



Roj: **STS 4714/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4714**

Id Cendoj: **28079120012016100822**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/11/2016**

Nº de Recurso: **698/2016**

Nº de Resolución: **820/2016**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 465/2016,**
STS 4714/2016

Recurso Nº: 698/2016

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal SENTENCIA

Sentencia Nº: 820/2016

RECURSO CASACION Nº : 698/2016

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Señalamiento: 26/10/2016

Procedencia: Audiencia Nacional Sección segunda

Fecha Sentencia : 02/11/2016

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

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por : IPR

*** Enaltecimiento del terrorismo y menosprecio de sus víctimas. Discurso del odio y libertad de expresión.**

Recurso Nº: 698/2016

Nº: 698/2016

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

Vista: 26/10/2016

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 820/2016

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez,

Presidente.



D. José Manuel Maza Martín

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral García

D. Joaquín Giménez García

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Noviembre de dos mil dieciséis.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 698/2016 interpuesto por **Torcuato** representado por la Procuradora Sra. Ortíz Gutiérrez, bajo la dirección letrada de los Sres. Juan Manuel Olarieta Alberdi y Diego-Catriel Herchhoren Alcolea, contra la Sentencia de fecha 1 de marzo de 2016 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Segunda) y recaída en la causa Rollo de Sala 2 /2016, (DPA 36/2014 del Juzgado Central de Instrucción nº 1) que condenó al recurrente como autor penalmente responsable de un delito de enaltecimiento del terrorismo y menosprecio a las víctimas de delitos terroristas. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 1 incoó DP 36/2014, contra **Torcuato** . Una vez concluidas las remitió a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Segunda) que con fecha uno de marzo de dos mil dieciséis dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

*<<ÚNICO.- El acusado **Torcuato** desde el año 2010 era el usuario del perfil " **Torcuato** " en la red social www.facebook.com y en www.twitter.com desde el año 2011, a través de los que desarrolló hasta abril de 2014, en que fue detenido por agentes de la Guardia Civil, una intensa actividad, materializada en la publicación de mensajes, vídeos e imágenes, de acceso totalmente público para cualquier usuario de la red social, de grupos terroristas y en especial de la banda terrorista ETA y de la lucha armada y de sus miembros, así como referidos a personas con 1238 seguidores el perfil de facebook y el de twitter con 5577 a fecha 23/04/2014.*

Torcuato fue detenido el 28/04/2014, interviniéndose su teléfono móvil, marca BQ, modelo AQUARIUS 3.50, nº de IMEI NUM000 Y NUM001 , mediante el cual accedía a internet, así como una tarjeta SIM y la tarjeta de almacenamiento, que analizadas por los agentes de informática forense de la Guardia Civil, desvelaron su contenido, encontrándose entre otros mensajes subidos a la Red los siguientes:

1.- *"Aupa esa chavalería que ha arrasado con las sucursales capitalistas de medida (sic) ciudad de Bilbao. Joder, con noticias así da gusto empezar la semana" (3 de marzo de 2013).*

2.- *"Si al final Evaristo regresa de pleno a la política activa, espero que ETA lo haga también, para equilibrar la balanza" (20 de julio de 2013).*

3.- *"Lástima que el terrorismo de estado le sesgara la vida tan pronto, más luchadores como Nemesio hacen falta, para la causa vasca y para el marxismo 2013).*

4.- *"Tengo la botella de champán preparada para el día que se retome la lucha armada, la idea de la muerte o el exilio no me asusta cuando se trata de pelear por una batalla justa" (2 de julio de 2013).*

5.- *"En un país como el Estado español, donde ha existido y sigue existiendo de forma un poco reformada, un régimen de carácter fascista, la resistencia en todas sus formas no solo armada, un régimen de carácter fascista, la resistencia en todas sus formas no sólo la armada, es legítima. No es que nosotros la legitimemos, sino que se legitima a sí misma" (23 de junio de 2013).*

6.- *"Afilando el hacha a falta de la serpiente" (13 de mayo de 2013).*

7.- *"ETA despellejaba a lo sumo a un par de concejales al año y el estado decía de ellos que eran unos malvados terroristas y los perseguía, torturaba, mataba y encerraba. Y sin embargo, los bancos asesinan a diario y aquí no pasa nada, el estado los ampara, protege y defiende" (18 de febrero de 2013).*



- 8.- "Dos noticias, una buena y una mala: La buena, en La Carolina (Jaén) le han quemado el coche a un concejal pepero. La mala, el pepero no estaba dentro ..." (2 de enero de 2013).
- 9.- "Por cada agresión a la clase obrera un coche-bomba" (31 de diciembre de 2013).
- 10.- "Dice mi abuela que si apareciese un culpable ejecutado, un político del PP por ejemplo, se alegraría bastante, comparto su pensamiento" (31 de diciembre de 2013).
- 11.- "¿ Isidro víctima? DAIS ASCO" (20 de diciembre de 2013).
- 12.- "A mi no me da pena alguna Pedro Antonio me da pena la familia desahuciada por el banco" (13 de julio de 2013).
- 13.- "Tanta tontería vinculando la FAH2 a ETA. OJALÁ así fuera y os metieran un bombazo, panda de genocidas" (26 de marzo de 2013). >>

2. Plataforma de Afectados por la Hipoteca.>>.

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

<<FALLO.- CONDENAMOS a Torcuato como autor penalmente responsable de un delito de ENALTECIMIENTO/ JUSTIFICACIÓN DEL TERRORISMO Y DE MENOSPRECIO A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS TERRORISTAS, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO y 6 MESES DE PRISIÓN, inhabilitación absoluta por tiempo de DIEZ AÑOS y pago de costas.

Al acusado le será de abono el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa.

Notifíquese a las partes la presente resolución, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de CASACIÓN por infracción de Ley o quebrantamiento de forma en el plazo de CINCO DÍAS, preparándolo en forma legal ante esta Sala>>.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por el recurrente que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Torcuato .

Motivo único .- Por infracción de ley al amparo del art. 849 LECrim nº 1 por aplicación indebida del art. 578 CP y por vulneración de los arts. 16 y 18 CE (art. 852 LECrim).

4 .- El **Ministerio Fiscal** se instruyó del recurso **impugnando su único motivo** ; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para **Vista** se celebró la misma el día 26 de octubre de 2016, procediéndose a continuación a la deliberación y votación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La condena es atacada mediante un motivo único que refunde los dos que habían sido anunciados en el escrito de preparación (arts. 852 y 849.1º LECrim): lesión de los derechos constitucionales a la libertad ideológica y de expresión (arts. 16 y 20 CE) y aplicación indebida del art. 578 CP .

Como en todos los delitos de expresión subyace un conflicto entre el interés protegido por la norma penal y las libertades de expresión y, en su caso, ideológica: es un problema de equilibrios y ponderación que no admite respuestas simplistas (STS 846/2015, de 30 de diciembre). La simple ligazón con la libertad ideológica o de expresión no legitima la conducta *per se* situándola por definición al margen del Código Penal: esto es obvio.

Igualmente tampoco el encaje formal en el tipo penal haciendo abstracción de cualquier otra consideración acarrea automáticamente una condena de esa naturaleza, según consideración extraída de los precedentes jurisprudenciales reseñados en el escrito de recurso. No puede prescindirse de una evaluación sobre la presencia o no de excesos en el ejercicio de tales derechos fundamentales, derechos que ostentan un máximo rango en un estado democrático. De ajustarse la conducta al marco constitucional de esas libertades operaría una causa de exclusión de la antijuricidad canalizable a través del art. 20.7 CP (ejercicio legítimo de un derecho).

El ejercicio de esos derechos cuenta también con barreras, mínimas y lejanas; pero barreras. O, por decirlo con fórmula más afortunada, está condicionado por otros derechos y exigencias constitucionales. Entre ellos desempeñan un papel no desdeñable el respeto a otros (humillación víctimas) y la prohibición de alabanza de



actividades terroristas que alimente un clima favorable a su reproducción convirtiéndose en germen, más o menos remoto, de nuevas acciones de esa naturaleza.

Por eso el debate ha de llevarse a cabo en concreto -examen del caso- y no en abstracto -discusión a nivel de principios-: comprobar si el recurrente ha respetado esas limitaciones marcadas por el Código Penal, limitaciones que según el tenor literal de nuestra Constitución y de los textos internacionales existen y que reconocen -no podía ser de otra forma- tanto tribunales nacionales como internacionales (entre muchas otras, STEDH de 20 de octubre de 2015, asunto M BALA M BALA c/ Francia: condena a raíz de un espectáculo público donde se humillaba a las víctimas del holocausto judío).

Debe examinarse, así pues, si los hechos desbordan los márgenes del ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en los arts. 16 y 20 CE. En otro caso las libertades del art. 20.1 a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de la conducta (STC 104/1986, de 13 de agosto, reiterada en las SSTC 105/1990, de 6 de junio; 85/1992, de 8 de junio; 136/1994, de 9 de mayo; 297/1994, de 14 de noviembre; 320/1994, de 28 de diciembre; 42/1995, de 18 de marzo; 19/1996, de 12 de febrero; ó 232/1998, de 30 de diciembre); es decir ponderar si la expresión de ideas se ha mantenido en el ámbito, amplio y extenso en esta materia, de lo tolerable; o ha llegado a traspasar esas laxas, pero a su vez firmes, fronteras. Ese discurso se erige en preámbulo obligado del auténtico núcleo de la cuestión: si está bien apreciado el art. 578 CP. Sin duda las libertades de expresión e ideológica condicionan su ámbito de aplicación.

SEGUNDO.- Establecía el art. 578 CP vigente en el momento de los hechos (en esa redacción fundamenta la Sala la condena): *"El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código "*.

La redacción proviene de la reforma que, en materia de terrorismo, operó la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre. En el apartado III de su Exposición de Motivos se encuentran unas palabras que quieren explicar la decisión de política criminal que inspiró la inclusión de esta figura: *"La introducción de un nuevo tipo penal de exaltación del terrorismo en el nuevo artículo 578 del Código Penal se dirige a sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.*

Las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código, constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas.

No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal (...)".

En la mayoría de las ocasiones en que en la agenda de esta Sala de casación ha aparecido ese precepto se presentaba la modalidad de enaltecimiento. Pero junto a esa manifestación el art. 578 CP acoge otra tipicidad: la humillación de las víctimas. Como advierten las SSTS 224/2010, de 3 de marzo o 752/2012, de 3 de octubre el precepto sanciona dos conductas diferenciables aunque con un denominador común: su referencia al terrorismo. Por un lado, el enaltecimiento o justificación del terrorismo o sus autores; por otro, la emisión de manifestaciones o la realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas. Esta segunda figura cuenta con perfiles propios, definidos y distintos de la anterior. Ambas modalidades aparecen en la conducta atribuida al acusado. Algunas expresiones, las menos, son vejatorias en relación a víctimas concretas (Pedro Antonio ; Isidro ; o, más genéricamente, miembros de corporaciones locales). La mayoría están vinculadas a la modalidad apologetica.

Para la STS 656/2007, de 17 de julio, el primer inciso del art. 578 CP (y actual art. 578.1) recoge una apología propiamente dicha, definida como enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución. Se apunta que el precepto obedece a una concreta *ratio legis*: reforzar la tutela en los delitos de terrorismo, sancionando conductas que no son terroristas *per se* pero que las



favorecen. El supuesto del segundo inciso es diferente: actos que entrañen «des crédito» (esto es, disminución o pérdida de la reputación de las personas), «menosprecio» (equivalente a poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén) o «humillación» (herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún menoscabo) en las víctimas de acciones terroristas o en sus familiares, fórmulas a través de las cuales se persiguen conductas especialmente perversas como es la injuria o humillación a las víctimas, incrementando el padecimiento moral de ellas o de sus familiares y ahondando en la herida que abrió el atentado terrorista.

El tipo penal aplicado persigue la justa interdicción de lo que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (v.gr. SSTEDH de 8 de Julio de 1999, *Sürek vs. Turquía*, y de 4 de Diciembre de 2003, *Müslüm vs. Turquía*), como nuestro Tribunal Constitucional (STC 235/2007, de 7 de Noviembre) y esta misma Sala (STS 812/2011, de 21 de julio) vienen denominando en sintonía con una arraigada tendencia de política criminal «discurso del odio»: alabanza o justificación de acciones terroristas. Comportamientos de ese tenor no merecen la cobertura de derechos fundamentales como la libertad de expresión (art. 20 CE) 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; 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 apostilla la STS 676/2009, de 5 de junio, 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.

El delito de enaltecimiento del terrorismo exigía publicidad, ("... por cualquier medio de expresión pública o difusión..."). En la actualidad sigue siendo así, aunque el requisito aparece de forma más desvaída (art. 578.1).

No sucede así con el tipo de humillación a las víctimas de aquél ("... o la realización de actos que entrañen des crédito, menosprecio o humillación de las víctimas..."). Esta segunda figura reviste una naturaleza más privada: afecta directamente al honor de las víctimas de acciones terroristas por el hecho de serlo; aunque también sin duda golpea sentimientos de solidaridad de la comunidad que en todo delito de terrorismo percibe un ataque a la convivencia pacífica construida entre todos. Supone una lesión a su dignidad humana, violada con el menosprecio que emana del comportamiento querido, directa o indirectamente, por el sujeto activo. Con esa configuración la ofensa privada, aislada a una sola persona, puede dar lugar al delito que aquí se tipifica, sin perjuicio de que también pueda observarse su concurrencia en el caso de una pluralidad de afectados y de que sociológica y criminológicamente la afectación tiende a trascender la esfera individual repercutiendo en sentimientos y valores colectivos lo que otorga a la infracción la morfología de delito público a diferenciación del delito de injurias con el que guarda algún parentesco (las palabras "menosprecio" o "des crédito" traen a la memoria el art. 457 CP 1973 con su clásica definición de injurias).

Como subraya la STS 224/2010, de 3 de marzo, con cita de la STS 585/2007, de 20 de junio, un análisis particularmente riguroso, de las concretas circunstancias en las que el acto humillante, hostil o vejatorio se produce, las frases y/o acciones en que se materializa, y su ocasión y escenario a fin de una ponderación equilibrada. Lo señala la STS 812/2011, de 21 de julio, por remisión a la STS 31/2011, de 2 de febrero: en esta clase de delitos es importante no sólo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas, su contexto la circunstancias concomitantes pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión.

TERCERO.- Ha examinado recientemente este delito la STC 112/2016, de 20 de junio que fue expresamente invocada en la vista por el representante del Ministerio Público. Merece la pena, aunque padezca la brevedad hacerse eco de las consideraciones de tal Alto Tribunal pues es su primer pronunciamiento sobre el delito del art. 578 CP lo que le dota de cierto carácter emblemático: "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 representan 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 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 "[e]s 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)].



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).

3. 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 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. 16CE 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, 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 (§ 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 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 ("DOUE" núm. L330, 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".

4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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), 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, 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, as. Özgür Gündem c Turquía, § 65; 7 de febrero de 2006, as. Halis Dogan c Turquía, § 37; 7 de marzo de 2006, 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, 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, as. Zana c Turquía; de 8 de julio de 1999, as. Sürek c Turquía -núms. 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 -núm. 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.

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 .

Por tanto, la labor de control de constitucionalidad que bajo la invocación del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] debe desarrollarse en este procedimiento de amparo debe quedar limitada, sin entrar en aspectos de legalidad penal ordinaria referidos a la concreta aplicación del tipo penal, a verificar si en este caso las resoluciones judiciales impugnadas, al imponer la sanción penal al recurrente, han ponderado esa concreta exigencia, como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad, de que la conducta desarrollada por el recurrente pudiera ser considerada una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia.

5. En el presente caso, como ha sido expuesto más detenidamente en los antecedentes, las resoluciones judiciales han justificado la condena del recurrente como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578CP), al haber considerado probado que participó como principal orador en un acto celebrado en la ciudad natal en recuerdo y loa de un responsable de la organización ETA, quien había sido asesinado treinta años antes. En concreto se destaca que aceptó intervenir en un evento de homenaje de una persona con la que no había tenido relación de amistad ni trato o contacto especial y cuya única actividad conocida fue su pertenencia, como dirigente, a la organización terrorista ETA. El acto se publicitó mediante carteles pegados en las calles en los que se transcribía un texto atribuido al homenajeado en que se menciona que "La lucha armada no nos gusta a nadie, la lucha armada es desagradable, es dura, a consecuencia de ellas se va a la cárcel, al exilio, se es torturado; a consecuencia de ella se puede morir, se ve uno obligado a matar, endurece a la persona, le hace daño, pero la lucha armada es imprescindible para avanzar" y para su celebración se usó una tarima en que se ubicó una gran fotografía del homenajeado; una pantalla en la que se proyectaron fotografías de miembros encapuchados de la banda terrorista y de presos; y un atril desde el que el demandante pronunció un discurso, todo ello presidido por un cartel con el lema "Independenzia Sozialismo 1949-1978", en referencia a la fecha de nacimiento y muerte del llamado homenajeado. En el acto se desarrollaron bailes conmemorativos tradicionales de homenaje con el uso de espadas de forma similar a la presentación de armas de los actos militares y adoptándose posturas genuflexas frente al escenario ante un abanderado que ondeaba la ikurriña sobre ellos, tras lo cual depositaron claveles rojos ante la fotografía del homenajeado. El discurso del recurrente fue el momento central del acto y en él pidió "una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático" y terminó con los gritos "¡Viva Euskal Herria libre! ¡Viva Euskal Herria vasca! ¡Viva Nemesio !", gritos que fueron respondidos por el público. Previamente, al subir al escenario, colocó un clavel rojo sobre el soporte en el que se apoyaba la fotografía del homenajeado.

La Sentencia de instancia argumentó que concurre el delito de enaltecimiento del terrorismo porque (i) el acto colectivo en que participó el demandante de amparo se desarrolló en loa del homenajeado, ya que se ubicó una gran foto del homenajeado sobre un escenario, se ejecutaron bailes y actuaciones tradicionales de homenaje y se depositaron claveles rojos al pie de la fotografía; (ii) esta loa estaba vinculada a la conducta terrorista del homenajeado, ya que al homenajeado no se le conocía ninguna otra actividad que la terrorista, la convocatoria se publicitó con un texto de este en que se hacía referencia a que la lucha armada es imprescindible para avanzar y durante el acto se proyectaba en una gran pantalla imágenes de varios encapuchados sentados tras una mesa con los símbolos y anagrama de ETA, así como de presos; y (iii) tuvo repercusión pública, apareciendo la noticia del homenaje en los medios de difusión, periódicos y noticiarios de televisión. Por lo que se refiere a la concreta autoría del demandante se argumenta que (i) se prestó voluntariamente a participar como protagonista en un acto que era un claro homenaje a un terrorista, condición que no se pierde por haber sido a su vez víctima de otros delincuentes que lo asesinaron, asistiendo a todo su desarrollo; y (ii) no se limitó a un discurso político reivindicativo, sino que con una ambigüedad calculada pide "una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático", terminando su discurso con el grito de "¡Gora Nemesio !" -"¡Viva Nemesio !"- ante cuya fotografía había depositado un clavel rojo.



Por su parte, la Sentencia de casación confirmó la condena impuesta argumentando (i) que el contexto en que se produce la conducta enjuiciada es la existencia de un grupo terrorista que propugna la independencia política del País Vasco mediante el uso de la violencia; (ii) que el acto es de indudable homenaje a un terrorista y no un mero acto familiar como pone de manifiesto el lugar donde se desarrolló -un lugar tan señalado y público como los soportales de las antiguas escuelas municipales, ubicadas junto al Ayuntamiento-, el propio contenido del acto y la manifestación pública posterior de unas 250 personas por el casco urbano de la población; (iii) que lo incompatible con los derechos a las libertades de expresión e ideológica de la conducta del ahora demandante de amparo no es el contenido de las palabras pronunciadas en su discurso "sino que es el conjunto de actos desarrollados en honor del homenajeado con la participación del acusado como principal invitado, quien terminó su alocución con la expresión 'gora Nemesio' ('Arriba Nemesio'), estando presente en el desarrollo de la danza, música, versos y efectucción personal de ofrenda foral, lo que excede de los límites legales del ejercicio del expresado derecho constitucional"; y (iv) que la condena no supone la criminalización de opiniones discrepantes, sino la sanción de un acto dirigido 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".

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

Además, puede afirmarse que hubo una instigación a la violencia. Ciertamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 16 de julio de 2009, caso *Feret c. Bélgica*, § 73, recuerda que "la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo". Parece claro, pues, que si los hechos implican tal incitación a la violencia, con mayor razón pueden incardinarse en dicho discurso (SSTEDH de 29 de abril 2008, caso *Kutlular c. Turquía*, § 49 ; de 16 de julio de 2009, caso *Feret c. Bélgica*, § 64 ; de 8 de julio de 1999, caso *Sürek c. Turquía*, § 62). Incitar supone siempre llevar a cabo una acción que ex ante implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta. Desde esta última perspectiva, acciones como las que nos ocupan crean un determinado caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo, singularmente si se tienen en cuenta las circunstancias en las que cursaron los hechos: fue un acto público, previamente publicitado mediante carteles pegados en las calles, en un contexto en el que la actividad terrorista seguía siendo un importante problema social. Por consiguiente, es incuestionable que, para un espectador objetivo, la conducta del recurrente era idónea para contribuir a perpetuar una situación de violencia.

El planteamiento efectuado no es ajeno a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, tal como ya se ha expuesto anteriormente, la citada STC 235/2007, para entender como legítima la sanción de conductas de punición de justificación del genocidio, afirmó que "será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial transcendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación" (FJ



9). Es más, es claro que la justificación del genocidio *ex ante*, en determinado ambiente social, caracterizado por un rechazo generalizado de tales doctrinas, puede ser menos peligroso para bienes constitucionales que la conducta aquí objeto de consideración, llevada a cabo en un ambiente social en el que, patentemente, resultaba mucho más fácil que prendiera la llama. El contexto en el que acaecen los hechos no es jurídicamente irrelevante (STEDH *Sürek contra Turquía*, de 8 julio 1999, § 62).

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

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

CUARTO.- El recurso aduce que la Sala no ha sopesado las detalladas explicaciones sobre cada una de las frases que el acusado ofreció en el acto del juicio oral. Las expresiones criminalizadas se ubicarían en un contexto objetivo y subjetivo que distanciaría las locuciones de las fronteras del art. 578. Los textos son lo que son proclama displicentemente la sentencia. El recurrente se queja por ello y viene a reclamar un análisis más pormenorizado de cada una de las locuciones y de las matizaciones que el acusado expuso en el acto del juicio.

Ya la Sala, de las frases que se recogían en el escrito de la acusación, filtró algunas por no considerarlas delictivas. Las que subsisten y han pasado al hecho probado valoradas tanto aisladamente como en su conjunto, encajan en el art. 578 CP. Prescindir de alguna de significación más ambigua o equívoca no nos llevaría a consecuencias jurídicamente relevantes.

Renuncia la defensa a reiterar esas explicaciones sobre el contenido y circunstancias pormenorizadas de cada expresión por considerar que no sería propio de la casación. Tiene razón. Como tampoco sería propio de la casación revalorar esos matices basados en una apreciación de prueba personal que solo el Tribunal de instancia está en condiciones de efectuar.

Objetivamente las frases encierran esa carga ofensiva para algunas víctimas y laudatoria y estimuladora del terrorismo que a nadie escapa. Las explicaciones *a posteriori* no tienen capacidad para desvirtuarlas. No están presentes en el mensaje que es percibido por sus numerosos receptores sin esas modulaciones o disculpas adicionales. Y eso necesariamente era captado por el recurrente.

Ciertamente en ocasiones probar la inocencia se convierte en una tarea imposible (*probatio diabólica*) pero no tanto porque el Tribunal imponga una carga desmesurada e improcedente, sino porque los hechos aparecen con tal evidencia que se torna tarea hercúlea desmontarla. El delincuente *in fraganti* tropieza con un muro insorteable para convencer de su supuesta inocencia al Tribunal. Pero eso es así no por una aplicación indebida de las reglas sobre la carga de la prueba sino por la misma forma de aparición del suceso. En delitos de expresión en que el mensaje, objetivamente punible, ha quedado fijado, una vez aceptada la autoría, se complica evidentemente la posibilidad de eludir la condena. Nada reprochable ha de verse en ello. Los hechos han sido probados y ciertamente desde ahí se hace muy difícil encontrar una disculpa razonable que sea convincente.

En lo que se refiere al tipo subjetivo, la STS 846/2015, de 30 de diciembre antes citada explicaba: "No es exigible una especie de animus singularizado de buscar específica y exclusivamente humillar a esas dos víctimas como si fuese un añadido al dolo genérico: basta con conocer el carácter objetivamente humillante y vejatorio de las expresiones consideradas aislada y contextualmente, y asumirlo y difundirlo haciéndolo propio. La doctrina más moderna y también el Código Penal de 1995 han abandonado las añejas construcciones sobre elementos subjetivos especiales en los delitos paralelos de injuria y calumnia, levantadas sobre una frágil base gramatical (el término en interpretado en clave finalística). La teoría del animus iniuriandi en los delitos de injuria y calumnia



ya se abandonó. Basta un dolo genérico. Cosa distinta es que el contexto, el momento, el tono, las circunstancias hayan de tenerse en cuenta al evaluar la idoneidad del texto para evidenciar humillación o desprecio".

No es relevante tampoco, por fin, la falta de una discriminación entre las expresiones que suponen humillación de las víctimas y las que son enaltecedoras. Todas se efectúan con publicidad. Se hace además muy fácil en último término separar unas y otras. Ninguna consecuencia jurídica trascendente se desprenderá de ahí. Las referencias a concejales, a Isidro y a Pedro Antonio son justamente las que aluden a víctimas y las únicas que podrían atraer esa segunda manifestación típica. En cualquier caso entre ambas modalidades delictivas se produce un concurso aparente de normas. No estamos ante dos delitos en relación de concurso real o ideal, sino ante una única infracción delictiva con diversas manifestaciones.

QUINTO.- Subsidiariamente el recurrente reclama la aplicación del **nuevo art. 579 bis** que entró en vigor el 1 de julio último y que permite rebajar la pena uno o dos grados a la vista de la gravedad de los hechos, medio empleado y resultado producido.

La pretensión es inviable: no cabe fragmentar legislaciones para elegir caprichosamente y según el propio interés preceptos de dos normas que se suceden en el tiempo y crear una tercera norma *ad hoc*. El art. 578 ha experimentado modificaciones relevantes en esa reforma convirtiéndose en precepto globalmente desfavorable frente al anterior art. 578 (incrementos de pena e introducción de algunos subtipos agravados). Es verdad que extremando el potencial atenuatorio del art. 579 bis podría llegarse también a una pena inferior (doble degradación permitida: los hechos serían encajables en el art. 578.2 con una pena de prisión comprendida entre dos y tres años más una multa, que reducidas en dos grados supondrían prisión comprendida entre seis meses y un año menos un día, más la multa). Pero no se dan los presupuestos para semejante devaluación de la gravedad de conducta, a la vista de la pluralidad de mensajes y la dualidad de modalidades típicas abarcada.

No puede establecerse un tipo de ecuación que llevaría a baremaciones aritméticas en la penalidad de este delito absurdas atendiendo al exacto número de mensajes emitido. Que la Audiencia haya apartado algunos de los mensajes que recogía el Fiscal no lleva inexorablemente a reducir su petición de pena. Es una conducta persistente que se bifurca en las dos modalidades delictivas del art. 578. Es argumento este suficiente para la moderada agravación sobre el mínimo legal que se lleva a cabo. No se puede oponer tacha alguna a la opción penológica de la Sala de instancia por más que otras duraciones hubiesen sido igualmente legales. No es atendible por tanto la petición final del recurrente en orden a una reducción de la duración de la pena que, en todo caso, es susceptible de suspensión (art. 80 CP).

SEXTO.- La desestimación del recurso lleva a condenar al recurrente al pago de las costas procesales (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

DECLARAR NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por **Torcuato** contra la Sentencia de fecha 1 de marzo de 2016 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Segunda) seguida contra el mismo por un delito de enaltecimiento del terrorismo y menosprecio a las víctimas de delitos terroristas; condenándole al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Manuel Marchena Gómez José Manuel Maza Martín Luciano Varela Castro

Antonio del Moral García Joaquín Giménez García

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.