

Roj: **STS 3804/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3804**Id Cendoj: **28079120012017100722**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **27/10/2017**Nº de Recurso: **514/2017**Nº de Resolución: **706/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE RAMON SORIANO SORIANO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 27 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la representación del acusado **D. Jose Francisco**, contra sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que le condenó por delito de enaltecimiento del terrorismo, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la vista y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Sra. Alberdi Berriatúa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción nº 5 instruyó incoó procedimiento abreviado con el nº 59 de 2015 contra Jose Francisco, y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que con fecha 12 de enero de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

" Jose Francisco, mayor de edad y ejecutoriamente condenado por un delito de terrorismo en sentencia de fecha 6 de junio de 2005, firme el 13 de junio de 2006 a una pena de tres años de prisión, cuyos antecedentes penales resultan cancelables, utilizando la cuenta en **twitter** " DIRECCION000", abierta en el año 2014, de libre acceso y contando con 121 seguidores publicó en abierto los siguientes contenidos: 1.- El día 14 de diciembre de 2014 publicó un vídeo en que aparecen las siguientes imágenes: - Una composición en la que aparecen juntos las siglas y símbolos de la organización terrorista ETA y del IRA. En el de ETA aparece bajo sus siglas el Símbolo del "hacha y la serpiente y el lema de la organización: "BietanJarrai/Adelante en las dos". - Una imagen con tres encapuchados armados, con una ikurriña de fondo y el símbolo del hacha y la serpiente junto con la mención EUSKADI TA ASKATASUNA. - Una imagen de dos miembros de ETA, uno de ellos armado con un arma larga y el otro accionando un detonador y al fondo un vehículo militar explotando y saltando por los aires. - Otra imagen de un encapuchado armado junto al logotipo de ETA. - Imagen de un encapuchado armado con un caserío al fondo con el anagrama ETA y la mención EUSKADI TA ASKATASUNA. - Imagen de un miembro de la organización terrorista ETA armado, junto al logotipo de ETA y la inscripción "Euskadik Zutik Dirau/Euskadi permanece en pie". - Imagen del funeral de los cuatro miembros de la organización terrorista ETA Marcelino, Virgilio, Ángel y Eulogio (muertos en Bilbao al estallar su vehículo cargado de explosivos). En la imagen aparecen al fondo las fotos de los fallecidos y dos encapuchados que portan un cartel con el anagrama de ETA, el símbolo del hacha y la serpiente con su lema "Metan Jarrai/Adelante en las dos". - Imagen en la que aparece un guardia civil andando y de fondo un mural con las siglas y el símbolo de ETA del hacha y la serpiente y la inscripción "Bietan Jarras/Adelante con las dos". - Imagen de un encapuchado apuntando con un lanzagranadas junto al logotipo de ETA. - Imagen de un cartel promocionando el Aberri Eguna con el logotipo de "KAS-Koordinadora Abertzale Socialista/Coordinadora Patriota Socialista", organización ilegalizada encargada de la dirección política de la Izquierda Abertzale por delegación de la organización terrorista ETA. Aparece en



la imagen el diseño gráfico de la misma, un puño rojo con las siglas KAS, sobre una hoja de roble. - Una imagen de varios sujetos encapuchados de la "Kale Borroka/Lucha Callejera", que contiene el lema "Kale Borroka, herri borroka da/ La Lucha Callejera es la lucha del pueblo". - Imagen de un encapuchado quemando una bandera española y al fondo un cartel de Herri Batasuna. 2.- En fecha 16 de enero de 2015, retweetó una imagen con la foto del miembro de la organización terrorista ETA Pelayo donde aparece junto al mismo el lema "AGUR ETA OHORE" "Adiós con honor" y seguidamente la frase "zure duintasuna gure eredu!" "Tu dignidad nuestro modelo". 3.- Ese mismo día publicó un mensaje con el siguiente texto " Pelayo agur eta ohore" junto a la imagen del miembro de la organización terrorista ETA Pelayo donde aparece junto al lema "Agur ETA Ohore" "Adiós con honor" y "Zuen borroka gure eredu" "Tu dignidad nuestro modelo". 4.- En fecha 19 de enero de 2015, retweetó una imagen del Auresku, danza tradicional vasca, que se interpreta en actos públicos en señal de respeto y reverencia hacia la persona homenajeada, en honor al miembro de la organización terrorista ETA Pelayo. En la fotografía publicada aparece el féretro del referido terrorista, su fotografía e impreso en la misma el lema "Agur eta Ohore" cuyo significado es ADIOS y HONOR El mensaje retweetado por el acusado consta igualmente sobre la imagen "Agur eta Ohore! El millor homenatge, seguir lluitant".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que debemos condenar y condenamos a Jose Francisco, en concepto de autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo, previsto y penado en el art. 578 C.P., vigente en la fecha de comisión, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de un año y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta por un tiempo de diez años y al pago de las costas procesales. Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal, al condenado y a su representación procesal, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, previa preparación del mismo ante este Tribunal en el plazo de los cinco días siguientes al de la última notificación".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación del acusado **D. Jose Francisco**, 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 mismo.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Jose Francisco**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción del art. 578 del C. Penal.

Segundo.- Por infracción del derecho a la libertad de expresión del art. 20 de la Constitución.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para la vista y deliberación el día 10 de octubre de 2017, con la presencia de el Letrado recurrente D. Juan Manuel Olarieta en defensa del acusado Jose Francisco, que informó sobre el recurso, asistiendo a la vista un Magistrado de la Corte Penal de Italia no oponiéndose el citado Letrado y con la también presencia del Mº Fiscal que se ratificó en su informe, prolongándose la misma hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Aunque no se indica en el motivo primero cauce procesal, de los términos y contenido del mismo se infiere claramente que el cauce procedente es el art. 849.1º L.E.Cr., al afirmar que los hechos declarados probados no constituyen el delito del art. 578 C. Penal.

1. Con carácter general sostiene que los contenidos que se insertaron en su cuenta de **Twitter** no son expresión de un mensaje propio, no se refieren a hechos contenidos en los arts. 571 a 577 C.P., y además carecieron de difusión pública.

Específicamente realizó los siguientes reparos a la recurrida:

a) Las imágenes y vídeos reproducidos no forman parte de un mensaje, razonamiento o argumentación propios, sino que existían previamente en los medios, ya que el término retuitear, significa reproducir, lo que preexistió.

b) La conducta del art. 578 C.P. de enaltecimiento supone engrandecimiento de algo que carece de relieve, lo que no se produce por mostrar una foto tomada por un tercero. La mera reproducción de imágenes no puede constituir justificación de los delitos comprendidos en el art. 572 a 578 C.P., y mucho menos una incitación a la violencia.



c) Reproducir un vídeo en el que aparece alguien bailando durante el funeral de una persona fallecida, concretamente el miembro de ETA " Pelayo ", no constituye delito alguno porque no es el acusado quien baila, ni quien graba el vídeo, ni quien lo incorpora a internet. Además se trata de la reproducción de un acto funerario, de una muestra de condolencia, no de la aprobación de ningún delito o de ninguna organización delictiva o de ningún miembro de ella.

d) A través de la suma de diversas referencias atípicas se procede a una especie de suma o amalgama para argumentar que no es un delito continuado, pero la suma de entidades nulas es siempre nula.

e) Por último este delito no existe si no hay público, o gente, o expectación, no solo potenciales, sino reales. Aunque las publicaciones se hicieron "en abierto", no hay constancia de que alguien las haya visualizado.

2. Los argumentos del recurrente no pueden prosperar.

- Respecto al apartado a) no es necesario, porque el tipo no lo exige, que el acusado asuma como propio, razone o argumente la imagen y su mensaje, ni tampoco que sea el recurrente el que lo haya creado, basta que de un modo u otro accedan a él, y les de publicidad, expandiendo el mensaje a gran cantidad de personas.

- Tampoco importa -por lo que respecta al apartado b)- que la foto sea tomada por un tercero si el que la recoge y lanza a la red pública es el acusado. Mostrar determinadas fotos, y más con mensaje añadido, constituye un realce de la conducta y persona y constituye una incitación a la imitación, si al terrorista se le presenta, como un prohombre, modelo a imitar o dechado de virtudes, cuando su fama procede únicamente de ser terrorista.

- Acerca de la danza -apartado c)-, canto del "aurresku" y otras loas y alabanzas a la persona fallecida, no precisa la ley penal que sea el acusado el que baile o grave el vídeo. Este aspecto no lo impone la tipicidad, bastando con publicitar lo grabado con posibilidad de que terceras personas se percaten de que están enalteciendo la trayectoria personal y los "méritos" de alguien cuya fama procede de los actos terroristas ejecutados.

El apartado d), no puede admitirse, pues el enaltecimiento de los actos terroristas y sus autores, no resultan de acciones que en su individualidad serían insuficientes para configurar el delito, sino que resultaría de la suma de todas. Realmente todos los aspectos del relato fáctico integrarían el delito de enaltecimiento del terrorismo, aunque unas conductas sean más claras y contundentes que otras.

- Por último, la publicidad está asegurada -apartado e)- en tanto el acusado lanza a la red (**Twitter**) las imágenes y mensajes; tiene 121 seguidores, que además pueden difundirla a terceros, y así sucesivamente, toda vez que el acusado difundía sus imágenes y mensajes en abierto.

3. Rechazadas las objeciones formuladas, los hechos son categóricos e inequívocamente susceptibles de subsumirlos en el art. 578 del C. Penal .

Como patentiza la sentencia se reseñan en el factum un total de doce imágenes capturadas en el vídeo publicado por el acusado, en la mayoría de las cuales aparecen el nombre de la Organización terrorista ETA, sus siglas y el logotipo de la serpiente y el hacha junto con el lema "adelante en las dos". En una de dichas imágenes se colocan en paralelo, en las dos mitades de la composición, las siglas y logotipos de ETA y del IRA. En múltiples de ellas aparecen miembros de ETA encapuchados portando diverso armamento, lanzagranadas, armas largas, detonadores, reflejando alguna de ellas acciones armadas, en una de las cuales se aprecia un vehículo militar volando por los aires mientras uno de los terroristas acciona el detonador.

Dicho símbolo del hacha y la serpiente representa una combinación del uso de la fuerza y la inteligencia. Se reitera en varias composiciones la frase "adelante con las dos", junto con reproducciones de acciones violentas y representaciones de etarras encapuchados y armados.

Por otro lado, además del vídeo, el acusado colgó directamente o retwitteó en varias ocasiones diversas imágenes de actos de homenaje al terrorista fallecido Pelayo , en las que figura su fotografía junto al lema "AGUR ETA OHORE" "Adiós con honor" y seguidamente la frase "Zure duintasuna gure eredu", "Tu dignidad nuestro modelo", frases con las que ETA homenajea y enaltece la figura de sus militantes fallecidos.

Por último en el caso examinado se ha de resaltar que la mención "Adiós y Honor" que aisladamente considerada podría ser insuficiente para constituir el ilícito penal enjuiciado va acompañada de la reproducción del homenaje póstumo a un miembro de ETA mediante la danza tradicional mencionada, poniéndolo como con modelo a emular ("Tu dignidad nuestro modelo"), reproduciendo incluso la mención de que el mejor homenaje es seguir luchando.

Por todo lo expuesto el motivo debe decaer. La conducta es plenamente ajustada al tipo previsto en el art. 578 C.P .



SEGUNDO.- Sin mencionar cauce procesal, el adecuado sería el art. 5.4 L.O.P.J . y 852 L.E.Cr ., protesta en el motivo de este orden la cobertura y justificación legal de la conducta desplegada, por haberse producido en el ejercicio del derecho de expresión (art. 20.1 y 4 C.E .).

1. El recurrente reconoce y acepta que la libertad de expresión tiene límites, pero éstos han de ser interpretados restrictivamente, so pena de encorsetar y constreñir este derecho fundamental. Por tanto las excepciones a este derecho deben tener un carácter extremadamente restrictivo y acotado.

Entre esos límites no aparece el derecho a castigar la apología del terrorismo. En este sentido enumera las siguientes normas fundamentales:

a) Constitución Española, art. 20.4 .

b) Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 29.2) en el que las limitaciones las restringe a las expresadas en la ley, entre las que figura el orden público y el bienestar general en una sociedad democrática.

c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 hecho en Nueva York, entre ellos, la "apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia".

d) Por último la Decisión Marco europea 2008/913/JAI que señala como uno de sus límites el discurso del odio.

2. Al acusado no le asiste razón. El límite en la libertad de expresión, castigando a través de una ley orgánica la apología del terrorismo, está protegiendo los riesgos de propagación de esta ideología patógena, ensalzando a los terroristas y a sus acciones criminales.

La sentencia ampliamente desarrollada ha podido puntualizar el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión, que refleja ampliamente la S.T.C. 177/2015 de 22 de julio .

Entre los argumentos que aduce la recurrida cabe destacar:

a) En el marco del Consejo de Europa, el Convenio para la prevención del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, en su art. 5.1 bajo la rúbrica de "provocación pública para cometer delitos terroristas" establece que a los efectos de este 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, usando ese comportamiento, ya preconice abiertamente o no la comisión de delitos terroristas.

b) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en S. de 20 de enero de 2.000 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.

c) Igualmente la S.T.S. 820/2016 de 2 de noviembre recuerda el castigo del enaltecimiento del terrorismo el cual persigue la justa interdicción de lo que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como nuestro T. Constitucional y la propia Sala Segunda, vienen denominando, en sintonía con una arraigada tendencia de política criminal, de alabanza o justificación de acciones terroristas, pues comportamientos de ese tenor no merecen la cobertura de derechos fundamentales como la libertad de expresión (art. 20 C.E .) o la libertad ideológica (art. 16 C.E .), en tanto el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de la comunidad que lo sufre".

d) Con cita de la S.T.C. 177/2015 , recuerda la S.T.S. 820/2016 que 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 colaborador de la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión.

Por lo expuesto y aceptando las exhaustivas argumentaciones de la recurrida, entendemos que el tipo del art. 578 C.P ., constituye un límite legítimo al art. 20.1 y 4 C.E .

El motivo, por ello, debe rechazarse.

TERCERO.- La desestimación de los dos motivos hace que las costas le sean impuestas al recurrente de conformidad al art. 901 L.E.Cr .

FALLO

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



DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN , interpuesto por la representación del acusado **D. Jose Francisco** , contra sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 12 de enero de 2017 , en causa seguida contra el mismo por delito de enaltecimiento del terrorismo. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ