

**Tribunal Supremo. 03/03/2010. Sentencia 224/2010, recurso 1661/2009. Delito de enaltecimiento del terrorismo. Discurso del odio.**

**RESUMEN:**

-Delito de enaltecimiento del terrorismo. Art. 578 Cpenal-Naturaleza y elementos del mismo. Doctrina de la Sala-El "discurso del odio" no está protegido por la libertad de expresión o ideológica-En el presente caso, de las palabras de la recurrente y de todo el conjunto de circunstancias, no se deduce con la certeza que exige toda condena, la intención de enaltecimiento/justificación del terrorismo o sus autores-Estimación del recurso y absolución.

**ANTECEDENTES**

PRIMERO.- Sobre las 17.30 horas del día 12 de enero de 2008 en el pabellón del polideportivo Anaitasuna de Pamplona, se dio inicio al acto de presentación de las candidaturas del partido político ASOCIACION NACIONALISTA VASCA, A.N.V., de cara a las elecciones generales de marzo de ese año.- En dicho recinto y a tal efecto se concentraron entre tres y cuatro mil personas, de las que algunas de éstas portaban la bandera de la Comunidad Autónoma Vasca, soportes del lema "Por la Independencia", sin otras ilustraciones en el local que las siglas de dicha formación política, EAE-ANV localizadas en diversos puntos del pabellón, así, en el atril de la tribuna de oradores, un escudo en el que se leía Euskal Herria y un cartel sobre el telón del escenario con las palabras Guk-independencia.- Dicho acto comenzó con representación de folklore local, seguido por una danza de la Comunidad Autónoma Vasca, compases de música interpretados por tres jóvenes, tras lo que, se dio paso a los oradores, en primer lugar, con la intervención de un hombre que poetizó su discurso en vasco con la frase "ser o no ser", a la que siguió, en español, la de una mujer que se refirió al manifiesto que había firmado a favor de A.N.V., por la necesidad de reafirmar el compromiso con el pueblo vasco, por la libertad y la independencia.- Denunció las leyes antidemocráticas, la amenaza de ilegalización de dicho partido político A.N.V., la criminalización de la izquierda abertzale, las torturas, las detenciones masivas y las decisiones arbitrarias de los jueces, finalizando con la lectura de versos de un joven poeta vasco.- Cuando terminó su alocución el público vitoreó la palabra independencia.-Tras una representación alusiva al mapa geográfico de la Comunidad Autónoma Vasca, una de las oradoras, en español, afirmó que se estaba preparando un nuevo fraude, dando la espalda a la decisión del pueblo vasco.-En tanto, seguían subiendo al estrado personas varias y otras ya se habían situado en la tribuna de oradores entre aplausos y los cantos "por la independencia" y por "continuar hasta ganar", le llegó el turno a la acusada, María Virtudes, nacida el 20 de enero de 1968 en la localidad de Legazpi (Guipúzcoa), hija de Lorenzo y de María Ángeles, a la que no le obran antecedentes penales.- Comenzó su intervención en el idioma vasco, siendo sus primeras palabras, cuyo texto llevaba escrito y que leyó: "Antes de nada, este ánimo, abrazo y este chaparrón de aplausos que nos habéis ofrecido, lo más caluroso posible, a Aureliano , Bernardo y a todos los presos políticos vascos que se encuentran dispersados en las cárceles de Francia y España. ¡Os queremos!.-Tal loa, que era su pretensión, en recuerdo y aliento a los presos de la organización terrorista ETA, con la que arrancó su discurso, culminó con lo que perseguía, el aplauso que se inició inmediatamente después de que nombrara a Bernardo y al que la misma se unió con los congregados de forma placentera, cuando pudo terminar la frase entera, congratulándose con la magnífica acogida que esa introducción había tenido, así como, por comprobar la aceptación de ella misma por los asistentes, dado que, era la primera vez que participaba en este tipo de convocatoria en la acción política.- Siguiendo el elogio a los miembros

de ETA o personas vinculadas a las actividades de esta organización terrorista y en sintonía con el lema de la convocatoria "por la independencia", como paradigma de ello, y restando importancia a las acciones que despliegan, volvió sobre aquellos, para destacarlos como independentistas vascos, al decir: "en Euskal Herria todo el mundo sabe: aquí se tortura, todos los cuerpos policiales y represivos utilizan la tortura sistemáticamente contra los independentistas vascos".- Tras su intervención en la que se incluía menciones a las torturas y a la ilegalización de ANV, siguieron otras centradas en ese mismo sentido y todas en la aspiración por alcanzar algún día la ansiada independencia para ese territorio de España.-

SEGUNDO.- El día 6 de enero anterior se había detenido a Aureliano y a Bernardo por su presunta participación en el atentado terrorista perpetrado el 30 de diciembre de 2006 en la Terminal cuatro del aeropuerto internacional del Madrid-Barajas, en el que fallecieron dos personas y se causaron cuantiosos desperfectos, principalmente, en el parking de dicha terminal; éste fue reivindicado por la organización terrorista ETA, en un comunicado que se publicó el día 10 de enero de 2007 en el diario Gara.- Con motivo de estas detenciones en las que se denunciaron malos tratos en el curso de las mismas por parte de agentes intervinientes, se abrió una causa en averiguación de tales, saltando la noticia, acompañada de la descripción de las heridas de las que ambos detenidos dijeron haber sido objeto, así como que uno de ellos, Aureliano , había ingresado en la UCI con graves signos de haber sido torturado, lo que, diversos rotativos publicaron entre los días 8 y 12 siguientes". (sic)

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

**Tercero.-** Procede en primer lugar efectuar un estudio, en sede teórica, del delito de enaltecimiento del terrorismo previsto en el art. 578 C penal, para posteriormente pasar a estudiar las concretas expresiones proferidas por la recurrente, cuya autoría no se discute. El delito de enaltecimiento del terrorismo fue introducido en el C penal por L. O. 7/2000 de 24 de Diciembre de 2000 . En el mismo artículo, conviven dos figuras delictivas claramente diferenciadas : a) el enaltecimiento o justificación del terrorismo o sus autores y b) la realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas. Tal vez la diferente acción típica y elementos que vertebran una y otra, hubiera aconsejado la tipificación separada en artículos diferentes. Algún sector doctrinal manifiesta que se pretendía "emboscar" una criminalización discutible –el enaltecimiento/justificación-- con otra que no lo es --menosprecio o humillación de las víctimas-- y cuya justificación material es mucho más clara así como el merecimiento de pena, por lo que el cierre a la impunidad de estos actos en ofensa o menosprecio de las víctimas del terrorismo era una exigencia indiscutible. Más evanescente y vaporoso se presenta el tipo penal de enaltecimiento/justificación. De entrada hay que recordar, con la doctrina de esta Sala --SSTS 149/2007 de 26 de Febrero, 585/2007 de 26 de Junio ó 539/2008 de 23 de Septiembre que los **elementos** que vertebran este delito son 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 copartícipes en esta clase de actos

delictivos. 3º Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser 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 Cpenal. 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 C penal 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--. Finalmente, 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. "...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.** 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 perseguirla exaltación de métodos terroristas...". "...Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal ". Ciertamente 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. 16-1º 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. Estas cautelas no pueden ser rebajadas ni debilitadas y por ello, la reciente Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de 28 de Noviembre, por la que se modifica la anterior Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, en relación a delitos ligados a actividades terroristas, en su art. 2º **estima por tales delitos**, entre otros, la **provocación a la comisión de un delito de terrorismo, la captación de terroristas y el adiestramiento de terroristas**, figuras que aparecen definidas en el art. 1, siendo relevante retener la prevención que aparece en el Considerando 14 de dicha Decisión Marco en la que textualmente se dice: "...La expresión pública de opiniones radicales polémicas o controvertidas sobre cuestiones sensibles, incluido el terrorismo, queda fuera del ámbito de la presente Decisión Marco y en especial, de la definición de provocación a la comisión de delitos de terrorismo ". 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 Cpenal, pero sin invadir ni cercenar el derecho de libertad de expresión. Zona intermedia que, como ya hemos dicho, debe concretarse cuidadosamente caso a caso. Solo así se puede sostener la constitucionalidad del delito de exaltación, razón por la cual, la Sala no estima necesario por no tener duda de la constitucionalidad del tipo penal en el concreto ámbito así delimitado.

## **FALLO**

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de **María Virtudes**.

## **VOTO PARTICULAR**

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON Julian Sanchez Melgar, A LA SENTENCIA 224/2010, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 1661/2009 .** Discrepo respetuosamente de la opinión de mis compañeros, y a mi juicio, el recurso de casación interpuesto por la acusada debió desestimarse, confirmándose de este modo la corrección del razonamiento jurídico de la sentencia de instancia. Dicha resolución judicial había condenado a María Virtudes como autora de un delito de enaltecimiento del terrorismo, tipificado en el art. 578 del Código penal. Los elementos de tal delito han sido configurados por la jurisprudencia de esta Sala Casacional, como los siguientes: 1º) La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica el terrorismo con el triple objeto que enseguida veremos. Y hemos dicho que enaltecer es tanto como engrandecer, exaltar o alabar. 2º) Que el objeto de tal enaltecimiento lo es de cualquiera de las tres conductas siguientes: las definidas como delitos de terrorismo (en los arts. 571 a 577 ), o personalmente de quienes hayan participado en su ejecución, o bien la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares. 3º) Que dicha acción se realice por cualquier medio de expresión pública o difusión a terceros. 4º) Dolo tendencial de dicha conducta. A nuestro juicio, se cumplen todos los aludidos requisitos. En efecto, con motivo de la presentación de candidaturas de ANV (Acción Nacionalista Vasca), para las elecciones generales de marzo de 2008, la acusada, María Virtudes , Alcaldesa de Hernani, comenzó su discurso -que llevaba por escrito- con las siguientes palabras: "... Antes de nada, este ánimo, abrazo y chaparrón de aplausos que nos habéis ofrecido, lo más caluroso posible, a Aureliano , Bernardo y a todos los presos políticos vascos que se encuentran

dispersados en las cárceles de Francia y España ¡Os queremos!..." Tales palabras arrancaron el aplauso de los concurrentes (según se expone en la sentencia recurrida). No hay duda de que las palabras de la acusada se realizan en un medio apto para su difusión a terceros, y con perfecto conocimiento de su alcance, pues en los hechos probados se narra que tales palabras las llevaba escritas de antemano. Tampoco existe duda alguna que se cumple uno de los tres objetivos definidos por el tipo, pues las palabras iban dirigidas a presos de la organización terrorista ETA, unos nominados personalmente y otros en concurso plural. Que tal discurso supone un acto de enaltecimiento, en el sentido de engrandecer, exaltar o alabar, Este precepto penal así lo incrimina porque -como muy bien dicen mis compañeros-, lo que se criminaliza es el discurso del odio, es decir, en palabras de la sentencia mayoritaria: "la alabanza o justificación de acciones terroristas que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión 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 la aterrización colectiva como medio de conseguir esas finalidades". Pues, bien, si como afirman los magistrados de la mayoría, y nosotros también compartimos, ese es el bien jurídico protegido en el delito que contemplamos, de modo que se confunde -dicen- con la "alabanza de los actos terroristas o la apología de los verdugos", no podemos comprender que referirse a los presos de la organización terrorista ETA, como "presos políticos", no signifique esa expresión como el discurso de la apología de los verdugos, es decir, el enaltecimiento de quienes -en dicción legal- "hayan participado en su ejecución". En consecuencia, el recurso debió ser **desestimado** . Fdo.: Julián Sánchez Melgar.