



Roj: **STS 178/2018 - ECLI:ES:TS:2018:178**

Id Cendoj: **28079120012018100044**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/01/2018**

Nº de Recurso: **1016/2017**

Nº de Resolución: **52/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 505/2017,**
STS 178/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 52/2018

Fecha de sentencia: 31/01/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1016/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 18/01/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: AUDIENCIA NACIONAL. SALA PENAL. SECCIÓN PRIMERA.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MPS

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1016/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 52/2018

Excmos. Sres.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

En Madrid, a 31 de enero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 1016/17, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra la sentencia absolutoria de fecha 21 de marzo de 2017 dictada por la Audiencia Nacional, Sala Penal, Sección Primera .

Interviene como parte recurrida, **D. Genaro** , representado por el Procurador D. Adolfo Morales Hernández-Sanjuan, bajo dirección letrada de D. Jordi Busquets Plaza.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 3, tramitó Procedimiento Abreviado núm. 35/2016 contra **D. Genaro** por delito de enaltecimiento del terrorismo; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala Penal, cuya Sección Primera (Rollo de P.A. núm. 16/2016) dictó Sentencia absolutoria en fecha 21 de marzo de 2017 integrada con voto particular y que contiene los siguientes **hechos probados**:

«1.- D. Genaro utilizaba un perfil en la red social Twitter bajo la identidad del usuario @ Bicho junto a su nombre y primer apellido. De entre los casi seis mil tuits que publicó entre el 2010 y el 2016, se encuentran los siguientes mensajes:

- Con motivo del aniversario de la ejecución el 27.9.1975 de los señores Jesús Ángel y Diego , condenados a pena de muerte por tribunales militares en procedimiento sumarísimo de Consejo de guerra, el 27.9.2015 tuiteó "40 años sin Jesús Ángel ` Culebras ' y Diego . Siempre os recordaremos con orgullo. #GUDARIEGUNA". Debajo insertó la imagen de un cartel donde aparecían las fotos del rostro de las dos personas fusiladas, siluetas en negro de cuatro soldados con fusiles, bandera y estrella de cinco puntas y la leyenda Gudari eguna.

- El 7.11.2014 escribió dos tuits, uno a las 15.42 h., decía: "Tras conocer que el Ayuntamiento de Madrid homenajeará de nuevo a Ildefonso , sólo puedo decir una cosa: ESKERRIK ASKO ARGALA!". Otro, a las 19.19 h.: "No entiendo por qué la placa a Ildefonso no se la ponen los productores de cava. El día que ETA lo hizo volar se descorcharon muchas botellas!". La prensa daba la noticia aquella jornada de la iniciativa del Ayuntamiento de Madrid de colocar una placa de homenaje al que fuera presidente del gobierno, Sr. Ildefonso , asesinado el 20.12.1973

- El 27.2.2014 tuiteó: "Roma acoge este sábado una cumbre de la extrema derecha europea m.publico.es/504668 Estando ahí juntitos...Un ' Ildefonso ' no estaría mal.."

- Con ocasión del fallecimiento en la cárcel del Sr. Ricardo , condenado por delitos de terrorismo, tuiteó el 8.2.2014: "Agur eta ohore Genaro . Beti gogoan! #PresoPolitikoakEtixerat! #EzDaNaturala!" Debajo insertaba una foto del entierro.

- El día 21.12.2013 escribió: "Hace 35 años el BVE asesinó a quien nos libró de Ildefonso ...#BetiArte #Argala". A su lado un dibujo con el retrato del Sr. Luis Manuel .

- El 27.9.2012 escribió: "Nunca olvidaremos a quienes dieron su vida por el pueblo...Humilde homenaje en mi brazo #GudariEguna # DIRECCION000 ". Hay una imagen fotográfica de un tatuaje que asienta en el brazo del Sr. Genaro , representa una mujer soldado con un fusil y la ikurriña.

- El 24.12.2011 tuiteó " Jesús Luis , más alto que Ildefonso !! #boikotaldiscursodelrey #errepublika!". - El 20.4.2011 publicó en su página: "@laquinta columna: Entonces, ¿Mañana hace el saque de honor Enriqueta ? #Mestalla #Ancladoenlos 90". LOL! Hacía tiempo q no oía l d Enriqueta " .

- El 10.11.2015 tuiteó "Soc només jo aixó recorda molt al 'ETA mátalos' #fastigos!". Debajo, una imagen de dos páginas del diario La Razón, que insertaba, junto al título "Punto de mira" y el artículo "Ellos son los responsables", las fotos de setenta y dos diputados del Parlament».

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

«1.- **ABSOLVEMOS** a D. Genaro del delito de enaltecimiento del terrorismo por el que fue acusado por el Ministerio Fiscal. Se declaran las costas de oficio. Se levantan las medidas cautelares que se adoptaron. Devuélvase la fianza exigida para atender responsabilidades pecuniarias. Notifíquese esta resolución a todas las partes y a los interesados, con instrucción de los derechos que les asisten a aquellos frente a la misma,



en concreto de su derecho al recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se deberá preparar ante esta Sala en plazo de cinco días desde la última notificación».

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal formalizó el recurso alegando el siguiente **motivo de casación**:

Único.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del artículo 578 del Código Penal.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, la parte recurrida, D. Genaro, impugnó el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala se señala el presente recurso para vista y fallo el día 18 de enero de 2018, celebrándose la misma con la asistencia del letrado recurrido D. Carlos Hurtado Alfageme que informa sobre los motivos en defensa de D. Genaro y del Excmo. Sr. Fiscal, D. José A. del Cerro Esteban como recurrente, que se ratifica en su informe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre el Ministerio Fiscal en casación, la sentencia absolutoria de la Audiencia Nacional donde absuelve por delito de enaltecimiento del terrorismo a D. Genaro; con la formulación de un único motivo, por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del artículo 578 del Código Penal.

Critica que la sentencia, en su FJ 2.1, recoja parte de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo sobre el delito de enaltecimiento, pero haciendo hincapié en lo que el tribunal entiende que ha de ponderar a la hora de enjuiciar el delito de enaltecimiento del terrorismo, *"más allá del examen de los elementos objetivos y subjetivos del tipo: ha de constatar una acción de enaltecimiento que ex ante implique un incremento del peligro de que se produzcan atentados terroristas, es decir la conducta ha de ser idónea para propiciar o contribuir a perpetuar una situación de violencia terrorista"* (FJ 2.1, página 8).

Y que como consecuencia de tal idea, la sentencia absuelva al acusado por considerar, en el F.J. 2.2, que los mensajes publicados por el mismo en su cuenta de Twitter no suponían un enaltecimiento del terrorismo, ya que dichas conductas eran atípicas, razonando que los mensajes no supusieron un riesgo para el bien jurídico protegido, ya que *"no incitan o alientan ni instigan a la violencia terrorista, ni siquiera de forma indirecta, ni generan un peligro o riesgo de comisión de actos violentos"* (FJ 2.2, página 9), convirtiendo de esta manera el delito del art. 578 CP, que es de mera actividad, en un delito de resultado, en contra de la propia naturaleza jurídica del tipo penal y de la doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. En definitiva que se exija un nuevo requisito, la puesta en peligro concreto del bien jurídico protegido, que no está previsto en el tipo penal y que el recurrente interpreta que la sentencia de la Audiencia identifica con la idoneidad de las acciones o expresiones enaltecedoras para incitar de manera concreta a la perpetración de otras acciones terroristas.

También reprocha que para ello se base también en la nueva Directiva contra el terrorismo, pendiente de publicar en su redacción definitiva en el Diario Oficial de la Unión Europea, indicando la sentencia que tal norma viene a suponer una modificación legislativa que vacía de contenido el tipo penal del art. 578 CP.

En defensa de su posición, examina:

a) el tipo de delito que es el enaltecimiento del terrorismo atendiendo a su redacción y aprobación en el año 2000 (que es la que resulta de aplicación al caso de autos), con alusión a la exposición de motivos de la LO 7/2000 así como de la 2/2015, que no solo restringe sino amplía su ámbito; alude a enmiendas denegadas que criticaban que tales conductas no se integraran en las conductas clásicas de la provocación, conspiración o la proposición para delinquir, de modo que adelantaban la protección penal a conductas que no conllevaban lesión o peligro concreto de bienes jurídicos; y precisa que el art. 5 de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra el terrorismo que se publicará en breve en el Diario Oficial de la Unión Europea, alude al art. 579 y no al art. 578.

b) los requisitos del tipo penal según la jurisprudencia de esta Sala Segunda, con cita de las SS núm. 587/2013, de 28/6/2013 y 106/2015, de 9/2/2015, de las que destaca la expresión respecto del tipo objetivo siguiente:



" el enaltecimiento/justificación del art. 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los efectuaron ; y respecto del tipo subjetivo advierte de su distingo de la motivación o móvil del sujeto.

c) en tercer lugar, cita in extenso el ATC de la Sección 1ª, nº 4/2008, de 9 de enero de 2008 , que denomina caso De Juana Chaos; la STC 112/2016, de 29 de junio de 2016 , que denomina caso Tasio Erkicia; así como cuatro precedentes jurisprudenciales que entiende similares a los del presente caso, en cuanto analizan su colisión con el derecho fundamental de libertad de expresión, STS 623/2016 de 13 de julio ; STS 820/2016, de 2 de noviembre ; STS 948/2016, de 15 de diciembre ; STS 4/2017, de 18 de enero .

d) Para concluir que los tuits contenidos en la declaración de hechos probados, integran la conducta de enaltecimiento, con acogimiento de la argumentación del voto particular; e incluso más allá del criterio unánime en este apartado de los Magistrados, también de humillación a las víctimas, en el caso del último.

SEGUNDO. - En el entendimiento del delito de enaltecimiento de terrorismo y la jurisprudencia que lo desarrolla, debe tenerse presente la escisión que conlleva la primera sentencia del Tribunal Constitucional (la núm. 112/2016, de 29 de junio de 2016), que analiza el tipo del art. 578 CP , y la jurisprudencia de esta Sala que observa su doctrina, donde la expresión citada en el recurso, " el enaltecimiento/justificación del art. 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito" , deja ya de compadecerse, en toda su extensión, con el recto contenido constitucional del precepto; por cuanto en la referida sentencia, interpretativa de esta tipología, exige, para entender constitucionalmente legítima dicha injerencia legislativa en la libertad de expresión, algún tipo de incitación, aún cuando fuere indirecta.

Por otra parte, es esa resolución constitucional, la que afirma y desarrolla la conexión del art. 578 con el 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), cuyo contenido es coincidente con el art. 5.1 de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, publicada el 31 de marzo de 2017, varias semanas antes de que el representante del Ministerio Fiscal, firmara su recurso, si bien el período de trasposición no concluye hasta el 8 de septiembre de 2018.

Esta STC 112/2016 , en abundancia de este criterio, también ponía esta conducta típica en conexión con el art. 3.1 a) por la Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008 ("DOUE" núm. L 330, de 9 de diciembre de 2008), que a diferencia de la Decisión marco 2002/475/JAI, ya 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 .

TERCERO. - En la sentencia núm. 354/2017, de 17 de mayo, esta Sala enumeraba como elementos que conforman el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, concorde pacífica jurisprudencia, los siguientes:

1º La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que sólo es un comportamiento criminal.

2º El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:

a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 572 a 577.

b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

3º Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser periódico o un acto público con numerosas concurrencia y hoy día, dada la evolución tecnológica, a través de internet.

Pero a su vez, precisábamos (énfasis ahora añadido):

No obstante, el art. 578 CP , precisa el Tribunal Constitucional, en su sentencia 112/2016, de 20 de junio , solo "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

Y desarrollábamos (énfasis ahora adicionado):

Cuando se redactó el art. 5 el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (STCE nº 196), provocación pública para cometer delitos terroristas (definido como la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la intención de incitar a cometer delitos terroristas, cuando ese comportamiento, ya preconice directamente o no la comisión de delitos terroristas, cree peligro de que se puedan cometer uno o varios delitos), indica su informe explicativo que se tuvo en consideración la opinión de la Asamblea parlamentaria y del Comisario de los Derechos del Hombre, que sugirieron que dicha norma abarcara "la difusión de mensajes de elogio del autor de un atentado, el denigramiento de las víctimas, la llamada a financiar organizaciones terroristas u otros comportamientos similares" que pudieran constituir actos de incitación indirecta a la violencia terrorista.

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

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

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

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

Ciertamente, el legislador español es autónomo a la hora de tipificar conductas; pero el análisis de la normativa convencional del Consejo de Europa (que determina conforme la propia jurisprudencia del TEDH el alcance de los derechos reconocidos en el CEDH) y de la Unión Europea, proyectados sobre la conducta tipificada en el art. 578, a la luz de la jurisprudencia constitucional, muestran que resulta una ilegítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores, la condena por esta norma, cuando ni siquiera de manera indirecta, las manifestaciones enjuiciadas, supongan una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades; de donde resulta exigible, concluye la referida STC 112/2016 , como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad , que previamente a la imposición de una condena por el art. 578 CP , se pondere en la resolución judicial, si la conducta desarrollada por el acusado, integra una manifestación del discurso del odio, que incita a la violencia (FJ 4, in fine).

CUARTO. - Al tiempo, la STS 378/2017, de 25 de mayo , decía:

El tipo [del art. 578] 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 partícipe 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.*

Contenido literalmente reproducido en las SSTS 560/2017, de 13 de julio ; y 600/2017, de 25 de julio .

QUINTO. - En autos, dado el concreto medio de expresión, contexto del autor, fechas de emisión, alusiones a acontecimientos generalmente previos a la instauración de la democracia y régimen de libertades, esa aptitud de riesgo de la conducta enjuiciada, no resulta de la narración de hechos probados; ni tampoco se vislumbra incitación a la violencia.

Como expresan nuestras resoluciones anteriores, 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, incite a otros a cometer delitos de terrorismo.

El relato probado no posibilita la inferencia conclusiva de que a raíz de los tuits expresados por el acusado, se haya generado ni sean potencialmente aptos para que incremente mínimamente el peligro de comisión de delitos terroristas. Mientras que el contexto en que se emiten, siempre coincidentes con algún suceso o efeméride, traslucen un ánimo crítico, ajeno a cualquier incitación violenta. De ahí su atipicidad, por falta de un elemento objetivo del tipo integrado por el Tribunal Constitucional, más allá de cual fuere la intención del legislador, para posibilitar una lectura constitucional de la norma sancionadora contenida en el art. 578 CP .

Es más, expresamente se niega su concurrencia en la resolución recurrida: "objetivamente esos micromensajes no enaltecen ni justifican porque no incitan o alientan ni instigan a la violencia terrorista,



ni siquiera de forma indirecta, ni generan un peligro o riesgo de comisión de actos violentos, ni tampoco incrementan el que pudiera existir. Son expresión de opiniones o deseos, actos de comunicación no seguidos de incitación a la acción, porque no contienen llamamiento a la violencia terrorista ni han generado riesgo alguno para las personas, ni los derechos de terceros ni para el orden jurídico. La mejor demostración de la ausencia de riesgo alguno es que los tuits solo fueron detectados cuando los investigadores policiales realizaron prospecciones en la red social, que se convirtieron en destinatarios de los mensajes. Por lo tanto, no habían tenido impacto alguno en la opinión pública".

Debemos recordar que el elemento del riesgo, es un elemento normativo, cuya definición y alcance puede ser corregido en el ejercicio de subsunción jurídica; pero una vez expresado su contenido normativo, en la sentencia coincidente con el expresado por esta Sala en las resoluciones antes citadas, la concurrencia del mismo es cuestión fáctica resultado de un proceso valorativo, que racionalmente motivado en la instancia, no cabe revisarse en esta sede casacional.

En definitiva, dado el motivo elegido, error iuris, donde no cabe alteración fáctica de la narración probada, concorde el entendimiento de la norma que posibilita su compatibilidad constitucional, de conformidad con la jurisprudencia constitucional y de esta propia Sala Segunda, el motivo debe ser desestimado, pues la conducta enjuiciada no integra el comportamiento típico del art. 578 CP .

Tampoco cabe predicar delito de humillación de la víctima de terrorismo, dado que además, con abstracción hecha del calificativo o juicio ético que tal humor negro merezca, desde la consideración típica que nos corresponde analizar, siendo la acusación estrictamente por un delito incluido en la sección dedicada al terrorismo, resulta obvio, que se alude a Enriqueta , exclusivamente como persona con determinada incapacidad, al margen de la causa concreta que la generó.

SEXTO. - Además nos encontramos ante la revisión de una sentencia absolutoria; de modo que incluso cuando hubiésemos concluido, a través de una inferencia exclusivamente normativa, desprovista de todo elemento valorativo fáctico, la concurrencia de esa aptitud de peligro, aun así, la revisión no restaría amparada por el motivo formulado por error iuris; pues aún deberíamos pronunciarnos *ex novo*, afirmativamente, sobre la concurrencia, de un elemento subjetivo: el tendencial de incitación a la violencia aunque fuere indirectamente a la comisión de delitos de terrorismo; pero sucede por una parte, que las leyes de la lógica, la ciencia o la experiencia, que justifican la adición de una inferencia que determina la existencia de un determinado elemento subjetivo (u objetivo) del injusto, no constituyen las "normas jurídicas" a cuya vulneración se refiere el art. 849.1 LECr ; pues la vulneración no tendría causa directa en la subsunción del hecho en la norma, sino en la construcción misma del hecho probado.

Igualmente, la doctrina del TEDH que restringe la posibilidad de pronunciamientos condenatorios o peyorativos *ex novo* en apelación o casación, reitera a su vez que la revisión de los elementos subjetivos del delito es una cuestión de hecho y no una cuestión de calificación jurídica y, por ello, exige inmediatez en la práctica probatoria y audiencia del acusado (SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, caso *Almenara Álvarez c. España* ; 22 de noviembre de 2011, caso *Lacadena Calero c. España* ; 13 de diciembre de 2011, caso *Valbuena Redondo c. España* ; 20 marzo 2012, caso *Serrano Contreras c. España* ; 27 de noviembre de 2012, caso *Román Zurdo c. España* ; 12 de noviembre de 2013, caso *Porcel Terribas y otros c España* ; 29 de marzo de 2016, caso *Gómez Olmeda c. España* ; o 13 de junio de 2017, caso *Atutxa c. España*); y donde la misma consideración intangible que el relato de hechos probados debe ser predicada de las afirmaciones fácticas, o mejor, elementos de naturaleza factual (STEDH *Almenara Álvarez c España*, de 25 de octubre de 2011 , § 49) contenidos en la fundamentación de la resolución.

FALLO

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

Desestimar el recurso de casación formulado por el **Ministerio Fiscal** contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el 21 de marzo de 2017, en su Rollo de Sala 16/2016 , proveniente del Procedimiento Abreviado 35/2016 del Juzgado de Instrucción núm. 3, seguido por delito de enaltecimiento de terrorismo contra D. Genaro ; ello, con declaración de oficio de las costas causadas.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Francisco Monterde Ferrer

Luciano Varela Castro Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco.