



Roj: **STS 5176/2011 - ECLI:ES:TS:2011:5176**

Id Cendoj: **28079120012011100802**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/07/2011**

Nº de Recurso: **46/2011**

Nº de Resolución: **812/2011**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5544/2010,**
STS 5176/2011

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Julio de dos mil once.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por Cayetano , y Eladio contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda, que condenó a los acusado como autores penalmente responsables de un delito de enaltecimiento de terrorismo; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la Vista y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y dichos recurrentes representados por el Procurador Sr. Javier J. Cuevas Rivas..

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado Central de Instrucción número 6 de Madrid, incoó Procedimiento Abreviado con el número 367 de 2009, contra Cayetano y Eladio , y una vez concluso lo remitió a la Sala de lo Penal, Sección Segunda de la Audiencia Nacional, con fecha 11 de noviembre de 2010, dictó sentencia , que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: Cayetano y Eladio , mayores de edad y éste último Concejal de Fiestas del Ayuntamiento de Gernika, estando ambos de acuerdo, decidieron colocar en el programa de fiestas del año 2009 de dicha localidad, para difusión pública, fotos de nueve presos, unos condenados por actividades terroristas de la organización ETA y otro relacionado con actividades del mismo tipo de dicha organización, bajo el texto en euskera "no podemos ser nada sin ellos", conscientes del elogio y agradecimiento que para los individuos suponía la difusión de sus fotos con el texto añadido en la publicación, y con la finalidad de ensalzarlos.

Se imprimieron unos 6000 ejemplares del programa, que fueron repartidos gratuitamente por diferentes establecimientos de la localidad, así como a través de la oficina de turismo, encontrándose en la página 15 del programa el fotomontaje de las nueve fotos correspondientes a los nueve presos a que se ha hecho mención, que eran Ángeles (Canela), Concepción (Chili), Rodrigo (Pesetero), Victorio (Matavacas), Jesús Ángel (Farsante), Alejo (Chispas), Camilo (Ganso), y Epifanio (Pajarero).

Igualmente, en el mismo contexto y también en la página 15, iba impresa una foto más del miembro de la banda terrorista ETA, Jorge , desaparecido y hallado muerto en Francia, con interrogantes como "¿secuestrado?", "¿torturado?", "¿asesinado?".

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

FALLO: Que debemos condenar y condenamos a Cayetano y Eladio , sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad en ninguno de ellos, como autores penalmente responsables de un delito de



enaltecimiento de terrorismo, a la pena, para cada uno, de UN AÑO de prisión, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante ese mismo periodo, así como a la de inhabilitación absoluta por SIETE años y pago de las costas por mitad.

Reclámese del instructor la pieza de responsabilidad civil terminada conforme a derecho.

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

Cuarto.- La representación de los recurrentes, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

UNICO .- Al amparo del art. 849.1 LECrim ., por indebida aplicación del art. 578 CP .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera. Con asistencia del Letrado recurrente quien informó sobre el motivo del recurso. El Ministerio Fiscal impugna el motivo del recurso y solicita la confirmación de la sentencia recurrida.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día doce de julio de dos mil once.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Cayetano y Eladio

PRIMERO: Formulan los recurrentes un único motivo de casación al amparo del art. 849.1 LECrim . por aplicación indebida del art. 578 CP .

Sustentan su impugnación en la falta de concurrencia de los elementos, esencialmente de índole subjetiva, que permiten la apreciación del tipo penal, aludiendo a la multiplicidad de pronunciamientos absolutorios por parte de los Tribunales de Justicia en esta materia.

Hay que recordar que en cuanto a los elementos que vertebran este delito de modo pacífico esta Sala en numerosas resoluciones, SSTS. 149/2007 de 26.2 , 587/2007 de 20.6 , 539/2008 de 25.9 , 676/2009 de 5.6 , 1269/2009 de 21.12 , 224/2010 de 3.3 , 597/2010 de 2.6 , 299/2011 de 25.4 , 523/2011 de 30.5 , ha señalado 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 solo 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. 571 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 a varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o coparticipes 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 un periódico o un acto público con numerosa concurrencia.

Características del delito son el tratarse de un comportamiento activo, que excluye la comisión por omisión, tanto propia como impropia, siendo un delito de mera actividad y carente de resultado material, y de naturaleza esencialmente dolosa o intencional.

Por referencia al delito de apología del art. 18 , parece opinión más autorizada la que considera que la figura del art. 578 tiene una substantividad propia, distinta y diferente de la apología *strictu sensu* del art. 18 CP .

La apología del art. 18 , de acuerdo con el propio tenor del tipo, exige una invitación directa a cometer un delito concreto, y solo entonces será punible, y lo mismo puede predicarse del art. 579 CP que se refiere a la provocación, conspiración y proposición.

Por el contrario, 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.



En apoyo de esta teoría de la sustantividad de esta específica apología "in genere", operaría el argumento de que su respuesta punitiva es también autónoma e independiente -prisión de uno o dos años-, frente a las apologías" clásicas de los arts. 18 y 579 en las que la pena lo es por referencia a la que corresponda al delito a cuya ejecución se incita -pena inferior en uno o dos grados-.

La propia Exposición de Motivos de la Ley apunta en esta dirección cuando se dice que"....las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el art. 18 del CP .".

Finalmente, en cuanto a la naturaleza de esta **apología genérica, laudatoria y sin incitación**, de acuerdo con la doctrina de esta Sala mantenida en los autos de 23 de mayo de 2002 y 14 de junio de 2002 -Causa Especial, Recurso 29/2002 - no es un delito de terrorismo dado que la actividad típica está constituida por la mera expresión laudatoria de actos terroristas o de sus autores, sin incitación a la comisión directa ni indirecta. De suerte que como ya advirtió la STC 199/1987 de 16 de diciembre del Pleno del Tribunal Constitucional que resolvió los recursos de inconstitucionalidad contra la L.O. 9/1984 sobre bandas armadas y elementos terroristas.

"....La manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades....".

Por ello, el argumento de que esta apología, también llamada apología menor, se encuentra sistemáticamente dentro de los delitos de terrorismo, carece de virtualidad y relevancia para en base al argumento sistemático, así estimarlo. Una cosa es el delito de terrorismo y otra es la apología del terrorismo, de igual suerte que no puede confundirse el delito de genocidio del art. 607 CP, con la apología del genocidio que se encuentra en el núm. 2 del artículo 607 , y, también con una pena autónoma.

En el art. II del Convenio sobre Genocidio de 9 de diciembre de 1948 -en vigor en España desde el 13 de diciembre de 1968- se fijan los actos típicos de Genocidio en el art. II , que viene a coincidir con el art. 607-1 CP .

Cuestión distinta es que también se sancione en el art. III del Convenio la instigación directa y pública a cometer genocidio, que encuentra su reflejo en el art. 607-2 , y hay que recordar que aquí se trata de apología strictu sensu: instigación directa.

En todo caso, una vez deslindada esta figura de la apología autónoma, sin incitación a la comisión de delito concreto, habrá de concretarse cual sea **bien jurídico protegido** por este delito. La propia Exposición de Motivos de la Ley 7/2000 , nos da una pista negativa de lo que no es exaltación, y otra pista positiva de lo que se pretende proteger con la nueva tipificación.

"....No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que estas se aleguen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional....".

"....Se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de métodos terroristas....".

"....Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal...." (Cfr, igualmente, sentencia de 15 de Marzo de 2011 , del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, en relación con el affaire Otegui Mondragón c. Espagne.).

Ni consiste tampoco en modo alguno, por tanto, en una simple criminalización de opiniones discrepantes, ni el fundamento y el bien jurídico protegido en este caso es la defensa de la superioridad de ideas contrarias a aquellas que animan a esta clase de delinquentes, sino que, muy al contrario, la finalidad de la tipificación de tales conductas es combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, abortando toda clase de justificación y apoyo para lo que no son sino cumplidos atentados contra la significación más profunda del propio sistema democrático.

De esta manera el bien jurídico protegido y el fundamento de este tipo, estaría en la interdicción de lo que las SSTEDH de 8 de julio de 1999 , Sürek vs Turquía, 4 de diciembre de 2003 , Müslüm vs Turquía -y también nuestro Tribunal Constitucional STC 235/2007 de 7 de noviembre - califica como el discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrorizamiento colectivo como medio de conseguir esas finalidades.

SEGUNDO: No obstante el tipo penal de la exaltación/justificación en la doble modalidad del crimen o de sus autores, en la medida que constituye una figura que desborda la apología clásica del art. 18 , *puede adentrarse en la zona delicada* de la sanción de opiniones, por deleznable que puedan ser consideradas, y, lo que es más



delicado, pueden entrar en conflicto con derechos de rango constitucional como son los derechos de libertad ideológica y de opinión, reconocidos, respectivamente en los arts. 16-1 y 20-1 a) de la Constitución.

Es por ello que reconociendo *la tensión* que existe entre este delito y el derecho a la libre expresión de ideas y libertad ideológica, (como expresamente se reconoce en la sentencia de esta Sala 585/2007 de 20 de junio), la labor judicial, como actividad individualizada que es en un riguroso análisis, caso por caso, habrá de examinar tanto las concretas *frases o expresiones producidas así como la ocasión y el escenario* en el que fueron pronunciadas y, en fin, todas las circunstancias concurrentes, para determinar si está dentro del ámbito del tipo penal o extramuros de él, sin olvidar que el principio *favor libertatis* debe jugar, necesariamente en los casos de duda, ante la naturaleza constitucional de los derechos de libertad de expresión e ideológica que podrían quedar afectados por el tipo penal, derechos que constituyen una de las más acusadas señas de identidad de la Sociedad Democrática.

Todo ello nos lleva a la conclusión de que el delito de exaltación/justificación del terrorismo o sus autores se sitúa extramuros del delito de la apología clásica del art. 18 CP , pero sin invadir ni cercenar el derecho de libertad de expresión. *Zona intermedia* que, como ya hemos dicho, debe concretarse cuidadosamente caso a caso.

¿Cuál es esa zona intermedia? se pregunta la sentencia referenciada 224/2010 .Y a ello se responde que, de acuerdo con la concreta previsión contenida en la Exposición de Motivos de la Ley 7/2000, el **bien jurídico protegido** estaría en la interdicción de lo que el TEDH - SSTEDH de 8 de julio de 1999, Sürek vs Turquía , 4 de diciembre de 2003 , Müslüm vs Turquía -y también nuestro Tribunal Constitucional STC 235/2007 de 7 de noviembre - califica como el **discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas**, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrorizamiento colectivo como medio de conseguir esas finalidades.

Es claramente un plus cualitativamente distinto del derecho a expresar opiniones arriesgadas que inquieten o choquen a sectores de una población, porque la Constitución también protege a quienes la niegan - STC 176/1995 -, y ello es así porque nuestra Constitución no impone un modelo de "democracia militante". No se exige ni el respeto ni la adhesión al ordenamiento jurídico ni a la Constitución. Nada que ver con esta situación es la alabanza de los actos terroristas o la apología de los verdugos.

Como ya dijo esta Sala en la sentencia 633/2002 de 21 de mayo , la opción independentista puede y tiene cabida y legitimidad dentro del pluralismo político, y de hecho hay partidos que sostienen tal ideología y que ostentan responsabilidades políticas en algunas Comunidades Autónomas. Cuestión distinta es, al socaire de una legítima opinión independentista, tratar de imponerla con el indisimulado propósito de exterminar el pluralismo político mediante los más graves actos de aterrorización social.

Esta consciente confusión entre la opción independentista y el exterminio del disidente, tiene una de sus manifestaciones más claras en la **atribución** a los terroristas de ETA la condición **de "presos políticos"** por el entorno social que apoya el terrorismo. Se trata de una burda manifestación de la reinención del lenguaje que constituye uno de los *símbolos de la dinámica terrorista* , que, en ocasiones, de forma inconsciente y por frivolidad acaba formando parte del lenguaje coloquial, de forma tan acrítica como censurable.

En la jurisprudencia reciente, cabe recordar también que la STS 31/2011, de 2 de febrero , decía textualmente que " *en esta clase de delitos es importante, no solo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con los que han sido utilizados*, pues evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de *enaltecimiento del terrorismo* , es preciso determinar con claridad en cual de los posibles significados ha sido utilizado en cada ocasión concreta".

En la sentencia de esta Sala nº 676/2009 de 5 de Junio de 2009 , se abordan hechos relativos a la designación de " *reina y dam a*" de las fiesta de la localidad a dos personas condenadas por delitos de terrorismo relacionados con ETA. Los acusados exhibieron también unas fotos o monigotes, como dice la sentencia, en el salón de Pleno del Ayuntamiento y por las calles de la localidad. La Audiencia Nacional les condenó como autores de un delito de enaltecimiento del terrorismo. La sentencia de casación -ciertamente con un voto particular- desestimó el recurso interpuesto, destacando que se trataba el aplicado de un tipo específico descrito por el Legislador sin tacha de constitucionalidad, consistente en ensalzar, encumbrar o mostrar como digna de honra la conducta de una determinada gravísima actuación delictiva, como es la de los elementos terroristas.



Y que el propio carácter del fenómeno terrorista justifica ampliamente tal previsión legislativa que enfrenta una fenomenología delictiva de enorme importancia social, en la que incluso personas o grupos inicialmente ajenos a la propia actividad ilícita contribuyen a ella, *reforzando su actuación mediante mensajes de justificación y claro apoyo*.

Y se destaca en esta sentencia que, por ello ha de tenerse muy presente que ni se trata en modo alguno de una simple criminalización de opiniones discrepantes ni el fundamento y el bien jurídico protegido en este caso es la defensa de la superioridad de ideas contrarias a aquellas que animan a esta clase de delincuentes, sino que, muy al contrario, la finalidad es combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, *abortando toda clase de justificación y apoyo* para lo que no son sino cumplidos atentados contra la significación más profunda del propio sistema democrático.

Pues bien, situándonos en el sabido contexto en que se producen los hechos objeto de enjuiciamiento, es claro que en el País Vasco existe, desde hace tiempo, una facción criminal que propugna la independencia política respecto del resto del Estado del Reino de España por medios violentos, expresados en asesinatos, estragos, extorsiones y amedrentamientos de los núcleos de población que mayoritariamente han optado por la democracia como medio pacífico de expresión de las ideas. Su rechazo, es obvio, que debe hacerse tanto a través de la necesaria criminalización y castigo, con graves penas, de esas conductas y sus autores, como mediante su expulsión del mundo democrático del que voluntariamente se han apartado al recurrir al crimen como medio de actuar sobre la realidad política.

Y ciertamente, en ese contexto es donde tienen lugar los hechos declarados probados: la colocación por los encausados, actuando de mutuo acuerdo, uno como autor material (Cayetano) y otro (Eladio) en calidad de Concejal encargado de las Fiestas del Consistorio y Presidente de la Comisión de fiestas, en el Programa de fiestas del Ayuntamiento de Guernica del año 2009, de las fotografías de nueve presos -ocho condenados por actividades terroristas de la organización ETA y otro relacionado con actividades del mismo tipo de la citada organización criminal- a cuyo pie en Euskera se insertó el texto " **no podemos ser nada sin ellos**", y en la misma pagina y en el mismo contexto iba impresa una fotografía del miembro de ETA Jorge , desaparecido y hallado muerto en Francia, a cuyo pie de foto figuraban los interrogantes " **¿secuestrado?**", " **¿torturado?**", " **¿asesinado?**". De tales programas se imprimieron 6.000 ejemplares que se repartieron gratuitamente por diferentes establecimientos de la localidad así como en la Oficina de turismo.

Es claro que el objetivo de la inclusión de tales fotografías, por cierto las únicas correspondientes a personas que no ostentan ningún cargo público -en un programa de festejos de la localidad y con el texto con el que se acompañan, no tiene otro fin que la difusión pública de la alabanza y el recuerdo de los mismos, teniendo todos ellos como nexo común al haber sido condenados o procesados por su participación en actividades terroristas, hallándose en el momento de los hechos presos por tales actividades.

Creyendo, en efecto, que el enaltecimiento es la opción directa de quienes deciden, de forma inequívoca ensalzar o alabar, a mayor honra y gloria, a quienes han cometido actos delictivos terroristas y precisamente por haberlos cometido, hay que concluir que se produce la "alabanza de los actos terroristas o la apología de los verdugos" a que se refería la STS 224/2010 , con aquella exposición estática de imágenes al alcance del público y con la publicación en la Web de la reivindicación de su presencia en las fiestas, y su calificación como " *presos políticos*". Tal consideración, como viene a señalar la STS 676/2009, de 5 de junio , "en el contexto de las fiestas patronales de la localidad, tiene un evidente significado de ensalzamiento de las conductas ilícitas cometidas por los condenados por delitos de terrorismo, y de sus autores, por las que se encuentran en la actualidad *en esa situación de cumplimiento* de graves penas. Porque se trata de un claro comportamiento de enaltecimiento de unos terroristas, por el hecho de serlo, de lo que les ha conducido a *su situación de penados* , y, por consiguiente, de las graves actividades delictivas que, en su día, llevaron a cabo."

Y a ello no es obstáculo que las peticiones y los posicionamientos recogieran *también solicitudes* recurrentes, tales como el acercamiento de los presos a cárceles próximas al domicilio familiar, o su amnistía. Como sigue indicando la STS 676/2009 , el alegato exculpatorio queda desautorizado ante la evidencia de unos actos y circunstancias innegables.

En efecto como hemos dicho en SSTs. 1145/2006 de 23.11 , 1688/99 de 1.12 , en la medida en la que la motivación no es parte del concepto de dolo, éste, como se dijo, no puede depender de la concurrencia de circunstancias exteriores que generen un motivo que explique racionalmente la acción. Por ello el dolo no debe confundirse con el móvil pues en tanto que el primero es único e inmediato, el segundo es plural y mediato (amistad, afinidad o discrepancias ideológicas, etc.), de modo que mientras no se incorpore el móvil o animo especial del injusto, no tendrá ningún poderío destipificador y sólo podrá moverse en el ámbito de las atenuantes o agravantes genéricas o específicas que le recojan, (STS. 380/97 de 25.3).



En igual dirección y en casos similares de colocación y difusión de fotografías de presos etarras en casetas, tabernas, programas de festejos, paginas Web, la STS. 299/2011 de 25.4 , no obstante desestimar el recurso del Ministerio Fiscal si declaró que " **la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo penal de referencia, no ofrece dudas...**" y la STS. 523/2011 de 30.5 , también en un pronunciamiento absolutorio, "obiter dicta", recordó : "**partiendo de que no cabe duda, en efecto, de que el hecho de que se proyectasen fotografías de antiguos miembros de la organización criminal "coreando gritos el público a favor de ETA" , sí que podría calificarse de ensalzamiento de dicha banda, de acuerdo con la doctrina de esta Sala elaborada al respecto...**"

TERCERO: No se evidencia tampoco la concurrencia del pretendido "error iuris", sin que esa supuesta "confianza" de los acusados en un futuro pronunciamiento absolutorio constituya un elemento subjetivo del tipo que venga a conjurar la antijuricidad de la conducta descrita. Para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad.

Ciertamente como destaca el Ministerio Fiscal en su informe impugnando el recurso -en la doctrina alemana algún autor ha sostenido que son acciones adecuadas socialmente aquellas determinadas o inducidas intrínsecamente por el ordenamiento ético-social histórico de la vida en sociedad, pero en el momento actual de la sociedad española no puede aceptarse que hechos como los presentes, con la exaltación de personas condenadas por delitos tan graves como el terrorismo, sean acordes con las pautas de comportamiento en el ámbito y momento correspondientes.

En efecto, debemos recordar -como hemos precisado en STS. 363/2006 de 28.3 - el derecho penal se rige por unos principios esenciales, entre ellos, el de legalidad y el de mínima intervención.

El primero se dirige especial a los Jueces y Tribunales. Solo los comportamientos que son susceptibles de integrarse en un precepto penal concreto pueden considerarse infracción de esta naturaleza sin que sea dable incorporar a la tarea exegética ni la interpretación extensiva ni menos aún la analogía en la búsqueda del sentido y alcance de una norma penal. Ello significa que la limitación que la aplicación de este principio supone imponer la exclusión de aquellas conductas que no se encuentran plenamente enmarcadas dentro de un tipo penal o lo que es igual, pretendiendo criminalizar conductas previamente o en su definición dentro del orden jurisdiccional competente, para delimitar dentro de él las conductas incardinadas dentro de esta jurisdicción y establecer la naturaleza de la responsabilidad para, llegado el caso, trasladarlas a este orden jurisdiccional limitativo y restrictivo por la propia naturaleza punitiva y coercitiva que lo preside.

El segundo supone que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico. En este sentido se manifiesta por la STS. 13.10.98 , que se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos. Principio de intervención mínima que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:

a) Al ser un derecho fragmentario en cuanto no se protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son mas importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.

b) Al ser un derecho subsidiario que como ultima ratio, la de operar únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

Ahora bien, reducir la intervención del derecho penal, como ultima "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal.

Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le integra en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos -los llamados "delitos bagatelas" o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social- pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos. Esto último nos debe poner en guardia frente a determinadas demandas que se formulan en nombre del mencionado "principio".



En igual dirección la STS. 1484/2004 de 28.2.2005 , señaló que: "en todo caso, se debe señalar que el principio de mínima intervención no es un principio de la interpretación del derecho penal, sino de la política criminal y que se dirige fundamentalmente al legislador. Se trata de un principio que en el momento de la aplicación del derecho penal se refleja en la posibilidad de una interpretación estricta de la ley penal, que, en las concepciones actuales, significa que el principio de legalidad excluye la generalización del contenido del texto legal basado en la extensión analógica del mismo. El derecho penal vigente no contiene la posibilidad de excluir por razones de oportunidad los hechos de poca significación", lo que, en este caso, ni siquiera se podría plantear dada la entidad y trascendencia del bien jurídico tutelado.

El motivo por lo razonado, se desestima.

CUARTO: Desestimándose el motivo se imponen las costas a los recurrentes (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Cayetano y Eladio** , contra sentencia de 11 de noviembre de 2010, dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda , que les condenó como autores de un delito de enaltecimiento de terrorismo; y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Carlos Granados Perez D. Andres Martinez ArrietaD. Perfecto Andres Ibañez D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la TorreD. Alberto Jorge Barreiro**

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.