

Roj: **STS 3134/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3134**Id Cendoj: **28079120012017100617**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/07/2017**Nº de Recurso: **46/2017**Nº de Resolución: **600/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 25 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra Sentencia núm. 33/2016 de 17 de noviembre de 2016 de la sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dictada en el Rollo de Sala núm. 009/2016 dimanante del P.A. núm. 75/2014 del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 seguido contra mencionado recurrente por un delito de enaltecimiento del terrorismo. Los Excmos. Sres. Magistrados de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo anotados al margen han constituido Sala, bajo la Presidencia del primero de los indicados, para ver y decidir el presente recurso. Han sido partes: como recurrente el Ministerio, y como recurrido el acusado DON Jesús Luis representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Susana Gómez Cebrián y defendido por el Letrado Don Darío Alonso de Hoyos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 3 incoó P.A. núm. 75/2014 por delito de enaltecimiento del terrorismo contra **DON Jesús Luis** y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que con fecha 17 de noviembre de 2016 dictó Sentencia núm. 33/16 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

<< Jesús Luis , es el titular y único usuario del perfil de Twitter " DIRECCION000)", quien efectuó entre el 15 de mayo y el 22 de julio de 2014 las siguientes publicaciones que se podían ver de una manera libre y pública por cualquier usuario de la red social:

- 1.- La imagen del perfil del usuario es el logotipo de la organización ilegalizada ASKATASUNA.
- 2.- Una foto de una bandera de la organización ilegalizada ASKATASUNA, sugiriendo a otro usuario de la red social que utilice esa bandera para protestar por la dispersión de presos de ETA.
- 3.- Una foto de la salida de prisión del miembro de ETA Eduardo , con el texto en euskera ' Eduardo , LIBRE. BIENVENIDO".
- 4.- Una foto del miembro de ETA Landelino , con el texto en euskera "BIENVENIDO Landelino ".
- 5.- Dos fotos del miembro de ETA Landelino . En una de ellas se le ve con un micrófono en una vía pública y detrás una pancarta con el lema "ONGI ETORRI /BIENVENIDO Landelino !". Y en la otra se ve a Landelino descolgando una foto de una pared en la cual se encontraba junto a otros miembros de ETA encarcelados.
- 6.- Una foto de una persona con un ramo de flores bajo un brazo con una pancarta detrás con el nombre " Aureliano " y publica el texto: "El exiliado Aureliano regresó ayer domingo a Deustua dejando atrás 12 años sin pisar su localidad natal".

Aureliano perteneció a la organización terrorista BATASUNA.

7.- El texto "Yo SI odio al PP y al PSE. A mi SI me gustaría ver a cada uno de ellos colgado de un pinar completo".

8.- El texto "siempre con los principios de H.B y Santo ", en referencia al miembro de ETA Daniel (Santo), uno de los principales dirigentes e ideólogos de ETA y defensor de la actividad armada de la organización.

9.- Una foto del miembro de ETA Juan descolgando su fotografía en una *herriko taberna* con el comentario en euskera "Una foto menos en nuestra pared. Bienvenido Juan !".

10.- El texto "EHBILDU condena el ataque a un cajero de Kutxabank. ¿Cómo quieren que se defienda a la ciudadanía de la banca?¿Pidiéndolo por favor? Fariseos".

11.- Una foto con el logotipo de la organización ilegalizada ASKATASUNA y la palabra "AMNISTÍA", con el comentario "Esta es la mía!!!!"

12.- El texto en euskera "ADIÓS Y HONOR SOLDADO REVOLUCIONARIO", con un enlace a un blog titulado "Las otras víctimas" en referencia a los miembros de ETA fallecidos.

13.- Una foto de un "pin" con la imagen del miembro de ETA Daniel (Santo), con el texto en euskera "LA LUCHA ES EL ÚNICO CAMINO!!! VIVA EUSKAL HERRIA LIBRE Y SOCIALISTA!!".

14.- Una foto del miembro de ETA Daniel (Santo) con un texto firmado por Santo que dice : "Condenar cualquier tipo de violencia popular es una brutal necesidad y una muestra clara de incapacidad (por parte de quien la condena) para salirse de las perspectivas ideológicas de la clase explotadora.

15.- Los pueblos no practican la violencia por gusto de hacerlo sino impulsados por la acuciante necesidad de adquirir un derecho humano: el derecho a la libertad en las relaciones sociales. La violencia popular es siempre defensiva frente a la violencia institucionalizada de la clase explotadora y por lo tanto completamente legítima completamente legítima".

16.- El texto en euskera " Carlos Daniel , militante de GRAPO de Baracaldo ha salido a la calle hoy después de haber estado 19 años encerrado. BIENVENIDO".

El acusado creo en su cuenta Twuiter los tuits núms. 1, 2, 3, y 10 siendo el resto bajados de otras cuentas (retwittea) de distintos titulares.

No consta actuación alguna posterior a la publicación de cada uno de los twits, por parte de personas o grupos de personas en reacción de apoyo o solidaridad con los mismos.

El acusado al ser citado para declarar en la Comisaría, procedió a cerrar la cuenta de Twiter en la que dichos tuits habían sido colgados.>>

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

<<Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a:

Jesús Luis del delito por el que venia siendo acusado de enaltecimiento del terrorismo.

Y asimismo procede la declaración de oficio de las costas.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, previa preparación del mismo ante este Tribunal en el plazo de los cinco días siguientes al de la última notificación.

Así por nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.>>

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley por el MINISTERIO FISCAL, que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por el **MINISTERIO FISCAL** se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN** :

Motivo único.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849-1º de la LECRIM por inaplicación indebida del artículo 564.1.1 º y 2.1º (sic) Código Penal .

QUINTO.- Es **recurrido** en la presente causa el acusado **DON Jesús Luis** que solicita la inadmisión del recurso y subsidiariamente su desestimación por escrito de fecha 9 de febrero de 2017.



SEXTO. - Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 22 de junio de 2017 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 11 de julio de 2017; prolongándose los mismo hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Primera, absolvió a Jesús Luis del acusado delito de enaltecimiento del terrorismo, tipificado en el art. 578 del Código Penal .

Frente a dicha decisión judicial, interpone recurso de casación, la representación procesal del Ministerio Fiscal, mediante un motivo único, al amparo de lo autorizado en el art. 849- 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación indebida del artículo 564.1.1 º y 2º.1ª (sic) del Código Penal , queriendo referirse sin duda al art. 578.

El Ministerio Fiscal había acusado a Jesús Luis por los mensajes cortos o "tweets", que efectuó o reenvió entre el 15 de mayo y el 22 de julio de 2014.

La sentencia recurrida construye su decisión absolutoria tomando en consideración que los mensajes publicados no suponían enaltecimiento del terrorismo, por no reunir los requisitos, ni objetivos ni subjetivos del tipo penal, al no suponer riesgo alguno para el bien jurídico protegido.

Se hace constar expresamente que «en cuanto al elemento subjetivo del tipo, cabe decir que no hay constancia de que la misma haya sido realizada para la motivación de otras conductas ajenas en orden a la perpetración de actos de carácter terrorista».

La introducción de tal ánimo, o elemento subjetivo, impide ya, de antemano, la revocación del fallo de instancia, sin la audiencia del acusado ante esta extraordinaria instancia casacional, lo que no resulta previsto, conforme a lo ya tomado en consideración en nuestro Acuerdo Plenario de fecha 19 de diciembre de 2012 ("la citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley").

SEGUNDO.- El delito definido en el art. 578 del Código Penal , en su redacción original, dada por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, contiene dos conductas claramente diferenciadas: a) el enaltecimiento o justificación del terrorismo, en su aspecto dinámico o delictivo; b) la humillación de las víctimas del terrorismo.

Ambas conductas tienen una finalidad diferente. Mediante la primera, se tipifican aquellas expresiones que alaben las acciones terroristas, bajo el fundamento de que propician o pueden propiciar su perpetración, y ponen en riesgo a la sociedad, procedente de individuos que pueden atentar contra los valores más sustanciales de nuestra convivencia. Cuando se enaltece, se está induciendo a la comisión de acciones terroristas. La segunda modalidad delictiva, por el contrario, protege el honor de las víctimas, de tal manera que incrimina las expresiones injuriantes que supongan humillación, mofa, descrédito o desprecio de tales víctimas, por el solo hecho de serlo, de manera que se las vilipendia de forma servil a los intereses por los que se guía el terror. Aquí no hay riesgo de comisión delictiva, sino puro y simple desprecio y humillación.

Ambas conductas han merecido la atención del legislador nacional, para integrarse como acciones delictivas, con el castigo de pena privativa de libertad.

Como dice la STS 378/2017, de 17 de mayo , es de cita hoy ya ineludible la Directiva de la UE 2017/541 cuyo «considerando (10)» establece: Los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población. Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. En cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional.

Lo que se repite en la STS 560/2017, de 13 de julio .

TERCERO.- Conforme a lo que ya hemos declarado en nuestra STS 378/2017, de 25 de mayo de 2017 , el examen del tipo penal del artículo 578 ha de circunscribirse en relación con este recurso a una de sus dos modalidades típicas. La justificación de hechos constitutivos de terrorismo o al enaltecimiento de quienes participaron en los mismos. Queda pues fuera de nuestro examen, y no es objeto de acusación, la modalidad

relativa a la humillación de las víctimas, por lo demás de contenido y antijuridicidad sin duda diversa, como antes hemos dicho.

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

El tipo exige formalmente una actuación del sujeto que suponga justificar delitos de terrorismo o enaltecer a los que hayan participado en ellos. Es decir proclamar que aquellos hechos tipificados como delitos deban considerarse admisibles y no censurable si no obstante su consideración legal, o decir alabanzas de quien se considera partícipe en su ejecución o atribuirle cualidades de gran valor precisamente, se sobreentiende, por razón de tal participación.

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

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

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

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

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

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

Y advierte de la trascendencia de esa exigencia como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad del tipo penal. Por lo que concluye: la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el artículo 578, supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

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

CUARTO.- Desde esta última perspectiva, esto es, de la motivación, ya hemos expresado que la Audiencia deja constancia de que «en cuanto al elemento subjetivo del tipo, cabe decir que no hay constancia de que la misma haya sido realizada para la motivación de otras conductas ajenas en orden a la perpetración de actos de carácter terrorista».

Pues, bien, desde el prisma del elemento objetivo se observa igualmente que no existe el riesgo con que debe ser interpretado el tipo, tanto desde la perspectiva constitucional, a que hace referencia la STC 112/2016, de 20 de junio, ni desde la óptica de la Directiva de la UE 2017/541 (citada).

En efecto, los mensajes creados por el acusado, son cuatro: el primero, una imagen del perfil del usuario, con el logotipo de la organización ilegalizada ASKATASUNA. Esto mismo, no es constitutivo de enaltecimiento del terrorismo. El segundo, una foto de la bandera de tal organización, "sugiriendo a otro usuario de la red social que utilice esa bandera para protestar por la dispersión de presos de ETA". Tal sugerencia no puede ser considerada como apología de terrorismo, sino una opinión en contra de la dispersión denunciada en el «tweet», sin connotaciones de enaltecimiento. El tercer mensaje, está constituido por un foto en donde se muestra la salida de prisión del miembro de ETA, Eduardo, con el texto en euskera: "Eduardo, LIBRE, BIENVENIDO". Tampoco puede considerarse un acto apologético, aunque se exprese un acto de alegría personal por tal liberación; pero en sí mismo, no es un acto de enaltecimiento. Y finalmente, el cuarto mensaje, sitúa el texto "EHBILDU condena el ataque a un cajero de Kutxabank", con la siguiente pregunta: "Cómo quieren que se defienda a la ciudadanía de la banca?, ¿pidiéndolo por favor? Fariseos". En realidad, en este mensaje tampoco puede detectarse enaltecimiento alguno del terrorismo, sino una opinión, amparada por la libertad de expresión del acusado.

Estos son los mensajes propios, esto es, de elaboración por el acusado. Los demás, son un reenvío. No quiere decir que el reenvío no pueda ser considerado como una actividad delictiva, en caso de que concurran los requisitos objetivos necesarios para colmar el tipo legal, sino que en los casos de reenvío las circunstancias del caso concreto se deben extremar, en tanto que la reflexión, desde el punto de vista del elemento subjetivo, puede quedar más desvanecida.

Analizando, pues, con esa óptica el resto de los mensajes, pueden ser considerados opiniones más que alabanzas o apología del terrorismo. Se limitan a pedir amnistía para los presos de ETA, se celebra la libertad de tales presos, se remiten a enlaces de otras cuentas o artículos en la red, se empatiza con los principios "de HB y Santo", y se reprochan los del PP o del PSOE; o se ofrecen opiniones: *la violencia popular es siempre defensiva frente a la violencia institucionalizada de la clase explotadora y por lo tanto completamente legítima*. No puede ser tomada esta frase como enaltecimiento del terrorismo, sino como una manifestación del derecho a la libertad de expresión.

QUINTO.- Refuerza esta idea del caso por caso, nuestra STS 224/2010, de 3 de marzo, que precisa: *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 deleznales 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. 16-1º y 20-1ºa) 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 (...) 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.

SEXTO.- En suma, las expresiones que se contienen en los mensajes, aun siendo algunas de ellas de mal gusto, no entrañan el riesgo que exige la jurisprudencia constitucional, y la de esta propia Sala, de provocar acciones terroristas, riesgo también asumido por la Directiva de la UE 2017/541. Este riesgo no se encuentra naturalmente presente en la otra modalidad prevista en el art. 578 del Código Penal, esto es, la humillación de las víctimas del terrorismo, tipo delictivo que tiene como fundamento vilipendiar a quien ya ha sido objeto de un ataque terrorista, o bien a sus familiares, aumentando aun más si cabe el dolor que produce el terror, y con el que ningún "riesgo" puede ser confundido para su perpetración.



En el caso enjuiciado, las expresiones analizadas, dada la zafiedad de sus aseveraciones, no suponen amenaza alguna ni riesgo inherente al bien jurídico protegido, por lo que debe ser desestimado el recurso.

Recurso de similares características, ha sido desestimado, mediante STS 560/2017, de 13 de julio, también interpuesto por el Ministerio Fiscal.

SÉPTIMO.- Como consecuencia de lo dispuesto en el art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativo a los recursos del Ministerio Fiscal, se declaran de oficio las costas procesales de esta instancia casacional.

FALLO

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

1º.- DESESTIMAR el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra Sentencia núm. 33/2016 de 17 de noviembre de 2016 de la sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. **2 º.- DECLARAR DE OFICIO** las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso., **3º.- COMUNICAR** la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Andres Palomo Del Arco **Carlos Granados Perez Juan Saavedra Ruiz**