

Roj: **STS 2013/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2013**Id Cendoj: **28079120012017100391**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/05/2017**Nº de Recurso: **8/2017**Nº de Resolución: **378/2017**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**Tipo de Resolución: **Sentencia****TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal****Sentencia núm. 378/2017**

Fecha de sentencia: 25/05/2017 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION Número del procedimiento: 8/2017 Fallo/Acuerdo: Fecha de Vista: 17/05/2017 Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro Procedencia: Audiencia Nacional Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández Transcrito por: Jose Ángel Nota:

Resumen Delito de justificación o enaltecimiento del terrorismo *Presunción de inocencia *Elementos del tipo El tipo exige formalmente una actuación del sujeto que suponga justificar delitos de terrorismo o enaltecer a los que hayan participado en ellos. Es decir proclamar que aquellos hechos tipificados como delitos deban considerarse admisibles y no censurable si no obstante su consideración legal, o decir alabanzas de quien se considera participe en su ejecución o atribuirle cualidades de gran valor precisamente, se sobreentiende, por razón de tal participación. Pero no basta esa objetiva, pero mera, adecuación entre el comportamiento atribuido y la descripción que tales verbos típicos significan. La antijuridicidad, pese a ello, puede resultar excluida, incluso formalmente, es decir sin entrar en el examen de determinadas causas de justificación, si aquella descripción no incluye expresamente algún otro elemento que los valores constitucionales reclaman al legislador para poder tener a éste por legítimamente autorizado para sancionar esos comportamientos formalmente descritos como delito. Es decir, no se trata de que debamos examinar si concurre un elemento excluyente (negativo, si se quiere) de la antijuridicidad, como podría ser el ejercicio de un derecho a la libertad de expresión. Se trata, antes, de que se debe comprobar si en el comportamiento formalmente ajustado a la descripción típica concurre además algún otro elemento que haga constitucionalmente tolerable la sanción penal. De ahí la relevancia a efectos de tipificación, como cuestión de legalidad ordinaria, pero bajo exigencias constitucionales, de la acreditación de con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Y de la valoración sobre el riesgo que se crea con el acto imputado. Por más que tal riesgo haya de entenderse en abstracto como «aptitud» ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas.

RECURSO CASACION núm.: 8/2017 Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal**Sentencia núm. 378/2017**

Excmos. Sres. D. Manuel Marchena Gómez D. José Ramón Soriano Soriano D. Luciano Varela Castro D. Andrés Palomo Del Arco D. Perfecto Andrés Ibáñez

En Madrid, a 25 de mayo de 2017. Esta sala ha visto el recurso de casación nº 8/2017, interpuesto por D. Darío , representado por la procuradora Dª Isabel Afonso Rodríguez, bajo la dirección letrada de D. Antonio Segura Hernández, contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha 8 de noviembre de 2016 . Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción nº 1 de Madrid, instruyó Procedimiento Abreviado nº 107/2014, contra **D. Darío**, por un delito de enaltecimiento del terrorismo, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Nacional que en la causa nº 4/2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

«1.- Probado y así se declara como en el marco de las investigaciones realizadas por la Unidad Central Especial número 1 de la Jefatura de Información de la Guardia Civil, tendentes a la detección e identificación de usuarios de las diferentes redes sociales que pudieran haber incurrido o estar incurriendo en un delito de enaltecimiento de terrorismo, se localizó la publicación de múltiples comentarios emitidos por el usuario del perfil de Facebook "Matías", y que posteriormente se consignarán. Las redes sociales en general (Facebook, Twitter, Tuenti, Instagram, Flickr, etc) están destinadas a compartir información entre los usuarios que las utilizan y que "suben" a ella la información que desean compartir y transmitir. El acceso del usuario se efectúa a través de una dirección IP (Internacional Protocol), mediante una contraseña y una denominación o Nick que puede ser figurada y que le conduce a una página Web que le proporciona distintas utilidades organizadas mediante distintas pestañas. Las redes sociales generalmente permiten que la información facilitada por un usuario pueda ser conocida por una multitud de personas. Entre las utilidades que suelen facilitar las redes sociales, es la de "subir" o difundir fotografías que son vistas por otros usuarios de estas redes sociales, las cuales pueden ser comentadas por cualquiera que accede a éstas, y los comentarios son conocidos por todos aquellos que acceden a la citada utilidad. 2.- Relacionado con lo anterior, tras las oportunas investigaciones realizadas por la fuerza policial, resultó como Darío, mayor de edad, nacido el NUM000 -1990 en Talavera de la Reina (Toledo), hijo de Luis Angel y Julia, con D.N.I. N° NUM001, sin antecedentes penales, con el nombre de usuario "Matías", a través de la página Web alojada en la dirección de Internet www.facebook.com (que sirve para que los distintos usuarios se comuniquen entre sí y puedan compartir fotografías y/o comentarios), ha estado subiendo y compartiendo distinto tipo de información. El perfil Facebook "Matías", cuya URL de conexión es <https://www.facebook.com/Matías>, cuenta con una intensa actividad en esta red social materializada en la difusión de comentarios e imágenes de un modo habitual. En lo que respecta al perfil Facebook éste comenzó su actividad en el año 2011, destacando el hecho de haber compartido las siguientes manifestaciones: 2.1.- En fecha 22-12-12, comparte una imagen donde puede verse el anagrama de la organización terrorista ETA y el mapa de "Euskal Herria", sobre el puede leerse "EUSKADI TA ASKATASUNA". 2.2.- En Fecha 4-10-12, difunde una imagen en la que se pueden ver una gran cantidad de presos de la organización terrorista GRAPO, solicitando una amnistía total. 2.3.- En fecha 27-9-2012, publica una imagen en la que puede verse a un grupo de encapuchados realizando la quema de una bandera de España, durante un tipo de reivindicación. Junto a la imagen escribe el texto: "esto es lo que hago con la puta bandera burguesa española". 2.4.- En fecha 22-7-2012, publica el enlace a una noticia de la puesta en libertad de dos miembros del grupo terrorista GRAPO, y a la misma le añade el texto: "Viva los G.R.A.P.O". 2.5.- En fecha 21-7-2012, difunde el texto: "Llamame terrorista si grito VIVA LOS GRAPO!!". Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre". 2.6.- En fecha 4-7-2012, publica una imagen en la que aparecen representados varios empresarios y donde se puede leer "¡Ojalá vuelvan los GRAPO, y os pongan de rodillas!". Resaltar que durante el ejercicio de su actividad terrorista, los GRAPO se dedicaron a extorsionar y secuestrar en repetidas ocasiones a empresarios." 2.7.- En fecha 4-7-2012, publica una imagen con el anagrama de la organización terrorista GRAPO. 2.8.- En fecha 21-5-2012, difunde una imagen en la que puede verse a Raúl conocido como "Santo", ex dirigente del "GRAPO", Grupos de Resistencia Antifascista Primero Octubre, quien se encuentra cumpliendo condena por varios delitos de terrorismo. 2.9.- En fecha 8-4-2012, publica el texto: "Feliz día del país Vasco Euskadi Ta Askatasuna", nombre de la organización terrorista cuyo acrónimo es ETA."»

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

« **FALLAMOS:** Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS A Darío como autor criminalmente responsable de un delito de enaltecimiento del terrorismo del que venía siendo acusado, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN e inhabilitación absoluta por un tiempo de seis años superior al de la pena privativa de libertad, condenándole finalmente al pago de las costas.»

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, quebrantamiento de forma y precepto constitucional por el procesado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

1º.- Por infracción de Ley, acogido a los artículos 849-2º de la LECrim . y 5.4 de la LOPJ , al haberse infringido el principio de presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución .

2º.- Por infracción de Ley, acogido a los artículos 849-1 º y 852 de la LECrim ., por infracción de precepto penal sustantivo al no ser los hechos subsumibles en el tipo del enaltecimiento de los delitos de terrorismo y por infracción de precepto constitucional.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró ésta y la votación prevenida el día 17 de mayo de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primero de los motivos se interpone por infracción de Ley, acogido a los artículos 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por entender el recurrente que ha sido infringido el principio de presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución .

Los datos fácticos afirmados sin guardarse la exigencia de tal garantía serían: **a)** A cuanta gente llegó ese «hecho tan grave que se le imputa al hoy recurrente». Ni siquiera si fue leído por alguien; **b)** si existe una ausencia de publicidad efectiva; **c)** cómo se puede reforzar, apoyar, a una «*organización terrorista fenecida*» **d)** en cuanto a la configuración de los elementos subjetivos, tampoco existe, según el recurrente, prueba de cargo suficiente y **e)** especialmente la falta de comprobación en relación a los datos extraídos del teléfono, que el agente instructor manifiesta no haber hecho y que, de hacerlo, permitiría conocer quien «colgó» tales mensajes.

A este respecto argumenta la insuficiencia investigadora resaltando que si se hubiese analizado el ordenador se sabría si el acusado recibió o no unos anuncios de entrada de extraños, alegando que es posible tal entrada, como los mismos peritos exponen tanto en el informe escrito como en la vista.

Advierte de que es fuerte indicio de lo contrario a la imputación que en todos los elementos electrónicos y redes sociales observados no se localiza un solo documento o fotografía que tenga que ver con ensalzar el terrorismo.

Por lo que, concluye, el condenado ha tenido que soportar la intolerable carga de probar su inocencia.

2.- La sentencia centra el relato de lo probado relevante a efectos de imputación del delito en lo siguiente: con el nombre de usuario « Matías », a través de la página Web alojada en la dirección de Internet *www.facebook.com*, ha estado subiendo y compartiendo distinto tipo de información.

Y en concreto lo siguiente:

«2.4.- En fecha 22-7-2012, publica el enlace a una noticia de la puesta en libertad de dos miembros del grupo terrorista GRAPO, y a la misma le añade el texto: «Viva los G.R.A.P.O».

2.5.- En fecha 21-7-2012, difunde el texto: «Llamame terrorista si grito VIVA LOS GRAPO!!]. Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre».

2.6.- En fecha 4-7-2012, publica una imagen en la que aparecen representados varios empresarios y donde se puede leer «¡Ojalá vuelvan los GRAPO, y os pongan de rodillas!». Resaltar que durante el ejercicio de su actividad terrorista, los GRAPO se dedicaron a extorsionar y secuestrar en repetidas ocasiones a empresarios».

Recuerda que la titularidad de la cuenta es reconocida por el propio acusado. A lo que añade que la publicación a través de un perfil exige necesariamente el conocer dos datos precisos: nombre de usuario y contraseña

El acusado, dice la sentencia, se limitó a afirmar un supuesto uso indebido del perfil por un tercero. Pero nunca refirió que hubiera entregado la contraseña a nadie.

Habiéndose publicado en el perfil, e intercaladas con las ideas transmitidas y objeto de acusación, fotografías de carácter personal pertenecientes al acusado, mal puede entenderse su uso fraudulento por un tercero, sin que exista denuncia previa y referente a su perfil en la red Facebook.

3.- La garantía de presunción de inocencia implica una determinada relación, lógica o científica, entre el resultado de la actividad probatoria y la certeza que el tribunal que condena debe tener respecto a la verdad de la imputación formulada contra el penado.

Esa relación exige, como presupuesto, que aquella actividad probatoria se constituya válidamente por la producción de medios obtenidos de fuentes con respeto de las garantías constitucionales de los derechos

fundamentales y libertades constitucionales. Y, además, que la actividad probatoria se haya llevado a cabo en juicio celebrado con publicidad y bajo condiciones de contradicción, sin quiebra del derecho a no sufrir indefensión.

La justificación de la conclusión probatoria establecerá los datos de procedencia externa aportados por medios cuya capacidad persuasoria será tributaria de la credibilidad del medio de prueba directo y de la verosimilitud de lo informado. Siquiera el juicio acerca de esa credibilidad y verosimilitud no se integra ya en la garantía de presunción de inocencia a no ser que tales juicios se muestren arbitrarios o contrarios al sentido común.

La justificación interna de la decisión emplaza a una aplicación del canon que suministran la lógica y la experiencia o ciencia, de tal suerte que pueda decirse que desde aquellos datos se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena, los elementos objetivos, pero también los subjetivos, son una conclusión coherente que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una certeza que, por avalada por esos cánones, debe calificarse de objetiva.

En definitiva la argumentación de la conclusión probatoria debe partir de proposiciones tenidas por una generalidad indiscutidamente como premisas correctas (justificación externa) y desde aquellas las inferencias (justificación interna) se debe acomodar al canon de coherencia lógica y a la enseñanza de la experiencia, entendida como «una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes».

Y es que, devenido claramente inconstitucional el limitar la valoración de la prueba resultante a la conciencia del juzgador o a su íntima convicción, por notoriamente insuficiente como garantía del ciudadano, aquella objetividad es la única calidad que hace merecer la aceptación de los ciudadanos, sean parte o no en el proceso, y con ello confiere legitimidad a la decisión de condena.

La certeza alcanzada puede, sin embargo, no excluir dudas, por lo demás consustanciales al conocimiento humano. Ciertamente las dudas pueden surgir por un lado respecto de aquella justificación interna, si la conclusión asumida no es la única posible, y, por otro lado, de la razonabilidad de inferencias a partir de otros datos externos con los que cabe construir tesis alternativas excluyentes de la imputación.

Suele decirse que no corresponde a este Tribunal seleccionar entre inferencias o conclusiones valorativas alternativas. Y que la de instancia debe ratificarse si es razonable. Incluso si lo fuere la alternativa. Sin embargo esa hipótesis resulta conceptualmente imposible desde la perspectiva de la garantía constitucional. Porque si la objeción a la inferencia establecida o la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, también son razonables las dudas sobre la afirmación acusadora. Y entonces falta la suficiente certeza objetiva. El Tribunal, cualquiera que sea su convicción subjetiva, está en ese caso obligado constitucionalmente a dudar.

Sin que aquella duda sea parangonable tampoco a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero, y de ahí la relativización antes mencionada, fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Y es que, desde la perspectiva de la garantía constitucional de presunción de inocencia, no importa si el Tribunal dudó o no, sino si *debió* dudar.

No es acorde a nuestra Constitución mantener una condena en el escenario en que se presentan con no menos objetividad la tesis de la imputación que la alternativa absolutoria.

4.- Aplicada esta doctrina al caso enjuiciado, indiscutida la validez de los medios de prueba atendidos para justificar la condena, la suficiencia de éstos resulta de una valoración sobre cuyos resultados podemos compartir, como objetiva, la certeza del tribunal de instancia.

En efecto, se limita el debate a la autoría del acusado en relación con el acto de hacer publicar los contenidos expuestos en el apartado 2 de este fundamento jurídico en el dominio www.facebook.com. Accesibles en la página localizable con la URL o localizador [www.facebook.com/ Matías](http://www.facebook.com/Matías) La titularidad de tal cuenta y perfil no se discute por el penado.

No puede ser totalmente excluida la posibilidad de que un tercero, sin conocimiento ni asentimiento del penado llevara a aquella dirección los contenidos que la sentencia de instancia considera delictivos. Pero esa mera posibilidad, como hemos expuesto, no excluye necesariamente la certeza de la imputación fundamento de la condena.

Ahora bien, las dudas derivadas de esa posibilidad en abstracto no derivan en este caso concreto de elementos de suministro externo a la argumentación. En efecto en el proceso no ha tenido entrada ningún dato que apunte



ni someramente a que un tercero diverso del acusado dispusiera de las herramientas que facilitaran aportar a la cuenta del acusado el contenido aquí tenido por delictivo

El propio recurso no va más allá de la afirmación de que existe esa «posibilidad» y que no se ha efectuado actividad probatoria que la excluya absolutamente.

Tampoco encontramos razones para dudar sobre la imputación si atendemos a la perspectiva interna de la justificación del resultado probatorio sobre la autoría del acusado. Y ello porque la tesis de la sentencia vincula la ausencia de rastro sobre posesión por tercero de aquellas herramientas de acceso a la URL con la atribución al acusado de la aportación de los textos que la sentencia considera penalmente típicos al sitio indicado, titularidad del acusado. Porque ello se acomoda a la común experiencia. De tal suerte que la hipótesis alternativa por su exotismo no alcanza la razonabilidad que obligue a dudar al Tribunal.

Ciertamente en el proceso penal democrático no cabe, como en el civil, aludir con precisión a la carga probatoria en función de la trascendencia constitutiva, extintiva o impeditiva del dato a probar. De ahí que no cabe afirmar que se respeta la presunción de inocencia si el acusado tiene que probar algo para asegurar que recibirá una absolución. Pero una cosa es la indiferencia acerca de quien aportó (o debió aportar) la prueba disponible y otra es la realidad de que tal prueba no existe, ni es razonable asumir, con razonabilidad que otros datos no probados u otras valoraciones a partir de los sí probados avalen, desde la lógica o la experiencia, una conclusión que vuelva irrazonable la tesis de la imputación.

Por ello convenimos con la sentencia recurrida en la certeza sobre la atribución al acusado de la aportación a su perfil en Facebook de los contenidos que se consideran penalmente típicos.

El motivo se rechaza.

SEGUNDO.- 1.- Por infracción de Ley, acogido a los artículos 849-1 ° y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se alega infracción de precepto penal sustantivo por no ser los hechos subsumibles en el tipo del enaltecimiento de los delitos de terrorismo y se añade que el motivo se formula también por infracción de precepto constitucional.

Se recuerda que el Tribunal Constitucional, en la mencionada sentencia clarifica los límites constitucionales a la intervención penal en relación a las conductas de enaltecimiento del terrorismo, que el recurrente considera traspasados por su condena. Y hace suyos los razonamientos del voto particular a la sentencia de la mayoría del tribunal de la instancia.

2.- La sentencia recurrida fue mayoritariamente decidida por los miembros del tribunal de instancia al entender que aquellos contenidos revelan *la intención de ensalzar los comportamientos terroristas, el ejercicio de la violencia para la consecución de fines políticos; como veremos manifestación del ejercicio del denominado «discurso del odio», extramuros del ejercicio de la libertad de expresión.*

Y diferencia las expresiones acotadas como penalmente relevantes de las demás recogidas en el relato de lo probado que son tenidas por atípicas. Y la razón de ello radica, según la recurrida, en que las que justifican la condena devienen *incitación y ensalzamiento del uso de la violencia.*

Y a tal premisa aplica lo que estima es contenido del tipo penal partiendo del fundamento o finalidad del mismo que, en su expresión, es *combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, abortando toda clase de justificación y apoyo para lo que no son sino cumplidos atentados contra la significación más profunda del propio sistema democrático.*

3.- El examen del tipo penal del artículo 578 ha de circunscribirse en relación con este recurso a una de sus dos modalidades típicas. La referida o justificación de hechos constitutivos de terrorismo o al enaltecimiento de quienes participaron en los mismos. Queda pues fuera de nuestro examen, y no es objeto de acusación, la modalidad relativa a la humillación de las víctimas, por lo demás de contenido y antijuridicidad sin duda diversa.

Más concretamente, nos ceñiremos al aspecto objeto de debate, prescindiendo también de aquellos otros en relación con los cuales no se suscita en este recurso cuestión alguna. Sin duda la principal concierne a la antijuridicidad de los actos atribuidos al recurrente. Tanto desde la perspectiva de acomodación del comportamiento probado a la descripción formal del verbo del tipo, cuanto a la eventual justificación desde la ponderación con derechos de contenido constitucional.

El tipo exige formalmente una actuación del sujeto que suponga justificar delitos de terrorismo o enaltecer a los que hayan participado en ellos. Es decir proclamar que aquellos hechos tipificados como delitos deban considerarse admisibles y no censurable si no obstante su consideración legal, o decir alabanzas de quien se

considera participe en su ejecución o atribuirle cualidades de gran valor precisamente, se sobreentiende, por razón de tal participación.

Pero no basta esa objetiva, pero mera, adecuación entre el comportamiento atribuido y la descripción que tales verbos típicos significan. La antijuridicidad, pese a ello, puede resultar excluida, incluso formalmente, es decir sin entrar en el examen de determinadas causas de justificación, si aquella descripción no incluye expresamente algún otro elemento que los valores constitucionales reclaman al legislador para poder tener a éste por legítimamente autorizado para sancionar esos comportamientos formalmente descritos como delito. Es decir, no se trata de que debamos examinar si concurre un elemento excluyente (negativo, si se quiere) de la antijuridicidad, como podría ser el ejercicio de un derecho a la libertad de expresión. Se trata, antes, de que se debe comprobar si en el comportamiento formalmente ajustado a la descripción típica concurre además algún otro elemento que haga constitucionalmente tolerable la sanción penal.

A tal elemento ha hecho referencia el Tribunal Constitucional en la sentencia nº 112/2016 en que aborda precisa y específicamente la legitimidad constitucional de la ley que amenaza con sanción penal los comportamientos enaltecedores o justificadores acomodados en principio al citado artículo 578 del Código Penal.

Es de resaltar que lo que se propuso ponderar tal sentencia no fue sólo la justificación del comportamiento del que acudió solicitando el amparo, sino el eventual conflicto que puede generar la interpretación y aplicación del delito de enaltecimiento del terrorismo (artículo 578 de Código Penal) con el derecho a la libertad de expresión [artículo 20.1 a) de la Constitución Española]. No solamente, por tanto, en el caso concreto. Sino estableciendo en abstracto las pautas que hagan conforme a los valores constitucionales la decisión del legislador, antes que la del juzgador.

Y el Tribunal Constitucional proclama: **a)** El carácter institucional del derecho a la libertad de expresión; **b)** el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de manifestaciones que alienten la violencia y **c)** la proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Recuerda que en su doctrina sobre tipos penales semejantes ya adelantó respecto a los referidos a la negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio que es constitucional la sanción penal si aquella negación y justificación opera como incitación, aunque *indirecta*, a su comisión (STC 235/2007). Esa salvación constitucional interpretativa del tipo penal se auspicia en la medida que el tipo acude a juicios de valor y por ello cabe reclamar lo que denomina « *elemento tendencial* », aunque éste no venga expresado en la literatura del precepto penal.

A esa exigencia, referida a la intención del sujeto activo, se une otra exigencia que, aunque debe ser abarcada por el dolo del autor, debe constatarse objetivamente: una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

Y advierte de la trascendencia de esa exigencia como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad del tipo penal. Por lo que concluye: la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el artículo 578 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.

De ahí la relevancia a efectos de tipificación, como cuestión de legalidad ordinaria, pero bajo exigencias constitucionales, de la acreditación de con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Y de la valoración sobre el riesgo que se crea con el acto imputado. Por más que tal riesgo haya de entenderse en abstracto como «aptitud» ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas.

3.- En la misma línea es de cita hoy ya ineludible la Directiva de la UE 2017/541 cuyo «considerando (10)» establece: Los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la **justificación del terrorismo** o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con **objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población**. Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. En cada **caso concreto**, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional. (Énfasis añadido)



Lo que se traduce en el contenido del artículo 3 y debiendo advertirse que, conforme a su artículo 28 los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 8 de septiembre de 2018. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión.

4.- Nos resta pues solamente valorar si la calificación por la sentencia recurrida de los datos de hecho que declara probados resiste ese canon aplicativo de constitucionalidad.

Al respecto debemos recordar que ni siquiera se afirma como hecho probado el enunciado en el que habría de predicarse el componente subjetivo del tipo constitucionalmente exigible, constituido por la «tendencia», en la voluntad del autor, a querer incitar efectiva y realmente la comisión de delitos de terrorismo. Ni aún de manera indirecta. Una cosa es proclamar, incluso vociferar, lo que el sujeto «siente», es decir sus deseos o emociones, exteriorizándolos a «rienda suelta» y otra cosa que tal expresión se haga, no para tal expresión emotiva, sino, más allá, para la racional finalidad de procurar que el mensaje, al menos indirectamente, mueva a otros a cometer delitos de terrorismo.

El relato de lo que el tribunal de instancia declara probado tampoco suministra información que autorice a diagnosticar una mutación del estado de cosas tal que la realización de los delitos de terrorismo vea aumentada la eventualidad de su acaecer ni en un mínimo ápice. Al respecto hacemos nuestras las atinadas razones del voto particular para excluir ese elemento constitucionalmente exigible en el tipo penal, aunque el legislador haya omitido su expresión en el artículo 578: **a)** inexistencia de un contexto de violencia terrorista relacionado con los «Grapo». Esta organización desapareció hace años y no comete atentados; **b)** las publicaciones que se atribuyen al acusado, en el año 2012, no coincidían con acciones de esta organización terrorista, y **c)** en ninguna de las tres publicaciones de la página de facebook del acusado aparece la réplica de algún internauta. Lo que significa que no consta si dichos mensajes han sido leídos por otras personas, ni siquiera que tenga seguidores. Y aún cabría añadir algunas otras circunstancias relevantes para poder inferir la concurrencia de aquellos elementos tendencial y de riesgo, facilitando así la más ajustada ponderación de valores constitucionales en juego. Como lo referente a las circunstancias personales del autor.

Así pues los hechos probados no autorizan la calificación de los mismos como constitutivos del tipo penal constitucionalmente interpretado.

Por ello podemos valorar que la sentencia recurrida no representa un modo constitucional de interpretación de la ley penal y que, por ello, merece su casación con cese de todos sus efectos.

El recurso se estima.

TERCERO.- La estimación del recurso lleva a declarar de oficio las costas del mismo conforme al artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLO

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

Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Darío, contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha 8 de noviembre de 2016, sentencia que se **casa y se anula**, para ser sustituida por la que se dicta a continuación.

Declarar de oficio las costas derivadas del presente recurso.

Comuníquese dicha resolución y la que se dicte a continuación, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 8/2017 Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. D. Manuel Marchena Gómez D. José Ramón Soriano Soriano D. Luciano Varela Castro D. Andrés Palomo Del Arco D. Perfecto Andrés Ibáñez

En Madrid, a 25 de mayo de 2017. Esta sala ha visto la causa rollo nº 4/2016, seguida por la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 107/2014, instruido por el Juzgado Central de Instrucción nº 1, por un delito de enaltecimiento de terrorismo, contra D. Darío , con DNI nº NUM001 , nacido el NUM000 /1990 en Talavera de la reino (Toledo), hijo de Luis Angel y Julia , en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 8 de noviembre de 2016 , que ha sido recurrida en casación por el procesado y ha sido **casada y anulada** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se admite la declaración de hechos probados de la recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por las razones dichas en la sentencia de casación los hechos que se declaran probados no son suficientes para estimar cometido el delito de enaltecimiento del terrorismo por el que de venía acusado D . Darío .

FALLO

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

Absolver a D. Darío , del delito de enaltecimiento del terrorismo del que venía siendo acusado, con declaración de oficio de las costas de la instancia y dejando sin efecto las medidas cautelares adoptadas por razón de tal acusación.

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.