



Roj: **STS 1177/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1177**

Id Cendoj: **28079120012017100223**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/03/2017**

Nº de Recurso: **1998/2016**

Nº de Resolución: **221/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 221/2017

Fecha de sentencia: 29/03/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: **1998/2016**

Fallo/Acuerto:

Fecha de Vista: 07/03/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Transcrito por: SOP

Nota:

Resumen

ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO: Art. 578 del CP. Conflictividad con el derecho a la libertad ideológica y a la libertad de expresión. Distinción entre libertad de opinión y libertad de información. Análisis de la cuestión a la luz de la doctrina del TEDH y del TC. Jurisprudencia de la Sala. DISCURSO DEL ODIO: Exigencia de una incitación indirecta, que entraña una situación de riesgo para las personas o el sistema de libertades. ELEMENTO SUBJETIVO: se satisface por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Basta la conciencia y voluntad de difundir un mensaje que contiene una evocación elogiosa o nostálgica de las acciones violentas del grupo terrorista, con independencia de cuál sea la finalidad por la que se ejecuta la acción.

EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL: Interpretación del artículo 89 del CP, en su redacción dada por la LO 1/2015. La regulación distingue entre la decisión de expulsión y la orden de ejecutar total o parcialmente la pena privativa de libertad impuesta, estableciéndose diferentes presupuestos para la adopción de cada una de estas decisiones.

Análisis general del régimen normativo que establece el precepto y de su integración con una asentada jurisprudencia sobre la medida de expulsión.

En los supuestos en los que, además de la medida de expulsión, se acuerde el cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad impuesta, el deber de motivación no sólo viene referido a la pertinencia y proporcionalidad de la decisión de expulsión, sino que debe proyectarse también en las razones de prevención general y especial que justifican el cumplimiento.



EVALUACIÓN DEL ARRAIGO: La intensidad del establecimiento en nuestro país de un individuo, se contempla desde dos vectores: 1) Desde el plano individual, involucra el esfuerzo vital que el condenado haya consumido en asentarse en nuestro país, calibrado además desde su propia expectativa de futuro y desde las consecuencias que tendrá la eventual expulsión para su vida familiar, afectiva, laboral o para otros intereses patrimoniales que puedan resultar afectados; 2) En todo caso, existe una consideración colectiva del arraigo, que tampoco puede eludirse cuando la norma penal apela al arraigo como marcador de la proporcionalidad de la medida de expulsión. Esa dimensión del arraigo, hace referencia a si el extranjero condenado participa de los principios fundamentales en los que se asienta constitucionalmente nuestra convivencia social y en qué medida puede llegar a percibir nuestra comunidad como propia.

Ambos factores -el personal y el colectivo- permiten medir el arraigo y ponderar el grado de afectación de una eventual decisión de expulsión, desvelando si puede resultar o no desproporcionada como respuesta punitiva, en atención al delito cometido y a las circunstancias por las que se impone.

RECURSO CASACION núm.: **1998/2016**

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 221/2017

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D. Perfecto Andrés Ibáñez

En Madrid, a 29 de marzo de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación **1998/2016** interpuesto por Jose Ángel , representado por la Procuradora D.ª Silvia Barreiro Teijeiro bajo la dirección letrada de D.ª Ana María Casanueva Alonso, contra la sentencia n.º 28/2016 dictada el 21 de septiembre de 2016 por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera, en el Rollo de Sala Procedimiento Abreviado 9/2016, en el que se condenó al recurrente como autor criminalmente responsable de un delito de enaltecimiento del terrorismo, del artículo 578.1 y 2 y 579 bis 1 y 2 del Código Penal. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción n.º 3 de los de la Audiencia Nacional incoó Procedimiento Abreviado número 111/2015 por delito de enaltecimiento del terrorismo, contra Jose Ángel y Ovidio , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera. Incoado el Rollo de Sala Procedimiento Abreviado n.º 9/2016, con fecha 21 de septiembre de 2016 dictó sentencia n.º 28/2016 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

«Probado y de conformidad así se declara, que el acusado Jose Ángel , a través del perfil de Facebook con ID NUM000 y URL: DIRECCION000 y el acusado Ovidio , que se hace llamar Corsario , con URL: DIRECCION001 e ID NUM001 , publicaron, sin ningún tipo de restricción de privacidad y de modo habitual, los siguientes mensajes e imágenes:

El acusado Jose Ángel publicó diversos contenidos en las fechas siguientes:

-El día 18 de mayo de 2015 publicó el siguiente comentario: " *la ley, ley orgánica, juzgado, instrucciones, liquidaciones de condena, expulsión del territorio nacional....? ISIS*".

-El día 21 de mayo de 2015 subió varias fotografías de carteles del Estado Islámico "DAESH" y en árabe: " *No hay más divinidad que Allah*" " *Estado del califato Islamico*", imágenes de soldados con fusiles y la leyenda: " *Cien muertos en el ejército en Ramadi y la organización del Estado amplía sus ataques*".

-El día 9 de junio de 2015 publica la imagen de una ejecución con el siguiente comentario en árabe: " *Canal Al Arabiya. DAESH, publica la ejecución de un egipcio acusado de espionaje para la policía. Detalles de la noticia en este enlace DIRECCION002* ".

A raíz de esta publicación Jose Ángel le dice al otro acusado Ovidio : "*ISIS mata a un espía por espiar en su departamento de policía.*" Respondiendo Ovidio : "*j ejeje....por chivato...ya tiene hasta el agujero hecho para enterrarlo, jeje!!!*", diciendo Jose Ángel : "*si*".

-El día 9 de junio de 2015 Jose Ángel sube un vídeo anunciando la publicación de unas imágenes inéditas sobre la llegada del Califato, con los titulares: "*Muy pronto, las imágenes publicadas por primera vez en el canal Al Jazeera.-El Sinaí... Quien siembra espinas*".

-El día 10 de junio de 2015 publica un video en el que muestra las imágenes de la llegada del DAESH a Mosul (Irak), desfile de soldados y el júbilo de la población por las calles, mostrando banderas del Estado Islámico e imágenes cotidianas de la población tras la llegada del DAESH, apareciendo escrito: "*El Estado cumple un año en Mosul y las fuerzas del gobierno con ayuda de la coalición internacional no logra eliminarlo*"

-El 27 de junio de 2015 Jose Ángel subió un vídeo (censurado por Facebook por su contenido) en el que aparece: "*DAESH en 2015 adiestramiento de DAESH a niños*", Jose Ángel lo acompaña del comentario: "*hombres*"

A continuación, se produce una segunda remesa de comentarios, con las siguientes fechas

-El 2 de julio de 2015 publica una fotografía de varias probetas de laboratorio con el comentario "*Guerra biológica*".

-El día 9 de julio de 2015 publica una fotografía suya con un serrucho en el cuello y el comentario en inglés "*Drab*" (Triste, apagado). A continuación Ovidio escribe: "*Yo te ayudo hermano, a por quien hay que ir...jejeje!!!!*". Jose Ángel responde: "*Obama y Netanyahawi*". Contestando Ovidio : "*Me apunto a sacar tripas a esas ratas!!*" y añade Jose Ángel : "*Jeje, pronto*" "*pero perderíamos y seremos historia de la humanidad*".

-*Tendrán que estudiar sobre nosotros la nueva generación y responder preguntas en el examen sobre nosotros.* "*jeje..que me esta buscando el psiquiatra*"

-El día 4 de agosto de 2015 Jose Ángel publica el siguiente comentario: "*Estoy pensando como destruir el planeta tierra a tomar por culo toda la humanidad*".

-El día 28 de agosto de 2015 publica la imagen de una playa con el mensaje: "*mensaje firmado con sangre para la nación de los cruzados*".

-El día 8 de septiembre de 2015, la imagen de un individuo encapuchado (al parecer es el que decapitó cristianos en la playa de Libia), vistiendo ropa militar, portando un cuchillo en actitud amenazante. En la parte baja de la foto escrito en árabe: "*Cruzados la paz para vosotros será un deseo*" y al lado izquierdo: "*Jose Ángel*"

-El día 30 de septiembre de 2015 publica un vídeo de un individuo encapuchado que decapita a un hombre y se le oye decir. "*baja la cabeza*". Y la gente aclama: "*Allah es grande*" y Jose Ángel dice en árabe: "*DAESH jajajaj protege a tu amigo que le la miedo esto*"

-El día 9 de octubre de 2015 publicó un video de un cantante americano escribiendo: "*usted debe ser muerte, no pasa nada porque es una canción americana y también afecta a los conflictivos en matar y robar podemos decir k es el ISIS urbano legal*"

Por su parte el también acusado Ovidio realizó las siguientes publicaciones:

-El 21 de julio de 2013 publica un video en el que se observa a un hombre árabe explicando los preparativos de unos explosivos, antes de proceder a inmolarse con un vehículo todo terreno, el cual carga con explosivos y luego detona contra un comboy militar, haciendo el siguiente comentario: "*! Yo haría lo mismo si vienen a joderme a mi casa, a dejarte sin familia, y que grande este afgano dando su vida para matar a los malditos sionistas americanos a robarte todo lo que tienes, yo me inmolaría!!!. Allah, akbar!! Dios es grande*".

-El 21 de julio de 2013 publica un video titulado "Hombres de Irak" en el que se observa a un grupo de hombres disparando con armas de fuego en diversos entrenamientos, haciendo el siguiente comentario: "*Vamos muhaidines garrote a esos putos con uniforme que solo buscan saquear países pobres pero ricos de recursos!! Glorifico a todos los mártires!! No les queda mucho de vida a estos yankis... Disparen hasta que las balas les fundan.*"

-El 21 de julio de 2013 publica un comentario en el que propone y promueve asesinar a sangre fría a cada funcionario del estado español.



-El 1 de agosto de 2013 publica un video en el que se observa el entrenamiento de un grupo de talibanes en Afganistán, y a otro grupo de talibanes cargar un camión de explosivos para detonarlo después en un aeropuerto.

-El 5 de septiembre de 2013 publica una imagen en la que se puede leer: " *Algunas personas solo necesitan un golpecito en la cara con una silla*" " *si alguien coge y te lanza una piedra... tranquilo tu deja la piedra, no seas igual que él. No te rebajes a su altura. Mejor coge el machete y trocéalo*"

-El 15 de noviembre de 2013 publica dos imágenes, con el siguiente comentario: " *Satan is happy with your progress*" (Satán está contento con tu progreso) " *Toda vez que un hombre navega lejos de dios... el diablo siempre tiene un barco listo*".

Con fecha 4 de diciembre de 2015 se practico la diligencia de entrada y registro en las respectivas celdas de los imputados, habiendo sido ocupados dos móviles conteniendo imágenes, audios, vídeos, de corte yihadista y sobre las actividades de DAESH, así como conversaciones para unirse al Califato y haciendo alarde de su intención de perpetrar acciones violentas en diferentes lugares.».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

«Debemos **condenar y condenamos a Jose Ángel y Ovidio**, como autores criminalmente responsables, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, atenuante muy cualificada de reconocimiento de los hechos, de un delito de enaltecimiento del terrorismo, a la pena, para cada uno de ellos, de un año y seis meses de prisión, e inhabilitación absoluta por tiempo de siete años y seis meses, con la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años, y costas en su parte proporcional.

En el caso del acusado, Jose Ángel, se decreta la sustitución de un tercio de la pena que quede por cumplir, por su expulsión del territorio nacional, el encontrarse en situación irregular en el mismo.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que la misma no es firme, y cabe interponer contra aquella recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que deberá prepararse ante esta Sala en plazo de los cinco días siguientes al de la última notificación.».

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Jose Ángel, anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, por vulneración de precepto constitucional y, con carácter subsidiario, por infracción de ley por infracción de los artículos 578 y 579.1 del C.P. en relación a la pena impuesta, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso formalizado por Jose Ángel, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que se ha producido una aplicación contraria a Derecho de precepto penal de carácter sustantivo, del artículo 578 del CP que castiga el delito de terrorismo.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haber infringido la sentencia el artículo 24 de la Constitución Española, que ampara el derecho a la presunción de inocencia hasta que se demuestre su culpabilidad.

Tercero.- Por infracción de ley, con carácter subsidiario, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de preceptos del Código Penal, concretamente el artículo 578 y 579.1 en relación a la pena impuesta.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, por escrito de fecha 20 de diciembre de 2016, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento de la vista cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para la vista prevenida, se celebró el día 7 de marzo de 2017. Al acto compareció la letrada recurrente D.ª Ana María Casanueva Alonso en la defensa de Jose Ángel y, como recurrido, el Ministerio Fiscal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 3.ª de la Sala de Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en su Rollo de Sala 9/2016, procedente del Procedimiento Abreviado nº 111/2015 de los del Juzgado Central de Instrucción nº 3, dictó sentencia el 21 de septiembre de 2016, en la que condenó a Jose Ángel y a Ovidio, como autores responsables de un delito de enaltecimiento del terrorismo, previsto y penado en los artículos 578.1, 578.2 y 579 bis 1 y 2



del Código Penal, en su redacción actualmente vigente. Por entender concurrente -como muy cualificada-, la atenuante analógica de reconocimiento de los hechos de los artículos 21.7 del Código Penal, en relación con el artículo 21.4 del mismo texto legal, acordó imponer a cada uno de los acusados las penas de: 1) Prisión por tiempo de 1 año y 6 meses y 2) Inhabilitación absoluta por tiempo de 7 años y 6 meses. La sentencia les impuso además la medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de 5 años y les condenó al pago de las costas procesales causadas.

Frente a este pronunciamiento de condena, se interpone recurso de casación por la representación de Jose Ángel, cuyo primer motivo se formula al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, por entender indebidamente aplicado el artículo 578 del CP.

Si bien el recurso no cuestiona que el recurrente publicara a través de su perfil de *Facebook*, y sin ningún tipo de restricción de privacidad, diversos mensajes e imágenes relacionados con el *Estado Islámico*, *Isis* (Estado Islámico de Irak y Siria, por sus siglas en inglés) o *Daesh* (acrónimo árabe formado por las mismas palabras que componen ISIS), sostiene que el contenido de sus mensajes no satisface el requisito objetivo de alabar el terrorismo islámico o justificar sus acciones, ni comportaban una burla a sus víctimas. Y el recurrente termina desarrollando en su alegato que la única intención que impulsó su actuación, fue criticar esa situación e informar al público en general, haciendo saber a la ciudadanía lo que estaba pasando en el mundo.

Desde la contemplación del contenido del motivo, deben de remarcar dos extremos que van a conducir su resolución:

1. El primero, casi innecesario por la habitualidad con que se proclama por la Sala, viene referido al motivo que sirve de base a la impugnación de la sentencia. El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación " *Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal*". Se trata, por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos.

2. El segundo, constituido por el doble espacio sobre el que se proyecta el juicio de tipicidad que se impugna. El recurrente no sólo hace referencia al contenido objetivo de las expresiones publicadas, negando que tengan la capacidad de alabar las acciones terroristas, justificar sus acciones o burlarse de sus víctimas, sino que añade la ausencia de intención específica de loar el terrorismo islámico, sosteniendo que su propósito consistía en informar a la sociedad de lo que acontecía en el mundo.

SEGUNDO.- Abordar el estudio sobre la antijuricidad de las expresiones recogidas en el *factum* de la sentencia de instancia, no sólo supone contemplar el concreto significado de su mensaje, sino la legitimidad de su exteriorización y divulgación, pues la norma penal que contemplamos, entra en aparente conflicto con dos derechos esenciales para cualquier sociedad democrática, cuales son el derecho a la libertad ideológica, y el derecho a la libertad de expresión (STS 846/2015, de 30 de diciembre o 698/2016, de 4 de noviembre), tanto es su aspecto más concreto de la libertad de opinión (art. 20.1.a de la CE), como en su manifestación del derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20.1.d CE).

Comenzando por éste último aspecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 8 de julio de 1986, caso Lingens, y de 24 de febrero de 1997, caso De Haes y Gijssels), distingue entre: 1) La libertad de información, que lo que transmite son relatos de hechos o sucesos y 2) La libertad de expresión, que haría referencia a la transmisión de ideas, opiniones o juicios de valor (en igual sentido se expresan las SSTC 105/83, de 23 de noviembre o 143/91, de 1 de julio).

No podemos soslayar la dificultad práctica de distinguir entre libertad de expresión y libertad de información, pues resulta casi imposible encontrar exposiciones de opiniones o de hechos en estado puro, entremezclándose habitualmente unas y otras, de manera que los hechos sirven de asiento a la actividad valorativa y la opinión responde a unos hechos acreditados en mayor o menor grado. En todo caso, contemplamos que el TEDH (STEDH de 8 de julio de 1986) considera que en esa coyuntura, a fin de analizar y fallar si la actuación enjuiciada es o no amparable conforme con el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, habrá de estarse al elemento (fáctico o valorativo) preponderante; consideración que fue igualmente recogida en orden a la legitimidad constitucional del ejercicio de los derechos recogidos en el artículo 20 de la CE en la doctrina constitucional expresada por Sentencia 143/91, entre muchas otras que le han seguido.



En lo que hace referencia a que la libertad de expresión entraña la posibilidad de manifestar sin impedimento, las opiniones, sentimientos o creencias que se profesan, no puede resolverse el conflicto otorgando a este derecho subjetivo un alcance ilimitado, como tampoco puede concederse una acrítica protección al interés tutelado por la ley penal. Dado que el ejercicio de los derechos está sujeto a que se desarrollen dentro de los límites constitucionales propios de la sociedad democrática en la que se ejercen, no puede prescindirse de una evaluación sobre la presencia o no de excesos en su disfrute. Y en ese análisis, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 8 de Julio de 1999, Sürek vs. Turquía , y de 4 de Diciembre de 2003, Müslüm vs. Turquía), como el Tribunal Constitucional (STC 235/2007, de 7 de Noviembre) y esta misma Sala (SSTS 812/2011, de 21 de julio o 4/2017, de 18 de enero) vienen destacando que el llamado «discurso del odio», entendido como la alabanza o justificación de acciones terroristas, no merece la cobertura de derechos fundamentales como la libertad de expresión (art. 20 CE) o la libertad ideológica (art. 16 CE), pues el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de la comunidad que lo sufre y 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).

Como indicábamos en nuestra Sentencia 676/2009, de 5 de junio, y hemos recordado en otras ocasiones (STS 820/2016, de 2 de noviembre), no se trata de criminalizar opiniones discrepantes sino de combatir actuaciones dirigidas a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y daño en la paz de la comunidad con sus actos criminales, atentando contra el sistema democrático establecido.

TERCERO. - En su reciente sentencia 112/2016, de 20 de junio, el Tribunal Constitucional se pronunciaba sobre el delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 del Código Penal y expresaba:

«La jurisprudencia constitucional ha destacado tanto el carácter preeminente que tiene el derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos, como su carácter limitado cuando entra en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales, como sucede, por ejemplo, con aquellas expresiones que son manifestación del discurso del odio y que cabe interpretar como incitaciones a la violencia, discriminación contra colectivos, etc. Igualmente, la jurisprudencia constitucional también ha abordado la cuestión relativa a los límites que impone el principio de proporcionalidad a la injerencia que en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión supone la sanción penal de determinadas expresiones. La reciente STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2, destaca estos tres aspectos cuando expone lo siguientes elementos caracterizadores de este derecho:

(i) El carácter institucional del derecho a la libertad de expresión. La STC 177/2015 afirma que en una jurisprudencia unánime que arranca de las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 12/1982, de 31 de marzo, se subraya repetidamente la "*peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión*", en cuanto que garantiza para "*la formación y existencia de una opinión pública libre*", que la convierte "*en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática*". De modo congruente con ello se destaca la necesidad de que dicha libertad "*goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones*", que ha de ser "*lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor*" [FJ 2 a)].

La STC 177/2015 continúa exponiendo que este carácter institucional determina que la jurisprudencia constitucional haya establecido que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica "*aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática*"; y que la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones "*acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población*", ya que en nuestro sistema "*no tiene cabida un modelo de 'democracia militante'*, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución ... El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas" [FJ 2 b)].

(ii) El carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de manifestaciones que alienten la violencia. La ya citada STC 177/2015 también sienta que el derecho a la libertad de expresión no es de carácter absoluto. Así, el Tribunal declara en este pronunciamiento que la libertad de expresión tiene, como todos los demás derechos, sus límites, de manera que cualquier ejercicio de ese derecho no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, y recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista, de lo que resulta que, en principio, se pudiera considerar necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia y que, del mismo modo, la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios [FJ 2 c)].



En relación con este elemento caracterizador, en la STC 177/2015 se afirmó que, ante conductas que pueden ser eventualmente consideradas manifestaciones del discurso del odio, la labor de control constitucional que debe desarrollarse es la de " *dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia*" (FJ 4). Igualmente se recordaba que "en la STC 136/1999, de 20 de julio, afirmamos que " *no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre*" (FJ 15). Del mismo modo, la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre (FJ 4). Y, además, que "[es] *obvio que las manifestaciones más toscas del denominado 'discurso del odio' son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes*" (FJ 4).

(iii) La proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Por último, también la STC 177/2015 pone de manifiesto los riesgos derivados de la utilización del ius puniendi en la respuesta estatal ante un eventual ejercicio, extralimitado o no, del derecho a la libertad de expresión por la desproporción que puede suponer acudir a esta potestad y el efecto desaliento que ello puede generar. Así, en dicha resolución se afirma que los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser siempre ponderados con exquisito rigor, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal. A ese respecto se incide en que, cuando esto sucede, esas limitaciones siempre han de ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado, lo que obliga al Juez penal a tener siempre presente su contenido constitucional para " *no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático*" [FJ 2 d)] ».

La sentencia que ahora trascibimos, continúa diciendo: «En relación con lo anterior la STC 177/2015 recuerda que en este contexto de análisis la labor que debe desarrollar el órgano judicial penal consiste en valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión, lo que determina que " *la ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible*" y " *constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración*" [FJ 2 d)]. A esos efectos, la jurisprudencia constitucional ha afirmado como justificativo de esa posición no solo que " *es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito*" (SSTC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3, y 177/2015, de 22 de julio, FJ 2); sino también que el juez al aplicar la norma penal, como el legislador al definirla, no pueden " *reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal*" (STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5).

La concreta cuestión de la eventual incidencia que podría tener la sanción de un delito de enaltecimiento del terrorismo en el derecho a la libertad de expresión - continúa el Tribunal Constitucional- no ha sido todavía objeto de ningún pronunciamiento de este Tribunal mediante Sentencia. Ahora bien, por la similitud estructural que presentan ambos tipos penales y por su incidencia sobre el derecho fundamental invocado, resulta necesario recordar la doctrina establecida en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en la que se analiza la constitucionalidad de los tipos penales referidos a la negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio. En la STC 235/2007, en relación con los delitos de genocidio se afirmaba que " *la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad 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). Esa idea de la necesidad de que la justificación opere como una incitación indirecta a la comisión del delito fue la que determinó que la STC 235/2007 declarara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio, ante la ausencia de ese



elemento de incitación en su tipificación (FJ 8). E, igualmente, fue la exigencia interpretativa de que debiera concurrir ese elemento de incitación en el delito de la difusión de ideas que justifiquen el genocidio, lo que permitió mantener su constitucionalidad (FJ 9 y apartado 2 del fallo). En efecto, en relación con la tipificación penal de esta última conducta, la STC 235/2007 afirmó que *" tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. 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 "* (FJ 9).

Esta exigencia de que la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores requiere, como una manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión por ser necesaria esa injerencia en una sociedad democrática, también aparece en el contexto internacional y regional europeo tal como se acredita con la actividad desarrollada tanto por el Consejo de Europa como por la Unión Europea en favor de sancionar penalmente las manifestaciones de apoyo a los fenómenos terroristas o a sus autores.

En el marco del Consejo de Europa, cabe destacar la aprobación del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 ("BOE" núm. 250, de 16 de octubre de 2009). El art. 5.1 de este Convenio, bajo la rúbrica *" provocación pública para cometer delitos terroristas"*, establece que *" [a] los efectos del presente Convenio, se entenderá por 'provocación pública para cometer delitos terroristas' 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."* En el art. 5.2 se impone a los Estados parte, entre ellos España, la adopción de *" las medidas necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, la provocación pública para cometer delitos terroristas tal como se define en el apartado 1, cuando se cometa ilegal e intencionadamente"*.

El informe explicativo de este convenio destacó, en relación con la sanción penal de estas conductas, los riesgos derivados de una eventual limitación desproporcionada del derecho a la libertad de expresión, enfatizando que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -se citaba la STEDH de 20 de enero de 2000 (TEDH 2000, 9) , asunto Hogefeld c. Alemania- había establecido que no puede quedar amparado bajo el legítimo ejercicio de este derecho la incitación a actos terroristas violentos, por lo que ciertas restricciones a los mensajes que puedan constituir una incitación indirecta a delitos terroristas violentos están en consonancia con el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (RCL 1999, 1190, 1572) (§ 92 del informe explicativo). Igualmente se puso de manifiesto que en el origen de la definición de esta conducta de provocación pública están los documentos elaborados por el grupo de trabajo sobre apología del terrorismo del comité de expertos sobre terrorismo del Consejo de Europa (Codexter-Apologie), quien había propuesto centrarse, entre otras conductas, en las expresiones públicas de apoyo a actos terroristas o grupos (§§ 86 a 88 del informe explicativo); teniendo para ello presente tanto las opiniones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa como del Comisionado para los Derechos humanos del Consejo de Europa que también habían sugerido que tal disposición podría cubrir, entre otras conductas, la difusión de mensajes de elogio al autor de un ataque terrorista (§ 95 del informe explicativo). De ese modo, se concluye en el informe explicativo que si bien finalmente en el art. 5.1 del Convenio se utiliza una fórmula genérica frente a otra más casuística, permite una cierta discreción a los países para definir este delito en relación con, por ejemplo, la conducta de difundir la idea de que un acto terrorista pueda resultar necesario y justificado (§§ 96 a 98 del Informe explicativo).

Por su parte, en el marco de la Unión Europea, si bien en la redacción originaria de la Decisión marco 2002/475/JAI (LCEur 2002, 1737) del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo ("DOCE" núm. L 164, de 22 de junio de 2002), se limitaba a incluir en el artículo 4.1 la obligación de tipificar como delito la inducción a la comisión de delitos terroristas. Con ocasión de la nueva redacción dada a su art. 3.1 a) por la Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008 (LCEur 2008, 1988) ("DOUE" núm. L 330, de 9 de diciembre de 2008), ya se establece que se entenderá por *" 'provocación a la comisión de un delito de terrorismo' la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha*



conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos".

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos -continúa diciendo la sentencia- también ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la eventual tensión que se podría generar entre la sanción penal de este tipo de conductas y el derecho a la libertad de expresión. A esos efectos, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos parte de la constatación de que este derecho no es ilimitado, en primer lugar, en aplicación del apartado segundo del art. 10 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH (RCL 1999, 1190 y 1572)), conforme al cual, su ejercicio " *podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial*". Igualmente, también ha sostenido que la libertad de expresión puede sufrir excepciones, en segundo lugar, en aplicación del art. 17 CEDH, conforme al cual, ninguna de las disposiciones del Convenio " *podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo*".

En concreto, por lo que se refiere a sanciones penales vinculadas a conductas de incitación o apología del terrorismo es reiterada la jurisprudencia del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que podría resultar justificada una limitación de la libertad de expresión cuando pueda inferirse que dichas conductas supongan un riesgo para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito* (por ejemplo, STEDH de 2 de octubre de 2008 (TEDH 2008, 71), as. Leroy v. France, § 43), bien sea como apoyo moral a la actividad -mediante el enaltecimiento de la propia actividad- (por ejemplo, SSTEDH de 16 de marzo de 2000 (TEDH 2000, 94), as. Özgür Gündem c Turquía, § 65; 7 de febrero de 2006 (JUR 2006, 47391), as. Halis Dogan c Turquía, § 37; 7 de marzo de 2006 (JUR 2006, 103403), as. Hocaođullari c Turquía, § 39; 10 de octubre de 2006, as. Halis Dogan c Turquía - núm. 3-, § 35); o como apoyo moral a la ideología a través de la loa a quienes desarrollan esa actividad -mediante el enaltecimiento de sus autores- (por ejemplo, STEDH de 28 de septiembre de 1999 (TEDH 1999, 40), as. Öztürk c Turquía, § 66; 2 de octubre de 2008, as. Leroy v. France, § 43). En aplicación de esta doctrina han sido diversas las resoluciones bien de inadmisión (DDTEDH de 13 de noviembre de 2003, as. Gündüz c Turquía -num. 2-; de 16 de junio de 2009, as. Bahceci y otros c Turquía) bien de desestimación de la lesión del derecho a la libertad de expresión (SSTEDH de 25 de noviembre de 1997 (TEDH 1997, 96), as. Zana c Turquía; de 8 de julio de 1999, as. Sürek c Turquía -números. 1 y 3-; 7 de febrero de 2006, as. Halis Dogan c Turquía; 7 de marzo de 2006, as. Hocaođullari c Turquía; 10 de octubre de 2006, as. Halis Dogan c Turquía -número. 3-; 2 de octubre de 2008, as. Leroy v. France) en supuestos en que quedaba acreditado que la condena penal se derivaba de conductas que eran concretas manifestación del discurso del odio por justificar el recurso a la violencia para la consecución de objetivos políticos».

Y la STC 112/2016, de 20 de junio, a la que venimos refiriéndonos, concluye ese extremo de su análisis indicando que «En conclusión, tomando en consideración la jurisprudencia de este Tribunal sobre la incidencia de las manifestaciones del denominado discurso del odio en el derecho a la libertad de expresión -que está en línea con la preocupación que a nivel internacional y regional se ha desarrollado en relación con la necesidad de sancionar penalmente las conductas de provocación a la comisión de delitos terroristas y la eventual incidencia que ello podría tener sobre el derecho a la libertad de expresión y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular-, hay que concluir que la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578 -" *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 [delitos de terrorismo] o de quienes hayan participado en su ejecución*"- supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades»

CUARTO.- Proyectada la anterior doctrina al caso enjuiciado, debe concluirse que los contenidos divulgados por el recurrente, satisfacen el contenido antijurídico que la norma penal exige.

De un lado, el conjunto de expresiones que fueron publicitadas por el acusado y que se recogen en el *factum* de la sentencia, no se limitan a la neutral expresión ilustrativa de unos acontecimientos, sino que se adornan como instrumento para que el acusado divulgue su opinión. Ni la vocación tradicional del acusado, ni los medios que empleó en su actividad, ni el que los contenidos tuvieran un valor de excepcionalidad (por poder resultar desconocidos para los canales y los gestores habituales de la información de interés público), permiten



sustentar que el recurrente viera en su actividad la finalidad informativa que el recurso aduce. Su narración histórica viene siempre referida al terrorismo islámico o a los dogmas que sirven de coartada para la violencia. Se acompaña además de una selección de la información específicamente escogida por la agresividad de su contenido. Y la disposición contextual de los distintos elementos que integran cada mensaje o, incluso, los juicios, comentarios o pensamientos que los complementan, sitúan la actuación del acusado en el espacio propio de la expresión de una opinión u opción personal, totalmente ajena al derecho a divulgar información veraz (art. 20.1.d CE).

Una opinión que, además, objetivamente, ofrece un contenido que ensalza, exalta o alaba la lucha armada y violenta (STS 665/07, de 17 de julio), por golpear a una sociedad occidental que es lejana a las concepciones radicales e intransigentes de la religión islámica que los propios mensajes propugnan; presentando como acciones legítimas, lo que sólo es un comportamiento criminal (STS 149/07, de 26 de febrero; o haciendo mofa y escarnio de quienes ya han sido víctimas de su brutalidad.

De este modo, los hechos probados expresan que el 18 de mayo de 2015, el recurrente publicó un comentario con el siguiente contenido: *"la ley, ley orgánica, juzgado, instrucciones, liquidaciones de condena, expulsión del territorio nacional....? ISIS"*. La confrontación como pregunta, de varios sustantivos que hacen referencia al estado democrático de derecho, con el ISIS como respuesta, muestra claramente el posicionamiento ideológico que estamos expresando. Lo hacen también las publicaciones que se realizaron en fechas posteriores y que se recogen en el mismo relato histórico. Concretamente, el 9 de junio, el recurrente publicó un comentario en árabe, en el que constaba: *"Canal Al Arabiya. DAESH, publica la ejecución de un egipcio acusado de espionaje para la policía. Detalles de la noticia en este enlace DIRECCION002 "*. La faceta informativa del mensaje se pierde de inmediato, cuando se observa que el recurrente -en respuesta a un apunte que hizo a su comentario el otro acusado- compartió públicamente su risa por la ejecución. El día 10 de junio, el recurrente publicó imágenes de la llegada de DAESH a Mosul (Irak) y añadió el comentario de que, tras un año en esa ciudad, ni las fuerzas del gobierno, ni las de la colación internacional habían logrado eliminarlo. El 27 de junio publicó la fotografía del adiestramiento militar a niños por parte de DAESH y tituló el comentario con la expresión elogiosa de *"hombres"*. Sus mensajes del 9 de julio expresaron que había que *ir a por* Obama y Netanyahu, con la explícita manifestación de que pronto habría que sacarles las tripas y hacer historia. El 4 de agosto se jactaba de estar pensando en cómo destruir el planeta y *mandar a tomar por el culo a toda la humanidad*. Destacan también los contenidos del mes de septiembre, en los que afirma que la paz será un mero deseo para los *cruzados*, y se ríe con un vídeo -que también publica-, en el que se recoge la decapitación de un hombre por un encapuchado, al grito de *"Allah es grande"*. Por último, los hechos probados se cierran haciendo referencia a otro mensaje -éste de 9 de octubre de 2015- en el que invoca que se dé muerte a un cantante americano.

Respecto de la intención del autor, esta Sala ya ha expresado en diversas ocasiones que la naturaleza subjetiva de dolo, no es incompatible con su dimensión fáctica y que debe ser por ello recogida en el relato fáctico del Tribunal de instancia. Debemos recordar también que el artículo 578 del CP sólo exige el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo, esto es, tener plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica de las acciones violentas de un grupo terrorista, sin que resulte precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento del terrorismo o de la humillación de las víctimas (STS 4/2017, de 18 de enero).

Desde esta consideración, constatamos que los hechos probados no sólo reflejan -que ya bastaría- el conocimiento del alcance del mensaje que se difunde (toda vez que se invoca, con su propio denominación, al ISIS o DAESH y se añade la videograbación de algunas de sus atrocidades), sino que se hace con la explícita intención de loar sus *gestas*, como objetivamente expresa -como se ha dicho- que se apele a la continuidad de sus acciones.

El motivo se desestima.

QUINTO.- Por ser cuestión que afecta a la regla de proporcionalidad, que rige la medida de expulsión cuando opera en sustitución de las penas privativas de libertad que se impongan con ocasión de una condena (art. 89 del Código Penal), resulta preciso adelantar el estudio del tercero de los motivos de casación formulados.

Formulado por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, el recurrente denuncia la indebida aplicación del artículo 578 y 579.1 del Código Penal. Expresa que la pena impuesta debería reducirse en uno o dos grados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 579 del Código Penal, en atención *"no solamente a las expresiones que conforman el tipo objetivo del delito, sino sustancialmente con base en la personalidad y, en este caso, juventud del autor y demás circunstancias a las que hemos hecho referencia"*.

Es evidente el error en la translación del número del precepto que se entiende infringido, pues el artículo 579 del Código Penal viene referido a la incitación a la perpetración de los delitos de terrorismo, cuando aquí



contemplamos la comisión directa del delito de enaltecimiento. En todo caso, la escueta argumentación del motivo permite vislumbrar la razón de la reclamación, que no es otra que impetrar la aplicación del artículo 579 Bis 4, introducido en la reforma del Código penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

El precepto amplía, en el tramo mínimo, la discrecionalidad judicial a la hora de fijar la penalidad por cualquier delito de terrorismo y por la apreciación de los presupuestos de menor gravedad en la acción o en el resultado. Dispone así que " *Los jueces y tribunales, motivadamente, atendiendo a las circunstancias concretas, podrán imponer también la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en este Capítulo para el delito de que se trate, cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido*".

De este modo, el criterio que la norma ofrece al juzgador para decidir sobre la reducción de la pena, es el del injusto del hecho, que habrá de fijarse atendiendo al desvalor de la acción ("medio empleado") en los delitos que -como el presente- sean de mera actividad, y contemplando además al desvalor del resultado ("resultado producido") cuando se trate de comportamientos delictivos que produzcan un efecto separado espacio-temporalmente de la conducta impulsora.

El delito enjuiciado se consuma por la mera actividad de enaltecer las actividades terroristas, y las circunstancias que rodean a la acción del recurrente, no permiten apreciar una menor entidad del injusto contemplado por la norma. De un lado, porque la acción desplegada por el recurrente se orientaba a ensalzar comportamientos de terror integrista que tienen al general de la población como potenciales víctimas de ataques homicidas y porque lo hacía a través de mecanismos que se han mostrado objetivamente idóneos para favorecer la activación de potenciales seguidores de la violencia. De otro, porque se hacía con instrumentos de comunicación que posibilitan una libre divulgación del mensaje y porque el comportamiento se desarrolla en el seno de una sociedad a la que se coloca en la posición de objetivo. Por todo ello, no se aprecian razones que muestren que la pena inicialmente prevista por el legislador para comportamientos de esta naturaleza, pueda resultar de excesivo rigor respecto de los hechos que se enjuician.

El motivo se desestima.

SEXTO.- El segundo motivo se formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECRIM.

Sin perjuicio de su inadecuado entronque con el derecho a la presunción de inocencia, el motivo se construye como una desatención del derecho a la tutela judicial efectiva, pues esgrime el recurrente que se ha producido una valoración probatoria radicalmente desacertada e injustificada, en dos aspectos concretos: 1) Respecto de la inaplicación de la eximente incompleta de alteración psíquica, que el recurrente entiende probada y 2) Con ocasión de la decisión de expulsión del territorio nacional, por entender que se ha acreditado un importante arraigo que resulta contrario a la adopción de dicha medida.

En cuanto a lo primero, se reprocha que el Tribunal rechace que el recurrente actuara bajo una alteración psíquica. El recurso apela al informe médico forense que el propio Tribunal valora en su sentencia y destaca que refleja que Jose Ángel presenta rasgos anómalos de personalidad, junto con una historia toxicobiográfica compatible con policonsumo de varios años de evolución. En todo caso, recalca que se cuenta además con otros elementos probatorios añadidos, entre los que destaca que el acusado ya había sido tratado psíquicamente desde el año 2010, y que el mismo informe médico forense aludido en la sentencia, refleja en su contenido que, en julio de 2014, casi un año antes de que acaecieran los hechos, el acusado sufrió un trastorno psicótico consistente en ideaciones delirantes de tipo mesiánico. Añade, por último, que el acusado declaró durante el plenario que en la época de los hechos consumía drogas debido a problemas familiares y que tenía paranoias. Por todo ello, entiende acreditada la eximente incompleta cuya apreciación reclama.

Es sabido que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal han de estar tan acreditadas como el propio hecho, correspondiendo la carga de su prueba a la parte que pretende su apreciación. En todo caso, la existencia de actividad probatoria legalmente practicada que, objetivamente, pueda sustentar la concurrencia de tales circunstancias, obliga al Tribunal a expresar las razones que llevan a su estimación o rechazo. El juicio de racionalidad, que impone el derecho a la tutela judicial efectiva como garantía de que el pronunciamiento judicial responde a los parámetros legales de decisión, debe proyectarse también sobre las decisiones denegatorias que ahora analizamos y está sometido al control casacional de esta Sala.

En tal coyuntura, debe destacarse que el Tribunal de instancia, ni desconoce los antecedentes psíquicos del recurrente, ni elude que el informe médico forense contempla un trastorno de personalidad no especificado, que se manifiesta con conductas antisociales ocasionales. Tampoco elude asumir que en julio de 2014 el acusado sufrió un trastorno psicótico, con ideación delirante de tipo mesiánico. En todo caso, sobre la base de la misma prueba pericial que se trae a colación en el recurso, el Tribunal argumenta que el acusado fue sometido a tratamiento farmacológico precisamente por ese trastorno psicótico, habiéndose logrado



la estabilidad clínica del paciente gracias a su seguimiento y a su abstinencia a sustancias de abuso (el informe describe al folio 528 que " *la actividad psicótica se resolvió completamente, volviendo el paciente a su estado basal de estabilidad*"). Argumenta también el Tribunal, que la perito informante compareció en el acto del plenario e indicó que el trastorno psicótico del acusado venía inducido por el consumo de sustancias estupefacientes, por lo que podría reproducirse dependiendo de sus hábitos de consumo, pero que no había constancia en el *Instituto de medicina legal* de que en el momento de la comisión de los hechos objeto de enjuiciamiento, el acusado pudiera encontrarse afectado por la patología mencionada. Y destaca, por último, que el propio acusado Jose Ángel, lo que manifestó en el plenario es que en esas fechas tenía problemas familiares, así como con su documentación. Por todo ello, concluye que no se ha quedado acreditado que en el momento de los hechos el acusado Jose Ángel sufriese alteración psíquica alguna, rechazando la eximente incompleta de alteración psíquica, así como la propia atenuante.

La valoración responde a una evaluación racional del material probatorio aportado al tribunal, respecto de la eximente incompleta de alteración psíquica, dado que esta exige de una profunda perturbación de las facultades que -sin anularlas- limite la imputabilidad por disminuir la capacidad de comprender la ilicitud de los actos o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión, lo que aquí -como se ha visto, a la vista de la prueba pericial practicada- no acontece (SSTS 1252/2009, de 13 de noviembre).

No obstante, esta Sala ha declarado que la inclusión de las psicopatías (o trastornos de la personalidad) entre los trastornos mentales y del comportamiento en la Clasificación Internacional de Enfermedades Mentales realizada por la O.M.S, ha generalizado en la jurisprudencia la aceptación de que los trastornos de la personalidad son auténticas enfermedades mentales, si bien esta Sala, en los casos en que dichos trastornos de la personalidad deban influir en la responsabilidad criminal, ha aplicado en general la atenuante analógica, reservando la eximente incompleta para cuando el trastorno es de una especial y profunda gravedad o está acompañada de otras patologías que lo potencien y que aquí no concurren (STS 1692/02, de 14 de octubre o 696/2004, de 27 de mayo).

El motivo debe estimarse, en el sentido de entender concurrente la atenuante analógica de anomalía o alteración psíquica, del artículo 21.7 del Código Penal, en relación con los artículos 21.1 y 20.1 del mismo texto legal.

SÉPTIMO.- En lo relativo a la medida de expulsión, el pronunciamiento de la sentencia refleja la imposición al recurrente de la pena de un año y seis meses de prisión, e inhabilitación absoluta por tiempo de siete años y seis meses, con la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años. No obstante, se decreta también la sustitución de un tercio de la pena que quede por cumplir, por su expulsión del territorio nacional. Todo ello -y así se indica en el fundamento jurídico quinto- " *al amparo de lo prevenido en el artículo 89 del Código Penal, al no apreciar el Tribunal circunstancias excepcionales de arraigo, situación familiar o similares que aconsejen la no aplicación de esta previsión legal*".

El recurrente argumenta contra la decisión de sustituir la pena de prisión por la de expulsión del territorio nacional y contra los motivos expresados por el Tribunal. Esgrime que lleva casi diez años residiendo en España y que vivía con su madre, hasta que ésta se trasladó a Marruecos. Afirma que realizó estudios en el instituto hasta graduarse en educación secundaria en el año 2013 y que ha sido admitido en un programa de integración social desarrollado por la asociación jesuítica *Loiolaetxea*.

Ya hemos destacado en otras ocasiones que con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, el artículo 89 del CP imponía la expulsión a ciudadanos extranjeros no residentes legalmente en España, en los casos en que resultaran condenados con penas inferiores a 6 años de prisión. El precepto fue interpretado por esta Sala en reiteradas sentencias, suavizando su literalidad y adecuando su contenido a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los tratados internacionales convenidos por España y a la jurisprudencia que los interpreta. Y así, se vino argumentando sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del art. 89 del C. Penal, en la que se ampliara la excepción a la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen. De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y medida los derechos fundamentales en conflicto.

Esta doctrina, ha venido experimentado igualmente precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa, y que no implique una ruptura de la convivencia familiar, por existir ésta y ser de cierta entidad por el número de miembros familiares, estabilidad alcanzada y dependencia económica del posible expulsado.



Consecuentemente con esta doctrina, lo que ha pretendido corregirse por esta Sala son aquellos supuestos en los que la medida sustitutoria de las penas impuestas se aplique -aun cuando literalmente pareciera entenderse que hubiera de ser así con la lectura del precepto aplicado entonces vigente-, de forma automática y sin cumplir los cánones esenciales constitucionalmente consagrados de cumplimiento con los derechos de audiencia, contradicción, proporcionalidad y suficiente motivación.

Hemos destacado también que la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, art. 89.1 CP, ha introducido dos importantes modificaciones para la aplicabilidad de la sustitución: En primer lugar, en cuanto a la extensión que debe tener la pena de prisión impuesta, precisando que debe ser de más de un año; en segundo, eliminándose el requisito de la residencia no legal del extranjero, de suerte que la sustitución puede hoy adoptarse respecto de cualquier extranjero. En todo caso, y con carácter general, se ha destacado que en el punto 4 del precepto señalado, se incorporan los requisitos que ya jurisprudencialmente se venían exigiendo, por cuanto se precisa que no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la sustitución resulte desproporcionada (SSTS 667/2016, de 14 de abril o 927/2016, de 14 diciembre).

No obstante, aunque siga dejándose en manos del arbitrio judicial (art. 89.3) que exista una adecuada correlación entre la carga que entraña la expulsión para el condenado y el gravamen que resulta inherente a la pena prevista para el injusto cometido, la libre ponderación se ha visto constreñida por el legislador para dos supuestos concretos:

1. El primero, cuando el extranjero sea ciudadano de la Unión Europea. Y ello porque el derecho de las personas a circular y residir libremente dentro de la Unión Europea, constituye la piedra angular de la ciudadanía de la Unión que creó el Tratado de Maastricht de 1992, y quedó reflejado además (tras la supresión gradual de las fronteras interiores conforme a los Acuerdos de Schengen), en la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (Artículo 3, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea; artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; títulos IV y V del TFUE; y artículo 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Para estos casos, el propio legislador contempla que sólo procederá la expulsión del ciudadano comunitario, cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido o los antecedentes y circunstancias del culpable, de conformidad con las consideraciones 22 a 24 de la Directiva 2004/38/CE).

2. El segundo supuesto, cuando el extranjero hubiera residido en España durante los diez años anteriores. En estos supuestos, se constata un asentamiento de tan singular importancia, que lleva al legislador, -precisamente por la regla de proporcionalidad rectora de esta cuestión- a exigir la concurrencia de un marcado interés de seguridad colectiva que lo justifique, bien porque concorra una responsabilidad criminal por delitos contra la vida, la libertad, la integridad física o la libertad e indemnidad sexual y que estén castigados con pena máxima superior a los cinco años de prisión (penalidad en abstracto) y en los que en todo caso (y este es el elemento definitorio de la previsión normativa) se aprecie un riesgo de reiteración delictiva; o bien cuando se trate de delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

Puede así concluirse que el régimen jurídico de sustitución por expulsión de las penas privativas de libertad impuestas a los extranjeros, fijado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, supone:

A. La imposibilidad de aplicar la sustitución por expulsión, a las penas privativas de libertad que no superen el año de duración.

B. Respecto de las penas privativas de libertad impuestas, que tuvieren una duración superior al año de prisión:

a. No podrán sustituirse las que hubieran sido impuestas a ciudadanos de la Unión Europea, salvo cuando represente una amenaza grave para el orden público o para la seguridad pública, en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales; evaluación que agrupará el juicio de proporcionalidad de la medida en función del arraigo.

b. No podrán sustituirse las penas que hubieran sido impuestas a extranjeros residentes en España durante los diez años anteriores, salvo -y evaluando también el juicio de proporcionalidad con su arraigo-:

i. Que deriven de condenas por delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados (en abstracto) con pena máxima de prisión de más de cinco años, siempre que se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.

ii. Que hubiera sido condenado por delito de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.



Cuestión diferente de la sustitución, son los términos de cumplimiento de la pena privativa de libertad cuando -conforme a los criterios expuestos- se haya entendido oportuno sustituirla por la expulsión. En este aspecto, son tres los supuestos contemplados en la nueva regulación:

1. Cuando las penas privativas de libertad que se sustituyen, sean superiores a un año e -individual o conjuntamente consideradas- no superen los cinco años de prisión.

Para estos casos, el legislador prioriza la expulsión directa, si bien lo compatibiliza con que -excepcionalmente- el juez o tribunal pueda acordar el cumplimiento parcial de la pena, que no podrá ser superior a los dos tercios de la misma " *cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito*".

Una regla de excepcionalidad que entraña además la necesidad reforzada de identificar -de entre los motivos expresados por el legislador- las razones específicas y concretas que justifican la imposición de ese cumplimiento parcial.

2. Cuando se hubieren impuesto penas que sumen más de cinco años de prisión.

En estos supuestos la exigencia de cumplimiento sigue dejándose al arbitrio judicial, pero con dos especificaciones: a) El juez puede llegar a ordenar el cumplimiento íntegro de la pena privativa de libertad y añadir la medida de expulsión, y b) El cumplimiento parcial no queda sujeto a la excepcionalidad anteriormente contemplada, sino que la gravedad de los hechos inherente a la pena finalmente impuesta, opera como inicial marcador que puede justificar -en términos de prevención general- una exigencia mínima de cumplimiento de la pena directamente impuesta; lo que no supone que el juez no haya de identificarla en la motivación de su resolución.

3. En los supuestos en los que la pena impuesta, o la suma de las penas impuestas, supere el año de prisión, pero no supere los cinco años de privación de libertad, pero concurren dos singularidades que el propio legislador establece:

a. Si se trata de delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados (en abstracto) con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecia fundadamente un riesgo grave de que el condenado pueda volver a cometer delitos de la misma naturaleza.

b. Cuando se trate de delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

En esta tercera categoría, la nueva regulación legal vuelve a realizar una evaluación *ex lege* de la posibilidad de ejecutar íntegramente la pena, o de que pueda resultar conveniente -como criterio general- el cumplimiento parcial de la pena. Esto es, contemplada la prevención especial, una atención general del orden público y la conveniencia de potenciar una confianza en la vigencia de la norma penal, para la protección de determinados bienes jurídicos atacados mediante las acciones de singular significación criminal que hemos descrito, puede justificar el cumplimiento parcial de la pena -y aún el completo-, antes de proceder a la expulsión del territorio nacional del condenado

Lo expuesto tiene clara repercusión en el caso enjuiciado. De un lado, no existe impedimento legal a la expulsión del condenado del territorio nacional, no sólo porque su residencia en España se reconoce en el recurso como inferior a diez años, sino considerando la naturaleza del delito cometido, esto es, un delito de exaltación del terrorismo, para el que la expulsión no se veta en ningún caso. Y en el plano de la oportunidad de la decisión, deben destacarse dos parámetros que permiten evaluar la proporcionalidad y pertinencia de la decisión. En primer lugar, que, pese al largo asentamiento en España del condenado, el delito perpetrado es un delito de terrorismo y, por tanto, uno de aquellos tipos penales cuya especial naturaleza -en términos de prevención general- reclama un mayor rigor en la aplicación de la norma de expulsión. En segundo término, que las circunstancias personales del autor, en particular su arraigo en España, no muestra la desproporción de la expulsión que apunta el recurso. El arraigo no es sino la intensidad del establecimiento en nuestro país de un individuo. Usado como instrumento de medida para evaluar la proporcionalidad de la medida de expulsión, el arraigo obliga a contemplar dos vectores: 1) Principalmente, los perjuicios que para el penado puede suponer la expulsión del país. Eso involucra el esfuerzo vital (medido en años y calibrado por la expectativa de futuro) que el condenado haya consumido en asentarse en nuestro país; así como el agravio que la medida de expulsión entraña para su vida familiar o afectiva, para su actividad laboral o para otros intereses patrimoniales que pueden resultar afectados. Como ya hemos adelantado, no puede hablarse de proporcionalidad sin contemplar singularmente esta afectación de la medida. 2) En todo caso, existe una consideración colectiva del arraigo, que tampoco puede eludirse cuando la norma penal apela al arraigo como marcador de la proporcionalidad de la medida de expulsión. Esa dimensión del arraigo, hace referencia a si el extranjero condenado participa de los principios fundamentales en los que se asienta constitucionalmente nuestra convivencia social y



en qué medida puede llegar a percibir nuestra comunidad como propia. Ambos factores -el personal y el colectivo- permiten medir el arraigo y ponderar el grado de afectación de una eventual decisión de expulsión, desvelando si puede resultar o no desproporcionada como respuesta punitiva, en atención al delito cometido y a las circunstancias por las que se impone.

La sentencia de instancia proclama la comisión de un delito de exaltación del terrorismo y desvela un rechazo del acusado a la manera en que se materializa la libertad ideológica en el seno de las democracias occidentales, posicionándose a favor del nacimiento de un frentismo bélico contra ellas. Recoge además que el recurrente carece de autorización administrativa para residir en España e identifica que el propio acusado reconoce sufrir problemas familiares. A ello se añade que el Tribunal no percibe que concurran agravios familiares, laborales o económicos que puedan resultar inherentes a la decisión de expulsión, lo que confirma el propio recurrente al expresar que el acusado convivió en España con su madre, pero esta regresó a Marruecos, sin indicar tampoco ningún otro perjuicio distinto de su voluntad de permanencia en nuestro país. De este modo, se exteriorizan claramente las razones que conducen al posicionamiento del Tribunal, que resume, al final de su sentencia, diciendo que procede la expulsión " *al no apreciar el Tribunal circunstancias excepcionales de arraigo, situación familiar o similares que aconsejen la no aplicación de esta previsión legal*".

No obstante, el Tribunal (FJ 5) se limita a expresar las razones que justifican la expulsión, sin abordar ningún juicio valorativo respecto de los motivos que sustentan el cumplimiento parcial de la pena que impone. Incumple así un deber reforzado de motivación que, inserto en el derecho a la tutela judicial efectiva, no sólo permitiría al afectado conocer las razones que justifican un rigor añadido y de aplicación discrecional, sino que posibilitaría la revisión casacional de los parámetros legales de su adopción.

Por ello, el motivo debe ser estimado en lo que hace referencia a que la expulsión que se combate, deba ser ejecutada una vez cumplidas las dos terceras partes de la pena privativa de libertad impuesta.

OCTAVO.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

FALLO

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

Estimar parcialmente el motivo de casación por infracción de precepto constitucional, formulado por la representación de Jose Ángel, contra la decisión del Tribunal de instancia de no apreciar la circunstancia atenuante de anomalía o alteración psíquica y contra su decisión de sustituir por expulsión el último tercio de la pena de 1 año y 6 meses de prisión que se le impuso. Consecuentemente, debemos declarar y declaramos la nulidad parcial del pronunciamiento de condena que contiene la sentencia dictada el 21 de septiembre de 2016, por la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en su Rollo de Sala 9/2016 (dimanante del Procedimiento Abreviado 111/2015, de los del Juzgado Central de Instrucción n.º 3), tanto en lo relativo a la extensión de las penas impuestas, cuanto en los términos en los que había de ejecutarse la medida de expulsión.

Debemos declarar y declaramos no haber lugar al resto de motivos de casación formulados por este recurrente.

Se declaran de oficio las costas causadas con ocasión de la tramitación de este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Sección de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con devolución de la causa que en su día remitió e interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Pablo Llarena Conde Perfecto Andrés Ibáñez

RECURSO CASACION núm.: **1998/2016**

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal



Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D. Perfecto Andrés Ibáñez

En Madrid, a 29 de marzo de 2017.

Esta sala ha visto la causa Rollo de Sala 9/2016, seguida por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional, dimanante del Procedimiento Abreviado n.º 111/2015, instruido por el Juzgado Central de Instrucción n.º 3 de los de la citada Audiencia, por un delito de enaltecimiento del terrorismo, contra, entre otros, Jose Ángel, nacido el NUM002 de 1991 en Tánger (Marruecos), hijo de Santiago y de Elena, con N.I.E. N.º NUM003, se dictó sentencia por la mencionada Sección de la Audiencia Nacional el 21 de septiembre de 2016, que ha sido **casada y anulada parcialmente** por la sentencia pronunciada en el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- El fundamento jurídico sexto de la sentencia rescindente, estimó parcialmente el motivo de infracción de precepto constitucional, en su modalidad de quebranto del derecho a la tutela judicial efectiva, y declaró procedente reconocer al acusado la concurrencia de la atenuante analógica de anomalía o alteración psíquica del artículo 21.7 del Código Penal, en relación con los artículos 21.1 y 20.1 del mismo texto legal.

Del mismo modo, en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia rescindente, se estimó parcialmente el motivo de infracción de precepto constitucional, en su modalidad de quebranto del derecho a la tutela judicial efectiva, declarándose procedente la decisión del Tribunal de instancia de sustituir por expulsión la pena privativa de libertad, pero sin que se justificaran razones para ejecutar, en todo o en parte, la privación de libertad impuesta.

Por ello, conforme a lo allí expresado, procede condenar al acusado Jose Ángel, como autor responsable de un delito de enaltecimiento del terrorismo, previsto y penado en los artículos 578.1, 578.2 y 579 bis 1 y 2 del Código Penal, en su redacción actualmente vigente. Por entender concurrente - como muy cualificada- la atenuante analógica de reconocimiento de los hechos de los artículos 21.7 del Código Penal, en relación con el artículo 21.4 del mismo texto legal, así como la atenuante analógica de anomalía o alteración psíquica del artículo 21.7 del Código Penal, en relación con los artículos 21.1 y 20.1 del mismo texto legal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.1.2ª del Código Penal y vistas las penas que le habían sido impuestas en la instancia, procede imponer al acusado las penas de: 1) Prisión por tiempo de 1 año y 3 meses y 2) Inhabilitación absoluta por tiempo de 7 años y 3 meses; imponiéndose la medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de 5 años.

De igual modo, considerando lo dispuesto en el artículo 89 del Código Penal, procede sustituir la pena privativa de libertad impuesta al acusado, por la de medida de expulsión del territorio nacional. Y vistas las circunstancias personales del acusado, particularmente las que hacen referencia al rechazo de los valores esenciales de nuestra sociedad, pero contemplando también que la duración de la pena privativa de libertad que se le impuso, es cercana al umbral mínimo que posibilita la expulsión, se considera oportuno fijar una prohibición de retorno por tiempo de 7 años, contados desde la fecha de su expulsión.

FALLO

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



Que debemos condenar y condenamos a Jose Ángel , como autor responsable de un delito de enaltecimiento del terrorismo, previsto y penado en los artículos 578.1, 578.2 y 579 bis 1 y 2 del Código Penal, en su redacción actualmente vigente. Por entender concurrente -como muy cualificada- la atenuante analógica de reconocimiento de los hechos de los artículos 21.7 del Código Penal, en relación con el artículo 21.4 del mismo texto legal, así como la atenuante analógica de anomalía o alteración psíquica del artículo 21.7 del Código Penal, en relación con los artículos 21.1 y 20.1 del mismo texto legal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.1.2ª del Código Penal -y vistas las penas impuestas en la instancia-, procede imponer al acusado las penas de: **1) Prisión por tiempo de 1 año y 3 meses y 2) Inhabilitación absoluta por tiempo de 7 años y 3 meses; imponiéndose la medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de 5 años.**

Se acuerda sustituir la pena de prisión, por su inmediata expulsión del territorio español, con prohibición de retorno por tiempo de 7 años, a contar desde la fecha en que dicha expulsión se lleve a término.

Todo ello manteniéndose en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente.

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.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Pablo Llarena Conde Perfecto Andrés Ibáñez