

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 948/2016, de 15 de diciembre de 2016

Sala de lo Penal

Rec. n.º 999/2016

SUMARIO:

Delitos de terrorismo. Enaltecimiento del terrorismo. Discurso del odio. Enaltecimiento del terrorismo a un joven que publicó en Facebook mensajes en los que elogiaba a ETA e ironizaba con matar a policías. Las frases publicadas en Facebook por el acusado, sobre todo tres de ellos, contienen una manifestación del discurso del odio al propiciar y alentar una incitación o provocación, aunque sea indirecta, a la violencia terrorista, generando de esta forma una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. Pues en algunas de ellas se hace una invitación a la pugna política por medios violentos al mismo tiempo que se justifica el uso de la violencia realizado en épocas recientes mediante atentados terroristas como sistema para solventar las discrepancias ideológicas y políticas. Trasluciéndose en diferentes mensajes un discurso del odio y de desprecio para las víctimas (elemento subjetivo) que legitima la intervención de la norma penal que encaja en el tipo aplicado, artículo 578 del Código Penal, ya que exalta y sobre todo justifica la lucha violenta terrorista de forma genérica y no cabe duda de que las imágenes y el texto que las acompaña constituyen una justificación y una exhortación a favor de los métodos terroristas como procedimiento idóneo y legítimo para luchar contra el Estado. El enaltecimiento/justificación del art. 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su naturaleza genérica, sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito concreto. La barrera de protección se adelanta por tanto, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los ejecutaron.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 18, 578 y 579.
Constitución Española, arts. 16, 20, 24 y 120.3.
Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 248.3.
Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 142.2.

PONENTE:

Don Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Diciembre de dos mil dieciséis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Primera, de fecha 11 de marzo de 2016 . Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrente, el



acusado Lorenzo , representado por la procuradora Sra. Sainz de Baranda Riva. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado Central de Instrucción número 3 instruyó Procedimiento Abreviado 44/2014, por delito de enaltecimiento del terrorismo contra Lorenzo , y lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal cuya Sección Primera dictó en el Rollo de Sala 1/2016 sentencia en fecha 11 de marzo de 2016 con los siguientes hechos probados:

"1.- Probado y así se declara como Lorenzo , mayor de edad, nacido el NUM049 de 1981, DNI NUM050 y con antecedentes penales cancelables de oficio, desde el año 2010 hasta el año 2014, mediante el perfil de Facebook " Santo " cuya url de conexión es DIRECCION011 publicó, sin ningún tipo de restricción de privacidad y de modo habitual, los siguientes mensajes e imágenes:

1.1.- Fotografía del miembro de ETA Jesús con las expresiones ¡libertad¡ ¡solidaridad revolucionaria, en contra del imperialismo español y por la independencia del país vasco!

1.2.- Imágenes con la inscripción "Preso politikoak Askatu¡ (preso político a casa) Etxean Nahi Ditugu (los queremos en casa) Gora Euskal Herria Askatuta (Viva Euskal Herria libre)

1.3.- Imagen consistente en gran pancarta con la inscripción Amnistía ETA Askaa suna (Amnistía y libertad) y una estrella roja como símbolo utilizado por la organización ilegalizada EKIN.

1.4.- Imagen con el emblema de la organización terrorista ETA formado por el hacha y la serpiente entrelazada y su nombre EUSKADI TA ASKATASUNA sobre el mapa de Euskal Herria y los colores de la bandera ikurriña.

1.5.- Imagen de dos miembros de la organización terrorista ETA que visten el atuendo utilizado durante sus apariciones públicas formado por la boina negra, capucha blanca que oculta el rostro y jersey negro con logotipo de ETA- Bioetan Jarrai y al fondo el anagrama de ETA formado por el hacha y la serpiente entrelazada con las leyendas ETA y Bietanjarrai.

1.6.- Imagen de varios miembros de la organización terrorista ETA armados y con el rostro oculto por capuchas sobre fondo con bandera ikurriña y el anagrama de ETA, hacha y serpiente entrelazada en color negro y la leyenda EUSKADI TA ASKATASUNA en color verde.

1.7.- Foto con el anagrama de los grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre (GRAPO)

1.8.- Imagen de dos individuos encapuchados portando cócteles molotov y sujetando un cartel con el emblema de G.O.R.A (Grupos Organizados de Resistencia Antifascista) y la leyenda KONTRA EL ESTADO TERRORISTA GORA.

1.9.- Imagen de policías envueltos en llamas con comentarios "KE BIEN ARDE.... LA MADERA JEJEJEJE..."

1.10.- Imagen de varios individuos sujetando una bandera de España que arde con el comentario "KE BEN ARDE... A FILLA DE PUTA... QUE BIEN ARDE LA HIJA DE PUTA..."

1.11.- Imagen del anagrama de la organización terrorista "Resistencia Galega"



www.civil-mercantil.com

1.12.- Publicación del comentario (Traducido: viva resistencia Galega en lucha... patriotas gallegos-as. Por la libertad de Galicia... ahora y siempre... resistencia... y lucha... hasta el objetivo y conclusión "fial" Galicia libre"

1.13.- Imagen de dos individuos encapuchados sujetando una bandera de España en llamas.

1.14.- El día 21 de diciembre de 2012 comparte imagen del fallecido miembro histórico de la organización terrorista ETA, Virgilio , alias Orejas , con una estrella de cinco puntas.

1.15.- Imagen extraída de una película sobre el atentado terrorista contra el Almirante Alexis con el comentario "volandoooo voyyyy...volando vengoooo"

1.16.- Comentario "Gora euskadi ta askatuta... gora euskal Herria sozialista, viva Euskadi ta askatasuna (ETA).. viva euskal herria socialista."

1.17.- Vídeo correspondiente al Ongi Etorri de la miembro de ETA Herminia tras su salida de la cárcel.

1.18.- Vídeo titulado Jo ta ke sobre acciones de lucha callejera o Kale borroka y atentados contra agentes de la autoridad.

1.19.- Fotografías con la leyenda Independencia socialismo y la estrella de cinco puntas el anagrama de ETA compuesto por el hacha y la serpiente entrelazada, y un miembro de ETA encapuchado.

1.20.- Imagen del acusado junto a un dibujo de una esvástica y la inscripción G.O.R.A.

1.21.- Imagen de 5 miembros de la organización terrorista Terra Wure con la leyenda (traducida: en memoria de los patriotas muertos en combate)

1.22.- Imagen publicada por GORA de dos miembros de la organización terrorista ETA con sus rostros ocultos por capuchas con la figura de un gudari armado y sello de ETA/ euskadi Askatasuna

1.23.- Vídeo entrevista Everardo

1.24.- Comentario: "matar fachas y Txakurras no es delito...es mi deporte favorito"

1.25.- Imagen de los miembros de la organización terrorista ETA Leon , alias Raton e Sergio , alias Gamba con la estrella de cinco puntas, la leyenda Adiós y Honor y la silueta de dos gudarís armados junto a la bandera ikurriña y el anagrama de Askatasuna.

1.26.- Imagen del manual de la organización terrorista ETA Ikusi eta Ikasi (Mira y aprende. Manual básico de armas y explosivos de ETA).

1.27.- Imágenes de miembros de miembros (sic) de la organización terrorista ETA, de actos de kale borroka o de actos de la ilegalizada Herri Batasuna".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a Lorenzo como autor criminalmente responsable de un delito de enaltecimiento del terrorismo del que venía siendo acusado, a la pena de un año de prisión e inhabilitación absoluta por un tiempo de ocho años superior al de la pena privativa de libertad, condenándole finalmente al pago de las costas.

Notifíquese la presente sentencia al acusado, a su representación procesal y al Ministerio Fiscal, con indicación de que contra la misma cabe interponer recurso de casación para ante la Sala Segundo Tribunal Supremo en el término de cinco días, a contar desde la última notificación".



www.civil-mercantil.com

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por Lorenzo que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr , por vulneración al derecho de la presunción de inocencia de nuestro poderdante, consagrado en el art. 24.2 de la Constitución Española . SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de nuestro poderdante, consagrado en el art. 24.1 de la Constitución, en relación con el art. 120.3 del mismo texto legal . TERCERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr , por violación del derecho al Juez natural predeterminado en la Ley, consagrado en el art. 24 de nuestra Constitución . CUARTO.- Por infracción de ley, al amparo de lo preceptuado en el art. 849 -1º de la LECr , cuando dados los hechos que se declaren probados en sentencia, se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo. QUINTO.- Al amparo de lo preceptuado en el art. 849 nº 2 de la LECr , cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos de prueba.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento ha tenido lugar la vista prevenida el día 22 de noviembre de 2016, con la asistencia del Letrado D. Íñigo Cobo Martínez de Murguía en defensa de Lorenzo que informa manteniendo el recurso interpuesto y ratificándose en su escrito y el Ministerio Fiscal que impugna el recurso y da por reproducido su escrito, habiendo continuado la deliberación que finalizó el día 1 de diciembre.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Preliminar.

La Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó, en sentencia dictada el 11 de marzo de 2016 , a Lorenzo como autor criminalmente responsable de un delito de enaltecimiento del terrorismo, a la pena de un año de prisión e inhabilitación absoluta por un tiempo de ocho años superior al de la pena privativa de libertad, condenándole finalmente al pago de las costas.



Los hechos objeto de condena se resumen, a efectos de introducción, en que el acusado, Lorenzo , desde el año 2010 hasta el año 2014, mediante el perfil de Facebook " Santo " cuya url de conexión es DIRECCION011 publicó, sin ningún tipo de restricción de privacidad y de modo habitual, entre otros, los mensajes e imágenes que se consignan a continuación respetando la enumeración de la sentencia recurrida:

1.6.- Imagen de varios miembros de la organización terrorista ETA armados y con el rostro oculto por capuchas sobre fondo con bandera ikurriña y el anagrama de ETA, hacha y serpiente entrelazada en color negro y la leyenda " Euskadi Ta Askatasuna" en color verde.

1.8.- Imagen de dos individuos encapuchados portando cócteles molotov y sujetando un cartel con el emblema de G.O.R.A (Grupos Organizados de Resistencia Antifascista) y la leyenda " Kontra el Estado Terrorista Gora" .

1.9.- Imagen de policías envueltos en llamas con comentarios " Ke bien arde... la madera jejeje..."

1.12.- Publicación del comentario (Traducido: viva resistencia Galega en lucha... patriotas gallegos-as. Por la libertad de Galicia... ahora y siempre... resistencia... y lucha... hasta el objetivo y conclusión "fial" Galicia libre

1.18.- Vídeo titulado Jo ta ke sobre acciones de lucha callejera o Kale borroka y atentados contra agentes de la autoridad.

1.24.- Comentario: "matar fachas y Txakurras no es delito...es mi deporte favorito".

1.26.- Imagen del manual de la organización terrorista ETA Ikusi eta Ikasi (Mira y aprende. Manual básico de armas y explosivos de ETA).

1.27.- Imágenes de miembros de la organización terrorista ETA, de actos de kale borroka o de actos de la ilegalizada Herri Batasuna".

Contra la referida condena recurrió en casación la defensa del acusado, formalizando un total de cinco motivos, a los que se opuso el Ministerio Fiscal.

Primero.

1. Razones de orden metodológico y sistemático en el ámbito procesal y también de claridad en la exposición nos llevan a reordenar los motivos del recurso a los efectos de su examen en esta instancia. De modo que se comenzará por los que atañen a aspectos procesales, para proseguir después por los que corresponden al apartado probatorio de la sentencia, y terminar, finalmente, por las cuestiones de derecho penal sustantivo que suscita la parte recurrente.

2. Comenzaremos, pues, examinando el motivo tercero , en el que denuncia la defensa del acusado, con sustento procesal en el art. 852 de la LECr ., la infracción del derecho al juez natural predeterminado en la ley , acogido en el art. 24.2 de la Constitución .

Como fundamento de la impugnación sostiene la parte que el Ministerio Fiscal solicitó una pena de dos años de prisión y una inhabilitación absoluta de 8 años por la comisión del delito de enaltecimiento del terrorismo, dictándose un auto de apertura de juicio oral el 7 de octubre de 2015 en el que se atribuyó la competencia para conocer del juicio oral a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional , decisión que no se correspondería con la cuantía de las penas solicitadas para el acusado, ni tampoco con las que se establecen en el art. 578 del C. Penal para el referido delito (de uno a dos años de prisión, según la redacción anterior a la reforma legal del año 2015). Por lo cual, concluye la defensa del acusado que el órgano judicial a quien ha de atribuirse la competencia para el enjuiciamiento ha de ser el Juzgado Central de lo Penal.



www.civil-mercantil.com

El argumento impugnatorio que se formula en el recurso carece de una razón de base que permita asumirlo, pues el delito que se imputa al acusado no sólo figura castigado con la pena de uno a dos años de prisión, sino que también conlleva, según se establece en el art. 579.2 del C. Penal (redacción anterior a la reforma del año 2015), una pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

Por consiguiente, la pena en abstracto que corresponde al tipo penal aplicable al acusado rebasa claramente los diez años de inhabilitación absoluta, que es el límite competencial de los Juzgados de lo Penal para poder imponer esa pena (art. 14.3 de la LECr).

La defensa del acusado adujo en la vista oral del recurso que esa pena tiene carácter accesorio y que por lo tanto ha de primar para el cómputo competencial la pena privativa de libertad. Sin embargo, el alegato no es correcto, pues la pena de inhabilitación absoluta que prevé la norma es una pena principal y opera como tal, careciendo del carácter de pena accesoria que erróneamente le atribuye la defensa.

Así las cosas, es claro que el motivo no puede prosperar.

Segundo.

1. En el primer motivo invoca la defensa, por el cauce procesal del art. 852 de la LECr ., la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al estimar la parte que no concurre prueba de cargo suficiente para enervar la presunción constitucional.

Argumenta el recurrente para apoyar su tesis que accedía a su perfil de Facebook, denominado " Santo ", en compañía de varios amigos, quienes habían así tenido la posibilidad de conocer sus claves, sin que ello signifique que se las hubiera proporcionado el propio acusado. Por lo tanto, señala la defensa, el hecho de que fuera el titular del perfil y el que tuviera su poder de gestión no quiere decir que fuera él quien lo utilizara para publicar los mensajes penalizados. La conclusión inculpativa estaría pues basada en meras sospechas contra el reo que no excluyen la contra-hipótesis que formula el acusado.

2. Las alegaciones de la defensa sobre la presunción de inocencia nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia, con contradicción de partes, pruebas de cargo válidas y con un significado inculpativo suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 137/2005 , 300/2005 , 328/2006 , 117/2007, 111/2008 y 25/2011 , entre otras).

En el presente caso es patente que sí concurre prueba de cargo enervadora de la presunción de inocencia, dado que el argumento exculpativo que esgrime el recurrente para excluir su autoría delictiva carece de una base mínimamente razonable.

En efecto, una vez que se admite que el acusado es el titular del perfil de Facebook en el que se vierten las frases sobre las que se sustenta la condena y que además era él quien lo utilizaba, la alegación que formula la defensa referente a la hipótesis de que un tercero pudiera haber accedido a su perfil y colgar en la red social la información delictiva, ha de considerarse



www.civil-mercantil.com

como una mera elucubración carente de toda verosimilitud y razonabilidad. Pues esa hipótesis pudiera tener algún indicio favorable para su admisibilidad en el caso de que hubiera sido un solo mensaje el que se colgó en la red social, pero no cuando los mensajes son numerosos y escalonados en el curso de un dilatado espacio de tiempo. Y este último supuesto es el que aquí concurre, por lo que sólo cabe inferir que en el caso de que fueran los amigos o conocidos del acusado los que hubieran la conducta, sólo cabría colegir de ello que fue ejecutada con el asentimiento y connivencia del acusado, contingencia que no excluiría su responsabilidad delictiva.

Así las cosas, la presunción de inocencia debe considerarse enervada y el motivo por tanto rechazado.

Tercero.

El motivo segundo lo dedica el impugnante a alegar, también bajo la cobertura del art. 852 de la LECr ., la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva de la falta de motivación de la sentencia (arts. 24.1 y 120.3 CE).

El déficit de motivación lo postula la parte con el argumento de que el Tribunal sentenciador selecciona ocho mensajes entre los 27 que se consignan en la premisa fáctica, esgrimiendo en la fundamentación jurídica que son esos ocho (ver supra el fundamento preliminar de esta resolución) los que resultan catalogables como delito, sin que se expongan las razones por las que esos sí son considerados delictivos y no así los 19 restantes.

Para dirimir la queja del recurrente debemos partir de la premisa previa de que, según afirma la STC 33/2015, de 2 de marzo , con remisión a la sentencia 178/2014, de 3 de noviembre , el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Asimismo, no debe olvidarse que la razón última que sustenta este deber de motivación, en tanto que obligación de exteriorizar el fundamento de la decisión, reside en la interdicción de la arbitrariedad y la necesidad de evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador, sino una decisión razonada en términos de Derecho (SSTC 24/1990, de 15 de febrero ; 35/2002, de 11 de febrero ; 42/2004, de 23 de marzo ; y 331/2006, de 20 de noviembre , entre otras).

Pues bien, en el presente caso esas exigencias de motivación sin duda se cumplimentan. Lo determinante y necesario al respecto es que la Sala de instancia justifique que los mensajes sobre los que se fundamenta la condena difunden un enaltecimiento del terrorismo, y sobre tal particular sí razona el Tribunal sentenciador. La parte considera que ello no es suficiente, pues tenía que argumentar también por qué estima la Audiencia que esos sí resultan delictivos y no en cambio los 19 restantes.

Frente a esa alegación debe replicarse que no cabe excluir la posibilidad de que alguno de los mensajes excluidos por el Tribunal tuviera un contenido también punible, dado que nos movemos dentro de un tipo penal que contempla la publicación de expresiones o manifestaciones delictivas, lo que genera sin duda unos márgenes de tipicidad que conllevan necesariamente ciertas connotaciones de circunstancialidad al deslindar el radio de acción de la norma penal.

Sin embargo, resulta indiscutible que el hecho de que algún otro mensaje pudiera incluirse también dentro del círculo que abarca el tipo penal no quiere decir que cuando menos algunos de los que se destacan en la sentencia no resulten punibles. Por lo cual, la omisión del análisis comparativo entre ambos grupos de mensajes que resalta y denuncia en su impugnación la defensa como una falta de motivación no puede calificarse como vulneradora



www.civil-mercantil.com

del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues para considerar cumplimentadas las exigencias de la norma constitucional es suficiente con fundamentar que las expresiones seleccionadas por el Tribunal sentenciador sí son subsumibles dentro del precepto penal sustantivo que se plasma en la sentencia (art. 758).

En consecuencia, el motivo se desestima.

Cuarto.

1. En el motivo cuarto, al amparo de lo establecido en el art. 849.1º de la LECr., se invoca la infracción del art. 578 del C. Penal, precepto que castiga el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 del texto punitivo 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.

Alega la parte recurrente que no se describen en el relato fáctico de la sentencia impugnada los hechos integrantes del elemento subjetivo del tipo penal. Considera la defensa que esa falta de concreción incumple lo dispuesto en el art. 248.3 de la LOPJ y en el art. 142.2 de la LECr., pues los datos fácticos que han de subsumirse en la norma penal no pueden darse por sobreentendidos ni ser debatidos después en la fundamentación jurídica. En virtud de lo cual, acaba concluyendo que el fallo es incorrecto por referirse a unos hechos que no pueden ser subsumibles en el art. 578 del C. Penal, ya que no se especifica en la premisa fáctica el ánimo del acusado fuera el de enaltecer o justificar actos de terrorismo o de quienes hubieran podido cometerlos o de menospreciar o humillar a las víctimas.

2. En la sentencia 587/2013, de 28 de junio, con remisión a otros precedentes de esta Sala (SSTS 1366/2009, de 21-12; 597/2010, de 2-6; 299/2011, de 25-4; 523/2011, de 30-5; y 180/2012, de 14-3, entre otras), se afirma que el delito del artículo 578 del Código Penal prevé la inclusión de una actividad como el enaltecimiento o la justificación en relación con las figuras delictivas comprendidas en los artículos 571 a 577, y de quienes hayan participado en su ejecución; tipos, todos ellos, incluidos dentro del Capítulo dedicado a las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo, comprendiendo tanto la promoción y constitución de organizaciones terroristas como los delitos de estragos, los depósitos de armas, municiones y explosivos, los delitos cometidos con la finalidad de subvertir el orden constitucional, los que se denominan como atentados contra el patrimonio, los actos de colaboración activa, como la recaudación de fondos o financiación, e incluso aquellos cometidos por quienes, sin pertenecer a organización terrorista, realicen actos encaminados a atemorizar a miembros de una población o de un colectivo social, político o profesional.

Por lo que se refiere al bien jurídico protegido por este delito, la propia Exposición de Motivos de la Ley 7/2000 incide en que 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, sino que consiste en algo "tan sencillo como perseguir la exaltación de métodos terroristas", realizada mediante actos "que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal".

Establece la referida jurisprudencia que el fundamento de este tipo penal se ubica en la interdicción de lo que el TEDH - SSTEDH de 8 de julio de 1999, *Sürek vs Turquía*; y 4 de diciembre de 2003, *Müslüm Gündüz vs Turquía*- y también el Tribunal Constitucional - STC 235/2007, de 7 de noviembre - califican como el "discurso del odio", es decir, la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no puede ampararse dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica en la medida en la que el terrorismo



www.civil-mercantil.com

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 aterrizamiento colectivo como medio para conseguir esas finalidades.

Y en cuanto a los elementos que integran esta infracción se citan los siguientes:

1º La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica el delito de terrorismo. Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Justificar aquí supone presentar o hacer aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que es un claro comportamiento criminal de carácter terrorista.

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; o b) cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa recordar a este respecto que no es necesario identificar a una o a varias de tales personas, pues puede cometerse también en referencia a un colectivo genérico de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

3º Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión o difusión que otorgue cierta publicidad, como puede ser un periódico, un acto público o un lugar con numerosa concurrencia.

Por lo demás, la conducta del art. 578 del C. Penal ostenta una sustantividad independiente de la apología contemplada en el artículo 18 del Código Penal, aunque no se puede desconocer que el enaltecimiento es una forma específica de apología. En tal sentido, la apología del art. 18, de acuerdo con el propio tenor del tipo, exige una invitación directa a cometer un delito concreto, y sólo entonces resultará punible. Lo mismo que puede predicarse del art. 579 CP, que se refiere a la provocación, conspiración y proposición para la comisión de acciones terroristas específicas.

Por el contrario, el enaltecimiento/justificación del art. 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su naturaleza genérica, sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito concreto. La barrera de protección se adelanta por tanto, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los ejecutaron.

En apoyo de esta teoría de la sustantividad de esta específica apología "in genere", operaría definitivamente 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.

3. La traslación al caso concreto de la doctrina jurisprudencial del art. 578 nos lleva a refrendar el juicio de subsunción que hace la Sala de instancia.

Comenzando nuestro análisis por el elemento objetivo del tipo penal, en el "factum" de la sentencia recurrida se afirma que en uno de los mensajes se ve la imagen de dos individuos encapuchados portando cócteles molotov y sujetando un cartel con el emblema de G.O.R.A (Grupos Organizados de Resistencia Antifascista) y la leyenda "Kontra el Estado Terrorista Gora".

Se está, pues, ante un mensaje mediante el que se exalta y sobre todo se justifica la lucha violenta terrorista de forma genérica, que es el comportamiento típico que se contempla en el art. 578 del C. Penal, a diferencia, según se dijo, de otros preceptos en que se pena la exaltación o la exhortación a la ejecución de conductas concretas comprendidas en los tipos



www.civil-mercantil.com

penales de terrorismo (arts. 18 y 579 del C. Penal). Pues no cabe duda que el conjunto de las imágenes y el texto que las acompaña constituyen una justificación y una exhortación a favor de los métodos terroristas como procedimiento idóneo y legítimo para luchar contra el Estado.

En otra imagen se aprecia a unos policías envueltos en llamas, acompañada con el comentario " Ke bien arde.... la madera jejeje... ".

Este segundo mensaje publicado a través de la red social justifica mediante un comentario jocoso los atentados contra los funcionarios policiales que actúan en el País Vasco, al mismo tiempo que menosprecia y humilla a las víctimas policiales que han sido objeto de atentados en el curso de su enfrentamiento con la organización terrorista ETA.

Y en lo que respecta a la publicación de la frase " matar fachas y Txakurras no es delito...es mi deporte favorito ", es claro que banaliza y justifica los atentados mortales contra las fuerzas de seguridad en el País Vasco, dado que el término "Txacurra" en vasco significa perro, y es utilizado en el lenguaje coloquial del entorno terrorista para referirse peyorativamente a los agentes que intervienen en la lucha antiterrorista en el referido territorio.

Así pues, resulta patente que concurre en el presente caso el elemento objetivo del tipo penal con respecto a algunas de las frases publicadas por el acusado.

4. De todas formas, el objeto nuclear de su impugnación lo centra la defensa en la ausencia del elemento subjetivo del tipo penal, enfocando el problema desde una perspectiva más bien procesal, al alegar, tal como ya se anticipó, que en los hechos declarados probados no se describe la existencia del ánimo con que actuó el acusado, omisión que determinaría la exclusión del tipo penal al no poder operar en el juicio de subsunción sin la referencia previa al componente subjetivo de la conducta del acusado: el ánimo de enaltecer o justificar los actos de terrorismo o de quienes hubieran podido cometerlos, o de pretender humillar o menospreciar a las víctimas.

Este Tribunal ha manifestado en resoluciones precedentes que los elementos subjetivos de los tipos penales que se acreditan mediante juicios de inferencia pueden considerarse como hechos psíquicos insertables en la narración fáctica de la sentencia, aunque en la práctica también se acude a la opción tradicional de recoger en el " factum " sólo los datos objetivos externos que permiten colegir el hecho psíquico a través de un juicio de inferencia. Así, en las sentencias 120/2008, de 27-2 , 778/2007, de 9-10 , y 202/2008, de 5-5 , se afirma que los elementos subjetivos deben deducirse de datos externos y objetivos que constan en el relato fáctico y su ubicación más correcta está entre los fundamentos jurídicos. En otras resoluciones se considera, en cambio, más correcto metodológicamente insertar en la narración fáctica las expresiones que describen los elementos subjetivos del tipo penal, puesto que se consideran proposiciones asertivas mediante las que se afirman hechos psíquicos (SSTS 1657/2001, de 26-9 ; 35/2006, de 23-1 ; 5/2008, de 21-1 ; 209/2008, de 28-4 ; y 86/2009, de 30-1).

Como recuerda la sentencia de este Tribunal 1657/2001, de 26 de septiembre , la consagración del criterio jurisprudencial de asignar a los hechos psíquicos la condición de juicios de valor y de insertarlos por tanto en el ámbito de los fundamentos jurídicos -en el marco de un recurso de casación informado por la drástica interdicción de acceso al examen de la cuestión probatoria (salvo en el supuesto del art. 849,2º LECrim .)- tenía como finalidad abrir esta instancia a la supervisión y análisis de supuestos en los que se hubiera advertido un error de apreciación al determinar la intención del agente, con la consiguiente injusticia de la condena. Para ello, y con objeto de no quebrar el principio de neta separación de la quaestio facti y la quaestio iuris que está en la base del recurso de casación, se optó por tratar el elemento intencional de la conducta como dato jurídico, a concretar mediante una inferencia deductiva a partir de los auténticos hechos.



www.civil-mercantil.com

Sobre los conocidos jurisprudencialmente como juicios de valor se argumenta en la sentencia 748/2009, de 29 de junio, que tal doctrina jurisprudencial ha sido cuestionada, en primer lugar, en lo que concierne a su propia denominación, por cuanto al hablar del juicio de valor se genera cierta equivocidad en orden a su propia naturaleza, al dar a entender que atañe a criterios valorativos o prescriptivos, como si se tratara de proposiciones carentes de todo referente empírico a las que se les pudiera atribuir un ilimitado grado de subjetividad. Con lo cual se ocultaría el auténtico carácter asertivo o epistemológico de los razonamientos inductivos con que se opera en la práctica procesal para declarar como probados los hechos internos o hechos psíquicos. De ahí que comience a prevalecer en la jurisprudencia la denominación de juicios de inferencia, denominación que quizá tenga un alcance excesivamente amplio, dado que para constatar probatoriamente los elementos psíquicos de los tipos penales se acude más bien a un modelo concreto de inferencias: las inductivas.

De otra parte, prosigue diciendo la sentencia 348/2009, también ha sido cuestionada desde la perspectiva procesal la aplicación del cauce del art. 849.1 de LECr para impugnar la constatación probatoria de los elementos subjetivos o internos de los tipos penales, puesto que se estaría acudiendo a un motivo de infracción de ley para dirimir lo que es realmente una cuestión fáctica. Se le daría así el carácter de norma jurídica a lo que es realmente una máxima o regla de experiencia, cuya conculcación se equipararía a la infracción de una ley. Sin embargo, esa interpretación heterodoxa del art. 849.1 cumple la función procesal de ampliar el perímetro de control del recurso de casación con el fin de que opere en cierto modo como un sustitutivo de la segunda instancia, dados los problemas que suscita en nuestro ordenamiento procesal la ausencia de recurso de apelación en los procedimientos en que se dirimen precisamente los delitos más graves.

Con todo, no parece razonable que por la circunstancia de que la constatación de los hechos psíquicos o internos se obtenga a través de juicios de inferencia se dejen de considerar como hechos y se cataloguen como juicios de valor sólo plasmables en los fundamentos de derecho, pues según ese criterio también los hechos externos y tangibles que se obtengan mediante juicios de inferencia tendrían que recogerse en los fundamentos jurídicos de la sentencia.

Ni tampoco parece razonable que por carecer los hechos psíquicos de corporeidad y no ser por tanto empíricamente observables o perceptibles por los sentidos dejen de considerarse como hechos.

Como se afirmaba en la sentencia 436/2011, de 13 de mayo, actualmente, al tener acceso a la casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia se han debilitado las razones que fundamentaron en su momento la adulteración de las categorías hecho/derecho -siempre teñidas de tonos grises y delimitadas por zonas de penumbra- con el fin de que accediera a la casación la apreciación errónea de los elementos subjetivos de los tipos penales. Pues su verificación probatoria en una sentencia puede ser ahora cuestionada a través de la vulneración del referido derecho fundamental mediante los recursos de casación y también merced al amparo ante el Tribunal Constitucional. Con lo cual se viene a reconocer en la práctica la naturaleza de los elementos psíquicos o internos como auténticos hechos aunque carezcan de corporeidad física o de materialidad.

Y así se corrobora, por ejemplo, al analizar la STC 171/2000, de 26 de junio, pues en ella se anula la condena dictada por la jurisdicción ordinaria al considerar que no concurría prueba acreditativa de que el acusado "conociera" que se realizaba tráfico de drogas en el local. También en la STC 137/2002, de 3 de junio, se anula la condena penal por no haberse acreditado mediante prueba indiciaria que el acusado "conociera" el contenido de un paquete enviado por correo que contenía sustancia estupefaciente. En la STC 257/2005, de 24 de octubre, se anuló la condena impuesta a una acusada como cooperadora necesaria de un



delito de apropiación indebida al estimar el Tribunal de amparo que la inferencia relativa al elemento subjetivo de la cooperación necesaria era demasiado abierta. Y otro tanto puede decirse de la STC 137/2007, de 4 de junio, en un caso relativo a un delito contra la propiedad intelectual, en el que se anuló la condena por no considerar probado mediante prueba de indicios que el recurrente "conociera" la conducta plagaria cometida por su colaborador.

Además, en la STC 87/2001, de 2 de abril, se establece que "el objeto de la prueba han de ser los hechos y no normas o elementos de derecho" (STC 51/1985, de 10 de abril), de manera que la presunción de inocencia "es una presunción que versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba" [STC 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 2 b); 120/1998, de 15 de junio] y no sobre su calificación jurídica (STC 273/1993, de 27 de septiembre). No obstante, en la medida en que la actividad probatoria que requiere el art. 24.2 CE ha de ponerse en relación con el delito objeto de condena, resulta necesario que la prueba de cargose refiera al sustrato fáctico de todos los "elementos objetivos del delito y a los elementos subjetivos del tipo en cuanto sean determinantes de la culpabilidad" (SSTC 127/1990, de 5 de julio; 93/1994, de 21 de marzo).

Por consiguiente, sí puede cuestionarse el sustrato psíquico de los elementos subjetivos de los delitos a través de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, anulándose la condena penal cuando no se alcanza un grado de certeza que vaya más allá de toda duda razonable. Ello tiene notable relevancia para dirimir la cuestión que se debate, pues no debe olvidarse que la presunción de inocencia, tal como se acaba de destacar en la última sentencia anotada (STC 87/2001), hay que referirla a hechos y a posibles certezas probatorias, y no a elementos prescriptivos o normativos de los tipos penales.

En definitiva, si la certeza de los hechos psíquicos puede ser cuestionada a través del recurso de amparo por posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, y ésta, según el propio Tribunal Constitucional, recae sobre hechos y no sobre normas o elementos de derecho, parece razonable y adecuado que los hechos internos o psíquicos se transcriban en el "factum" de la sentencia como sustrato de los elementos subjetivos de los tipos penales.

En cualquier caso, y dejando a un lado el dilema que viene a suscitar la parte recurrente sobre la naturaleza fáctica o jurídica de los elementos internos de la conducta delictiva, lo cierto es que a los efectos que aquí nos interesan la cuestión no presenta una especial relevancia procesal, pues la impugnación en casación de la certeza del ánimo con que actuó el acusado se está admitiendo cuando se plantea tanto por la vía del art. 849.1 de LECr. como por la vía del art. 5.4 de LOPJ o del art. 852 de LECr., esto es, por infracción de ley o por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Así nos lo recuerda la sentencia 246/2011, de 14 de abril.

5. Aclarado lo anterior, y a pesar de que los hechos psíquicos sí pueden y deben recogerse en la premisa fáctica de la sentencia recurrida, ello no quiere decir que su transcripción en la fundamentación jurídica en lugar de ubicarlos en el "factum" conlleven la nulidad de la sentencia recurrida y la absolución del acusado, como se pretende en el recurso.

Y ello porque, en primer lugar, el tipo penal previsto en el art. 578 del texto punitivo no recoge expresa y específicamente en su dicción ningún elemento subjetivo, ya sea como componente del dolo o como integrante de un elemento subjetivo del injusto. Lo cual no significa que no se precise que la conducta tenga que resultar dolosa para su punición, sino que el dolo o cualquier elemento del injusto puede colegirse de los hechos declarados probados y argumentarse después en la fundamentación jurídica de la sentencia, sin que eso conlleve una indefensión del acusado ni tampoco unas limitaciones en las posibilidades de impugnación de la sentencia.



www.civil-mercantil.com

Y así, la lectura de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida nos muestra que el Tribunal remarca que las expresiones vertidas a través de Facebook por el acusado constituyen una manifestación del "discurso del odio". Y también se argumenta en la sentencia que las frases e imágenes que publicó el acusado resultan suficientemente expresivas de una voluntad concreta de alabar y justificar las acciones de organizaciones terroristas, y que persiguen la exaltación de los métodos terroristas.

Por consiguiente, expresa y describe específicamente el Tribunal la concurrencia de los datos reveladores de la constancia de los elementos subjetivos del delito y cuáles son los hechos en que se plasman y las razones por las que debe apreciarse el tipo subjetivo de la infracción penal. Pues lo cierto es que nos hallamos ante una clase de expresiones y de discurso en el que se utilizan unas palabras y unos sintagmas que, al albergar unas connotaciones tan alabadoras y ensalzadoras del terrorismo e hirientes para las víctimas, las simples locuciones utilizadas en la redacción de los mensajes transparentan sin necesidad de complejas argumentaciones cuál es el ánimo con que actuó el acusado al publicar en una red social las frases e imágenes descritas en la premisa fáctica.

En vista de lo cual, el motivo no puede atenderse.

Quinto.

En el motivo quinto del recurso, por la vía procesal del art. 849.2º de la LECr., invoca el recurrente la existencia de error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos y que evidencien el error del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos de prueba.

Como es sabido, esta Sala viene exigiendo para que prospere ese motivo de casación (art. 849.2º LECr.), centrado en el error de hecho, que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas. Y, además, también se requiere que el documento evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, evidencia que ha de basarse en el propio y literosuficiente o autosuficiente poder demostrativo directo del documento, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones. A lo que ha de sumarse que no se halle en contradicción con lo acreditado por otras pruebas y que los datos que proporciona el documento tengan relevancia para la causa por su capacidad modificativa de alguno de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida (SSTS de 1653/2002, de 14- 10 ; 892/2008, de 26-12 ; 89/2009, de 5-2 ; 109/2011, de 22-9 ; y 207/2012, de 12-3 , entre otras).

Pues bien, la parte recurrente cita como documentos subsumibles en la referida norma los que se reseñan en la sentencia recurrida, y en concreto aquéllos que selecciona el Tribunal para apreciar el tipo penal. Y a continuación se dedica a elaborar un discurso exculpatorio que contradice los razonamientos que se han expuesto en el fundamento anterior de esta sentencia, al mismo tiempo que hace su propia lectura reinterpreta del contenido de los mensajes documentados, cuestionando que alberguen un ánimo de odio, de exaltación del terrorismo y de menosprecio de las víctimas de las acciones terroristas. Pues, a su entender, estaríamos ante unos mensajes e imágenes amparados por la libertad de expresión.

La mera lectura del contenido del propio discurso argumental de la defensa nos muestra que los documentos que cita no evidencian el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, ni gozan de por sí y de forma literosuficiente o autosuficiente de un poder demostrativo directo de las tesis del acusado. Muy al contrario, se precisa para acoger la versión de la parte recurrente acudir a la adición de conjeturas y de complejas argumentaciones axiológicas que contradicen la interpretación razonable y el

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

significado natural y coloquial que presentan los mensajes publicados por el acusado en la red social.

Y en lo referente a su alegación de que nos hallamos ante la publicación de un discurso que aparece amparado y legitimado por la libertad de expresión y de información, al margen de que la vía procesal del art. 849.2º no es la idónea para formular una tesis defensiva de esa índole, lo cierto es que los 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 destaca la STS 676/2009, de 5 de junio , no se trata de criminalizar mediante una condena las 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.

En la misma dirección, se ha argumentado en la STS 846/2015, de 30 de diciembre , que el amplio espacio del que se dota a la libertad ideológica no tiene "más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley" (art. 16.1 CE); mientras que la libertad de expresión encuentra su frontera "en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia" (art. 20.4 CE).

Y en la Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2016, de 20 de junio , con remisión a la 177/2015 del mismo Tribunal, se argumenta -tras enfatizar el carácter institucional del derecho a la libertad de expresión- que ésta 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 representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas".

Sin embargo, se precisa a continuación en la misma sentencia 112/2016 del TC , al examinar el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de manifestaciones que alienten la violencia, que ya la citada STC 177/2015 sienta que el derecho a la libertad de expresión no 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



www.civil-mercantil.com

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.

Y más adelante, después de destacar el requisito de la proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, con un recordatorio especial a la necesidad de actuar en esta materia con exquisito rigor (STC 177/2015), afirma la misma STC 112/2016 que la 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.

Y tras citar la normativa del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, y las sentencias más relevantes del TEDH sobre la materia, acaba concluyendo la STC 112/2016 que, 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.

Pues bien, ciñéndonos ya al caso concreto, conviene advertir que esa situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades es la que concurre en el supuesto que ahora se examina, a tenor de lo argumentado en los fundamentos precedentes de esta resolución.

Las frases publicadas en Facebook por el acusado que hemos remarcado en el apartado 3 del fundamento cuarto de esta sentencia, atendiendo a lo que allí se expuso, contienen una manifestación del discurso del odio al propiciar y alentar una incitación o provocación, aunque sea indirecta, a la violencia terrorista, generando de esta forma una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. Pues en algunas de ellas se hace una invitación a la pugna política por medios violentos al mismo tiempo que se justifica el uso de la violencia realizado en épocas recientes mediante atentados terroristas como sistema para solventar las discrepancias ideológicas y políticas. Trasluciéndose en diferentes mensajes un discurso del odio y de desprecio para las víctimas que legitima la intervención de la norma penal.

Se considera, pues, que la aplicación del sistema penal en el presente caso cumplimenta las exigencias de los principios de necesidad y proporcionalidad a la hora de practicar una injerencia en el derecho a la libertad de expresión del acusado. Así lo constata el contexto social y político en que se desarrollaron los hechos, en un momento en que en el



www.civil-mercantil.com

territorio donde se ejecutó la conducta todavía no se ha estabilizado un clima de convivencia pacífica que excluya de manera definitiva el denominado coloquialmente "terrorismo de baja intensidad" como método de solventar los conflictos sociales y políticos.

Así las cosas, el motivo resulta inacogible.

Sexto.

En consonancia con lo razonado en los apartados precedentes, se desestima el recurso de casación, imponiéndole a la parte recurrente las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr).

III. FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Lorenzo contra la sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Primera, de fecha 11 de marzo de 2016 , dictada en la causa seguida por delito de enaltecimiento del terrorismo, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro Juan Saavedra Ruiz

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Alberto Jorge Barreiro , 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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.