acciones de violencia, callejera.

10.- En fecha 17 de febrero de 2013 publica para compartir una imagen en la que se observa a personas encapuchadas en actos de "**KALE BORROKA/ LUCHA CALLEJERA**" y el lema

"ESUKAL HERRIA DEFNDAUU DEFIENDE EUSKAL HERRÍA!"-

11.- El día 2 de abril de 2013 publica para compartir una imagen en la que se observa al dirigente de ETA José " Cerilla ", junto al lema **¡GU SORTU GIMEN ENBOR BERETIK SORTÜKG DIRA BESTEAK, BURRUKA HORTAN IRAUNGO DUTEN ZÚHAITZ-ARDASKA GAZTEAK. BERENAUKEREN JABE ERAIKIZ TA ERORTZEAN BERRIRO JA±KIZ IBILTZEN JOANEN DIRENAK. AGUR ETA CHORE José HERRIAKEZ DU BARKATUKO! / DEL MISMO TRONCO DEL QUE NOSOTROS NOS CREAMOS SE CREARÁN LOS DEMÁS, LOS JÓVENES DEL ÁRBOL QUE VIVIRÁN SIEMPRE EN SU INTERIOR, CREADOS POR SUS PROPIAS DECISIONES Y AQUELLOS QUE SE HAN IDO UNIENDO SABIENDO QUE PODÍAN CAER. ADIÓS Y HONOR XABIER, ¡EL PUEBLO NO LO PERDONARÁ**".

12.- El día 20 de junio de 2013 comparte una imagen en la que se observa el símbolo de la ilegalizada ASKATASUNA, y los lemas **"BORROKA DA BIDE BAKARRA / LA LUCHA ES EL ÚNICO CAMINO"**; lema tradicional que venera la lucha armada o actividad terrorista de la organización terrorista ETA, considerándola como el único camino válido para conseguir la "independencia y el Socialismo". **"EUSKAL. PRESO ETA IHESLARIAK ETXERA/PRESOS VASCO Y HUIDOS FUERA"**, que se identifica con la dinámica permanente ordenada por ETA "Euskal Presoak Euskal herria / Presos Vascos: a Euskal Herria", y puesta en marcha desde 1995 por las organizaciones ilegalizadas Gestoras Pro Amnistía / Áskatasuna y, posteriormente, por la suspendida Herria.

13.- El día 26 de septiembre de 2013 publica para compartir una serie de imágenes, relacionadas con la **LUCHA CALLEJERA** en la que se ve a individuos lanzando cocteles molotov a miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, alguno de ellos en llamas, y comenta **"ARDED BASTARDOS, ARDED"**. Con esta expresión manifiesta su desprecio hacia los agentes de la autoridad y lo que ellos representan y expresa, su connivencia con lo que representa este tipo de actividades Violentas-

14.- En fecha 29 de octubre de 2013 comparte un texto del miembro e ideólogo de ETA Teodoro , alias " Limpiabotas ", sobre la violencia popular; *"Condenar cualquier tipo de violencia popular es una brutal necedad y una muestra clara de incapacidad (por parte de quien la condena) para salirse de las perspectivas ideológicas de la clase explotadora. Los pueblos no practican la violencia por gusto de hacerlo sino impulsados por la acuciante necesidad de adquirir un derecho humano: el derecho a la libertad en las relaciones sociales. La violencia popular es siempre defensiva, frente a la. violencia institucionalizada de la clase explotadora, y por lo tanto completamente legítima"*.

15.- El día 6 de diciembre de 2013 comparte Una imagen en la que puede observarse la leyenda **"BOLIJEKAKO LAUAK, BETI GOGOAN/LOS CUATRO BOLUETE, SIEMPRE EN LA MEMORIA"**, y varios carteles con fotografías en blanco y negro, bajo las cuales. están colocadas ikurriñas con crespones negros en señal de luto, y claveles rojos en forma de ofrenda.

Con esta publicación se ensalza y enaltece la figura de varios miembros de la organización terrorista ETA fallecidos al explotarles las bombas que iban a colocar".

SEGUNDO La Audiencia de instancia dictó el siguiente [pronunciamiento \(ARP 2018, 337\)](#) :

" **FALLAMOS:** Que debemos condenar y condenamos a Obdulio , como autor penalmente responsable de un delito .de enaltecimiento del terrorismo, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de un año y seis meses, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de costas procesales.

Al acusado se le abonará para el cumplimiento de la pena impuesta, el tiempo que haya estado privado de libertad por la presente causa.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el plazo de cinco días a contar a partir del día siguiente a fla notificación>>.

TERCERO

Notificada la [Sentencia \(ARP 2018, 337\)](#) a las partes, se preparó recurso de casación por

infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por el condenado que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Obdulio .

Motivo primero .- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del [art. 852 LECrim \(LEG 1882, 16\)](#) y 5.4 [LOPJ \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. **Motivo segundo** .- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del [art. 852 LECrim](#) y 5.4. LOPJ, por vulneración del derecho a la libertad de expresión. **Motivo tercero**. - Por infracción de ley al amparo del art. nº 849.1 LECrim por indebida aplicación del [art. 578 CP \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#) .

CUARTO

.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto solicitando su inadmisión y subsidiaria desestimación; la Sala lo admitió quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO

Señalada la vista para el día 12 de diciembre de 2018, se suspendió al comprobarse que por error se había omitido la citación del recurrente.

SEXTO

Realizado nuevo señalamiento para Vista, deliberación y Fallo se celebraron el día 16 de enero de 2019 con asistencia del letrado recurrente D. Erlantz Ibarro Merino en nombre de Obdulio que informó en defensa de su recurso solicitando la casación de la sentencia. El Ministerio Fiscal informó impugnando el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Reclama en un primer motivo el recurrente el amparo del derecho a la **presunción de inocencia** en alegato no del todo armónico con su invocación de la libertad de expresión. Vendría a ser un legítimo *"No soy el emisor de los mensajes; pero, si lo fuese, me respaldaría la libertad de expresión"* . El argumento y la estrategia son tan legítimos, como debilitadores del primer escalón (presunción de inocencia) del alegato defensivo.

Esta observación, que viene a la cabeza enseguida, no exige de comprobar, sin disminuir ni un ápice el rigor a emplear si, en efecto, la Audiencia contó con prueba de cargo suficiente para atribuir la autoría o, en su caso, la difusión y divulgación consciente y deliberada de los mensajes que se transcriben en el hecho probado al ahora recurrente.

El resultado de esa labor de constatación es rotundo: la prueba practicada es concluyente. Las protestas de inocencia del acusado son en cambio vacilantes ("no recuerdo") y aparecen como excusa de extrema fragilidad. No es verosímil imaginar una usurpación de sus claves para difundir esos mensajes, que, por otra parte, parecen guardar cierta ligazón con las ideas del recurrente. Las manifestaciones de la agente de la guardia civil que depuso en el plenario así como la documentación elaborada y unida no dejan dudas al respecto.

El delito exige la comunicación pública, pero no un determinado grado de difusión. Tampoco desde esa perspectiva es atacable la convicción de la Sala. El tipo no exige un nivel determinado de "impacto"

No se ha vulnerado la presunción de inocencia.

El motivo decae.

SEGUNDO

Los motivos segundo y tercero pueden ser examinados conjuntamente. El segundo invoca la libertad de expresión ([art. 17 CE \(RCL 1978, 2836\)](#)) como causa de exclusión de la antijuricidad y

por tanto legitimadora de la conducta. El tercero, desde el plano de la legalidad, considera mal aplicado el [art. 578 CP \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#) . Los argumentos de uno y otro motivo convergen pese a arrancar de planos diferente (constitucionalidad/legalidad penal).

No hay duda de que las frases e imágenes en su mayoría tomadas de otros y re-difundidas por el recurrente, rellenan el contenido típico del [art. 578 CP](#) . Encierran mensajes de enaltecimiento, promoción y alabanza de la actividad terrorista en general y, a veces, de concretas personas siempre con ocasión de su vinculación con una banda terrorista. Cualquiera percibe que, objetivamente, son portadoras de un intento de encender, despertar, espolear, impulsar o potenciar voluntades para ponerlas al servicio de esa actividad que se presenta como algo heroico, idealizado y atractivo. Basta con conocer que los mensajes objetivamente, por su contenido, encierran esa potencialidad para que se colmen las exigencias culpabilísticas. No es necesario probar que el emisor tuviese un propósito específico y deliberado de fomentar acciones terroristas concretas o que confiase en que alguien fuese a hacerlo como consecuencia directa de sus mensajes. Se castiga la contribución a generar o alimentar un determinado clima o atmósfera (delito de peligro abstracto); no un influjo en acciones terroristas concretas.

No faltan referencias despectivas ("se lo merecía") tanto a una víctima concreta de la actividad terrorista bien conocida; como a fuerzas y cuerpos determinados del Estado.

Ha quedado acreditada la vocación divulgativa y difusora que el autor imprimía a esos mensajes.

La invocación del [art. 16](#) y [20.1](#) CE (libertad ideológica y libertad de expresión) nos obliga a una global remisión a la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional. Buenas muestras de esa jurisprudencia así como de una normativa internacional que apoya esa doctrina y que es bien traída a colación aparecen recogidas en la sentencia de instancia. No podemos sino asumirla.

Siguiendo la estela de abundantes precedentes (entre muchas, [STS 4/2017, de 18 de enero \(RJ 2017, 50\)](#) ó [336/2017, de 11 de mayo \(RJ 2017, 2438\)](#)) hay que recordar que, como en todos los delitos de expresión, al decidir sobre una condena basada en el [art. 578 CP](#) se afronta siempre un conflicto entre el interés protegido por la norma penal y las libertades de expresión y, en su caso, ideológica: es un problema de equilibrios y ponderación que no admite respuestas simplistas ([STS 846/2015, de 30 de diciembre \(RJ 2015, 5888\)](#)). La simple ligazón con la libertad de expresión no legitima la conducta *per se* situándola por definición al margen del Código Penal: esto es obvio. Como tampoco el encaje formal en el tipo penal haciendo abstracción de cualquier otra consideración acarrea automáticamente una condena de esa naturaleza. Habrá que evaluar si se han producido excesos en el ejercicio de tales derechos fundamentales, de primerísimo rango en un estado democrático de derecho.

De ajustarse la conducta al marco constitucional de esa libertad consagrada en el [art. 20](#) CE operaría una causa de exclusión de la antijuridicidad canalizable a través del [art. 20.7](#) CP (ejercicio legítimo de un derecho). Pero el ejercicio de esos derechos cuenta con algunas barreras. Traspasadas, deja de ser un derecho; se entra en el territorio del abuso de derecho. O, con fórmula más afortunada, tal libertad está condicionada por otros derechos y exigencias constitucionales. Entre ellos desempeñan un papel no desdeñable el respeto al otro (humillación víctimas) y la prohibición de alabanza de actividades terroristas en forma tal que alimente un clima favorable a su reproducción o se constituya en germen, remoto pero real, de nuevas acciones de esa naturaleza, acciones que se dirigen a cuartear los pilares del Estado de derecho.

Por eso el debate ha de llevarse a cabo en concreto y no en abstracto: si *in casu* se han respetado esas limitaciones marcadas por el Código Penal, limitaciones que según el tenor literal de nuestra [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#) y de los textos internacionales existen y que reconocen -no podía ser de otra forma- tribunales nacionales e internacionales (entre muchas otras, STEDH de 20 de octubre de 2015, asunto M BALA M BALA c/ Francia: condena a raíz de un espectáculo publico donde se humillaba a las víctimas del holocausto judío).

Debe examinarse, así pues, si los hechos desbordan los muy amplios márgenes del ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en el [art. 20](#) CE . Si se respetan, las libertades del art. 20.1 a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de la conducta ([STC 104/1986, de](#)

17 de julio (RTC 1986, 104) , reiterada en las SSTC 105/1990, de 6 de junio (RTC 1990, 105) ; 85/1992, de 8 de junio (RTC 1992, 85) ; 136/1994, de 9 de mayo (RTC 1994, 136) ; 297/1994, de 14 de noviembre (RTC 1994, 297) ; 320/1994, de 28 de noviembre (RTC 1994, 320) ; 42/1995, de 13 de febrero (RTC 1995, 42) ; 19/1996, de 12 de febrero (RTC 1996, 19) ; ó 232/1998, de 1 de diciembre (RTC 1998, 232)). Se trata de **ponderar** para definir si la expresión de ideas se ha mantenido en el ámbito, amplio y extenso en esta materia, de lo tolerable; o ha traspasado esas laxas, pero a su vez firmes, fronteras.

TERCERO

Ese discurso es inevitable preámbulo del núcleo de la cuestión: si está bien aplicado el [art. 578 CP \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#) . Sin duda las libertades de expresión e ideológica condicionan su espacio aplicativo.

Establecía el [art. 578](#) CP vigente en el momento de los hechos (todos anteriores a 2015): *"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 "* .

La redacción -más beneficiosa que la surgida de la reforma de 2015- proviene de la [Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre \(RCL 2000, 2962\)](#) . En el apartado III de su Exposición de Motivos encontramos unas palabras que quieren justificar la decisión de política criminal que animó la inclusión de esta figura:

"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 aun, 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 (...)".

El precepto sanciona dos conductas diferenciables, aunque con un denominador común: su referencia al terrorismo. Por un lado, el enaltecimiento o justificación del terrorismo o de sus autores; por otro, la emisión de manifestaciones o realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas. Esta segunda figura cuenta con perfiles propios.

La yuxtaposición de conductas del primer párrafo del [art. 578](#) CP no ensombrece su diversidad. Desde la lectura de la Exposición de Motivos citada se vislumbra el interés del Legislador por extender la protección hacia dos esferas diferentes.

El castigo del enaltecimiento del terrorismo persigue la justa interdicción de lo que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (v.gr. [SSTEDH de 8 de Julio de 1999 \(TEDH 1999, 28\)](#) , Serek vs. Turquía , y de [4 de Diciembre de 2003 \(TEDH 2003, 81\)](#) , Müslüm vs. Turquía), como nuestro [Tribunal Constitucional \(STC 235/2007, de 7 de Noviembre \(RTC 2007, 235\)](#)) y esta misma Sala (

[STS 812/2011, de 21 de julio \(RJ 2011, 5546\)](#)) vienen denominando en sintonía con una arraigada y en expansión tendencia de política criminal "discurso del odio": alabanza o justificación de acciones terroristas. Comportamientos de ese tenor no merecen la cobertura de derechos fundamentales como la libertad de expresión ([art. 20 CE \(RCL 1978, 2836\)](#)) o la libertad ideológica ([art. 16 CE](#)), en tanto el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de la comunidad que lo sufre; su discurso se basa "en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y, en definitiva, en generar un terror colectivo que sea el medio con el que conseguir esas finalidades" ([STS 224/2010, de 3 de marzo \(RJ 2010, 1469\)](#)).

La humillación o desprecio a las víctimas, por su parte, afecta directamente, a su honor a su reputación u autoestima y, en último término, a su dignidad, ([arts. 18.1 y 10 CE](#)) perpetuando su victimización que es como actualizada o renovada a través de esa conducta. Tampoco la libertad ideológica o de expresión pueden ofrecer cobijo a expresiones que encierran un injustificable desprecio hacia las víctimas del terrorismo, hasta provocar su humillación.

No es superfluo que estas libertades sean enunciadas en el propio texto constitucional con referencia a sus límites. Así, el amplio espacio del que se dota a la libertad ideológica no tiene "más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley" ([art. 16.1 CE](#)); mientras que la libertad de expresión encuentra su frontera "en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia" ([art. 20.4 CE](#)).

Examina esta temática con extensión la [STC 112/2016, de 20 de junio \(RTC 2016, 112\)](#) . Tras una documentada panorámica, salpicada de referencias a instrumentos y jurisprudencia internacionales, sobre la significación de la libertad de expresión y los parámetros que pueden legitimar su limitación con una herramienta tan invasiva y disuasoria como es la norma penal, concluirá afirmando :

"...En atención a lo expuesto, debe concluirse que las resoluciones judiciales impugnadas, al condenar al recurrente como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo por su participación en ese homenaje, no han vulnerado su derecho a la libertad de expresión [[art. 20.1 a](#)] CE []. Su conducta no puede ser considerada como un legítimo ejercicio de este derecho, por ser manifestación del conocido como discurso del odio, al estar presentes todos los requisitos citados necesarios para ello: fue una expresión de odio basado en la intolerancia (el acto se publicitó mediante carteles pegados en las calles en los que se transcribía un texto atribuido a Limpiabotas que dice: "La lucha armada no nos gusta a nadie, la lucha armada es desagradable, es dura, a consecuencia de ellas se va a la cárcel, al exilio, se es torturado; a consecuencia de ella se puede morir, se ve uno obligado a matar, endurece a la persona, le hace daño, pero la lucha armada es imprescindible para avanzar"; con proyección de fotografías de miembros encapuchados de la banda terrorista; el recurrente pidió con ambigüedad calculada "una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático"); manifestado a través de un nacionalismo agresivo; con inequívoca presencia de hostilidad hacia otros individuos. Es cierto que la Recomendación núm. R (97) 20 del Consejo de Europa de la que parte la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es aplicable a la difusión a través de los medios de comunicación. Sin embargo, no puede obviarse en el presente caso dos ideas. Por una parte, los hechos cursaron en un acto público, lo que sin problemas puede entenderse como de eficacia perfectamente equiparable. Por otra, como reflejan las sentencias que antecederon a ésta, el acto tuvo repercusión pública, apareciendo la noticia del homenaje en los medios de difusión, periódicos y noticiarios de televisión, dato que no podía ignorar el recurrente.

Además, puede afirmarse que hubo una instigación a la violencia. Ciertamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de [16 de julio de 2009 \(TEDJ 2009, 82\)](#) , caso Feret c Bélgica, § 73, recuerda que "la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo". Parece claro, pues, que si los hechos implican tal incitación a la violencia, con mayor razón pueden incardinarse en dicho discurso ([SSTEDH de 29 de abril 2008 \(PROV 2008, 129545\)](#) , caso Kutlular c. Turquía, § 49 ; de [16 de julio de 2009 \(TEDH 2009, 82\)](#) , caso Feret c. Bélgica, § 64 ; de [8 de julio de 1999 \(TEDH 1999, 28\)](#) , caso Sürek c.

Turquía , § 62). **Incitar supone siempre llevar a cabo una acción que ex ante implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta. Desde esta última perspectiva, acciones como las que nos ocupan crean un determinado caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo**, singularmente si se tienen en cuenta las circunstancias en las que cursaron los hechos: fue un acto público, previamente publicitado mediante carteles pegados en las calles, en un contexto en el que la actividad terrorista seguía siendo un importante problema social. *Por consiguiente, es incuestionable que, para un espectador objetivo, la conducta del recurrente era idónea para contribuir a perpetuar una situación de violencia.*

El planteamiento efectuado no es ajeno a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, tal como ya se ha expuesto anteriormente, la citada [STC 235/2007 \(RTC 2007, 235\)](#) , para entender como legítima la sanción de conductas de punición de justificación del genocidio, afirmó que "será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial transcendencia 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" (FJ 9). Es más, es claro que la justificación del genocidio ex ante, en determinado ambiente social, caracterizado por un rechazo generalizado de tales doctrinas, puede ser menos peligroso para bienes constitucionales que la conducta aquí objeto de consideración, llevada a cabo en un ambiente social en el que, patentemente, resultaba mucho más fácil que prendiera la llama. El contexto en el que acaecen los hechos no es jurídicamente irrelevante (STEDH Sürek contra Turquía, de [8 julio 1999 \(TEDH 1999, 28\)](#) , § 62).

Las resoluciones judiciales impugnadas, en su labor de interpretación y aplicación del [art. 578 CP](#) , han ponderado adecuadamente todas las circunstancias concurrentes en la conducta del demandante de amparo. Concluyen correctamente no solo la aplicación del tipo penal -sobre lo que nada tiene ahora que decir este Tribunal al no ser una cuestión controvertida en este recurso de amparo bajo la invocación del derecho a la legalidad sancionadora ([art. 25.1 CE](#))-; sino, especialmente, que era una conducta que no quedaba amparada dentro del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión [[art. 20.1 a\)](#) CE], que es el concretamente invocado en este amparo, al tratarse de una manifestación del discurso del odio que incitaba públicamente el uso de la violencia en la consecución de determinados objetivos políticos. Al respecto, no es ociosa la cita de STEDH de 8 julio 1999, caso Sürek contra Turquía , §§ 61-62, en la que se subraya que "allí donde las declaraciones litigiosas inciten al uso de la violencia con respecto a un individuo, un representante del Estado o una parte de la población, las autoridades nacionales gozan de un margen de apreciación más amplio en su examen de la necesidad de una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión". Aceptado, como aquí hemos hecho, la presencia de dicha incitación a la violencia en los hechos objeto de enjuiciamiento, se comprimen aún más los márgenes para apreciar el ejercicio legítimo del derecho invocado.

En conclusión, debe denegarse el amparo solicitado por el demandante, toda vez que la sanción penal de su conducta, por ser una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia, a través del enaltecimiento del autor de actividades terroristas, la cual no puede quedar amparada dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de expresión [[art. 20.1 a\)](#) CE]".

CUARTO

Un mero repaso de los enunciados de los mensajes difundidos por el acusado evidencia que se desbordan los anchos linderos de las libertades ideológica y de expresión y que la respuesta penal es legítima. Los textos, a veces cortos en palabras, pero ricos en visceralidad, y sentimientos de odio en unos casos; y de alabanza, aliento y estímulo, en otros, hablan por sí solos. Se combinan las referencias despectivas, con apelaciones a la participación en actividades terroristas señalando a colectivos concretos.

Los hechos encajan en el [art. 578 CP \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#) sin que puedan reclamar el abrigo de las citadas libertades constitucionales.

Las [SSTS 52/2018, de 31 de enero \(RJ 2018, 719\)](#) o [354/2017, de 17 de mayo \(RJ 2017, 2540\)](#), en sintonía con la STC ampliamente transcrita en un fundamento anterior, subrayan la exigencia inherente al delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 de albergar capacidad de alentar, aunque sea de forma indirecta, un clima propicio para que germine el discurso del odio: " Cuando se redactó el art. 5 el [Convenio del Consejo de Europa \(LCEur 2015, 1748\)](#) para la prevención del terrorismo (STCE nº 196) -se explicaba- , *provocación pública para cometer delitos terroristas (definido como la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la intención de incitar a cometer delitos terroristas, cuando ese comportamiento, ya preconice directamente o no la comisión de delitos terroristas, cree peligro de que se puedan cometer uno o varios delitos)*, indica su informe explicativo que se tuvo en consideración la opinión de la Asamblea parlamentaria y del Comisario de los Derechos del Hombre, que sugirieron que dicha norma abarcara "la difusión de mensajes de elogio del autor de un atentado, el denigramiento de las víctimas, la llamada a financiar organizaciones terroristas u otros comportamientos similares" que pudieran constituir actos de incitación indirecta a la violencia terrorista.

*También refiere que se deja a los Estados un cierto margen de discrecionalidad en la definición de la infracción, si bien ejemplifica indicando que la presentación de una infracción terrorista como necesaria y justificada podría ser constitutiva de una infracción de **incitación indirecta** . En todo caso se exige que sea cometida ilegal e intencionadamente y que genere riesgo de la comisión de una infracción terrorista.*

De otra parte, la reciente [Directiva \(UE\) 2017/541 \(LCEur 2017, 533\)](#), aún en plazo de trasposición, igualmente tipifica en su art. 5, la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo que conforme a su considerando 10, estos delitos "comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población".

Ciertamente también exige la norma europea que conlleve el riesgo (que hemos de entender no concreto sino de aptitud) de que puedan cometerse actos terroristas.

Tal conclusión deriva del considerando 10 de la Directiva: Los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población. Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. En cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional".

El legislador español es autónomo a la hora de tipificar conductas. Esos textos supranacionales imponen unos mínimos, pero no excluyen otras tipificaciones. De cualquier forma sí que operan como criterios interpretativos. Pero aún partiendo de ellos, los textos difundidos por el recurrente colman esa exigencia que no se concibe como constatación de un peligro concreto, como sugiere el discurso impugnativo del recurrente, que reprodujo en la vista oral en un informe bien construido pero que no podemos abrazar (vid. [STS 378/2017, de 25 de mayo \(RJ 2017, 2560\)](#)).

Por lo demás, toda investigación por definición ha de ser *retrospectiva* (es decir, referida a hechos ya sucedidos) . Pero eso no priva de racionalidad a la deducción de que el emisor pretende hacer llegar a terceros los mensajes; pudiendo ser mayor o menor la difusión.

Por fin, los mensajes han de ser examinados en su contexto cronológico concreto: un momento en que la banda terrorista a la que se refieren no estaba disuelta. No puede pretenderse una aplicación retroactiva de "hechos favorables". Sin duda puede ser factor relevante esa circunstancia para

evaluar el contenido y potencialidad del mensaje; pero además de no poder evaluarse los mensajes con ese anacronismo, el dato no necesariamente anula la relevancia delictiva de actuaciones de enaltecimiento o justificación de la actividad terrorista ligada a esa organización.

QUINTO

La desestimación del recurso ha de llevar a la condena al pago de las costas causadas ([art. 901 LECrim \(LEG 1882, 16\)](#)).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1

DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **Obdulio** contra [Sentencia de fecha 18 de enero de 2018 \(ARP 2018, 337\)](#) dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional en causa seguida contra el recurrente por un delito de enaltecimiento de terrorismo.

2

Imponer a Obdulio el pago de las costas de su recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Antonio del Moral Garcia Pablo Llarena Conde Carmen Lamela Diaz