

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Juan José González Rivas, presidente; la magistrada doña Encarnación Roca Trías; los magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar y don Ricardo Enríquez Sancho y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, ha pronunciado

## **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el recurso de amparo núm. 2476-2017, promovido por don César Augusto Montaña Lehman, representado por el procurador de los Tribunales don Javier Fernández Estrada, bajo la dirección de la letrada doña Isabel Elbal Sánchez y el letrado don Gonzalo Boye Tuser, contra el auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2017, por el que se desestima el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra las sentencias núm. 4-2017, de 18 de enero, por las que se estima el recurso de casación núm. 1619-2016 interpuesto contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional núm. 20-2016, de 18 de julio, pronunciada en el rollo de sala núm. 5-2016, y se condena al demandante de amparo como autor de un delito del art. 578 CP. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos.

### **I. Antecedentes**

1. El procurador de los Tribunales don Javier Fernández Estrada, en nombre y representación de don César Augusto Montaña Lehman, y bajo la dirección de la letrada doña

Isabel Elbal Sánchez y el letrado don Gonzalo Boye Tuser, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se mencionan en el encabezamiento de esta sentencia, mediante escrito registrado en este Tribunal el 17 de mayo de 2017.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) La sentencia de la Sección primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional núm. 20-2016, de 18 de julio, pronunciada en el rollo de sala núm. 5-2016, absolvió al recurrente del delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP) del que venía siendo acusado, con un voto particular discrepante, declarando como hechos probados lo siguiente:

“CESAR MONTAÑA LEHMAN, mayor de edad, sin antecedentes penales, es cantante y letrista de los grupos de rap-metal Def Con Dos y Strawberry Hardcore, además ha publicado 5 novelas, y ha hecho incursiones en el mundo del cine y la televisión, como guionista, actor, director y productor. También es colaborador en distintos medios de comunicación, de prensa y televisión. Las letras de sus canciones tienen un marcado tono provocador, irónico y sarcástico, empleando recursos propios de las historias de terror y acción para envolver el mensaje de fondo. En sus manifestaciones artísticas mantiene un tono crítico con la realidad social y política, tratando que el público comprenda el sentido metafórico y ficticio que envuelve sus obras, respecto al concepto de fondo siempre de carácter pacífico y exclusivamente cultural.

CESAR MONTAÑA LEHMAN desde el inicio de su carrera artística en el año 1988 viene utilizando el nombre artístico de Cesar Strawberry. Tiene una cuenta en la red social Twiter, con esa identificación, abierta en 2012, con una cantidad de seguidores cercana a los 8.000. En esa cuenta entre noviembre de 2013 y enero de 2014 publicó los siguientes comentarios:

1º El 11 de noviembre de 2013, a las 21:06 horas: "el fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO".

2º El día 27 de enero de 2014, a las 20:21 horas: "a Ortega Lara habría que secuestrarle ahora".

3º El día 30 de enero de 2014, a las 0:23 horas: "Street Fighter, edición post ETA: Ortega Lara versus Eduardo Madina",

4º El día 29 de enero de 2014, a las 0:07 horas: "Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar... Si no les das lo que a Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre de su lado".

5º El 20 de diciembre de 2013, a las 23:29 horas: "Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco".

6º El día 5 de enero de 2014, a las 23:39 horas: "Ya casi es el cumpleaños del Rey. ¡Que emoción!. Otro usuario le dice: "ya tendrás el regalo preparado no? Qué le vas a regalar? A lo que contesta: "un roscón-bomba".

No se ha acreditado que CESAR MONTAÑA LEHMAN con estos mensajes buscase defender los postulados de una organización terrorista, ni tampoco despreciar o humillar a sus víctimas".

b) Esta sentencia, en lo que se refiera a la prueba de los hechos, afirma en su fundamento de derecho segundo que (i) el recurrente "ha reconocido haber enviado los tuits que son objeto de acusación, pero ha negado que se tratase de expresiones para humillar a las víctimas o para apoyar cualquier forma de violencia"; y (ii) "la prueba pericial de la defensa sobre el análisis de su obra ha permitido encuadrar su actividad artística, y los testigos que ha aportado han servido para corroborar que en su vida tanto profesional como privada no mantiene postulados de apoyo a grupos terroristas o a la violencia de cualquier tipo, aunque si una actitud irónica y provocadora. Se puede destacar en este sentido el artículo que publicó en enero de 2001 en Diario 16, titulado 'Así no', sobre la negociación con ETA, en el que además de indicar que su opinión el nacionalismo se cura viajando un poco, destaca que la solución pasa por una negociación con los partidos nacionalistas, y que para llegar a ese punto ETA tiene que estar dispuesta a desaparecer y el Estado estar abierto a plantearse un orden territorial distinto al actual, siendo en ese punto al que ninguna de las parte quiere llega, para concluir 'que no nos engañen, cada cual quiere una paz a su medida y ninguna parte tiene voluntad de renuncia a nada. Así no se negocia'. Consta incorporado al procedimiento folio 179. También es significativo sobre su actitud pública contraria al terrorismo de ETA y en general a la violencia que su grupo Def Con Dos haya actuado en el festival Doctor Music, que se celebró en la localidad de Escalarre, Lérida, en julio de 1997, bajo un gran lazo azul que se instaló en el escenario, como signo de repulsa al asesinato de (...), que se acababa de producir, y en solidaridad con las víctimas y sus familiares. Así se acreditado tanto mediante la información periodística que consta al folio 178 como mediante la declaración del testigo (...), fotógrafo que cubrió el concierto".

c) Esta sentencia argumenta, en relación con la calificación de los hechos declarados probados, en su fundamento jurídico tercero, lo siguiente:

(i) la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el delito de humillación a las víctimas del art. 578 CP señala que "es importante no sólo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas, su contexto, las circunstancias concomitantes pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido

utilizado en cada concreta ocasión”, a lo que se añade que “la sentencia del TS 846/2015, de 30 de diciembre, que a su vez invoca las sentencias del TS 224/2010, de 3 de marzo, y 585/2007, de 20 de junio, señala como es necesario un análisis particularmente riguroso, de las concretas circunstancias en las que el acto humillante, hostil o vejatorio se produce, las frases y/o acciones en que se materializa, y su ocasión y escenario a fin de una ponderación equilibrada. En esta clase de delitos es importante no solo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas, su contexto, las circunstancias concomitantes pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad a cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión”.

(ii) En relación con el tuit en que se afirma que "el fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO", que el demandante “indica que se trata de una fanfarronería irónica, por lo que entendió declaraciones ultraderechistas de la política madrileña, cuando vinculaba Podemos con ETA, ironizaba poniendo en relación su ideología con otra de terrorismo, con el extremismo político violento”, se expone que “la conclusión es que no puede entenderse que con esta manifestación pretenda el acusado hacer apología del terrorismo y provocar el discurso del odio, sino una crítica hacia el extremismo de cualquier signo, llevando su ironía a comparar un partido político con un grupo terrorista”.

(iii) En relación con el tuit en que se afirma que "a Ortega Lara habría que secuestrarle ahora", que el demandante dice “que tiene relación con la candidatura de Ortega Lara por Vox, partido que califica de ultraderechista radical, y que pretende dar por sentado que no debía haber sido secuestrado, y destacar como ahora ya no actúa la banda terrorista, aunque Ortega Lara haya acusado a dos presidentes del gobierno de seguir los dictados de ETA”, se expone que “no aparece en este tuit, al menos con la claridad que el tipo penal exige, y con este mensaje que el acusado trate de elogiar a la banda terrorista ETA que tuvo secuestrado a Ortega Lara, ni tampoco que trate de humillarle o vejarse en algún modo, por más que pueda parecer en extremo desacertado el comentario”.

(iv) En relación con el tuit en que se afirma que "Street Fighter, edición post ETA: Ortega Lara versus Eduardo Madina”, que el demandante “dice que pretendía ironizar con las posturas contrapuestas de dos víctimas de ETA que ejercen en la política desde posiciones distintas, pues Madina no trata de hacer de su condición de víctima su bandera política”, se expone que “la idea

del enfrentamiento en un video juego de dos personas que han sido víctimas de acciones terroristas y que mantienen distintas posiciones políticas, puede considerarse desde la perspectiva del humor negro y desprovisto del carácter vejatorio o humillante que el tipo delictivo requiere”.

(v) En relación con el tuit en que se afirma que "Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar... Si no les das lo que a Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre de su lado", que el demandante “afirma que trataba de ironizar sobre los representantes de la dictadura, en un momento en que la directora del Banco Mundial hacía referencia a la crisis de las pensiones porque la gente ahora vive mucho, en definitiva pretendía acudir al humor y a un chiste porque la ideología no da más años de vida”, se expone que “esta mención tampoco parece que encierre un llamamiento claro a actuaciones violentas, ni es directamente vejatorio contra Carrero Blanco, víctima de una acción terrorista, siendo compatible el comentario con la ironía que pretende el acusado”.

(vi) En relación con el tuit en que se afirma que "cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco", se dice que “este mensaje tampoco puede interpretarse como una llamada a la violencia contra alguna persona, ni como enaltecedor de la acción terrorista o como ofensivo para las víctimas”, añadiendo, en comparación con otros tuis para lo que existió condena en otros procedimientos “que no nos encontramos frente a hechos análogos. No se trata de que un sólo mensaje no pueda integrar el delito de enaltecimiento o el de humillación, pero el examen de varios, cuando se refieran a los mismos temas, puede ser ilustrativo de su significado y de su finalidad como ocurre en el caso de los tuits examinados primero en la Sentencia de 29 de enero de 2016 de la Sección 4ª y después por el TS en la Sentencia nº 623/2016, de 13 de julio, su lectura rezuma un odio y un desprecio que no se percibe en el caso que ahora nos ocupa”.

(vii) En relación con el tuit en que se afirma que "ya casi es el cumpleaños del Rey. ¡Que emoción!. Otro usuario le dice: `ya tendrás el regalo preparado no? Qué le vas a regalar?´ A lo que contesta: `un roscón-bomba´", que el demandante considera “que es una ironía gráfica”, se expone que las “explicaciones y contextualizaciones que va dando el acusado se ven corroboradas por el dato de que en sus manifestaciones artísticas no existe una defensa de la violencia, si no es precisamente para, desde el sarcasmo y la ironía, provocar el efecto contrario”.

d) El Ministerio Fiscal formuló recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que fue tramitado con el núm. 1619-2016, alegando como único motivo la inaplicación

indebida del art. 578 CP. A los efectos de la valoración de los hechos probados, argumentó que (i) “no cabe duda de que las expresiones probadas procuran enaltecer los actos terroristas, consistentes en secuestrar y matar con ánimo de subvertir el orden constitucional (...)”; (ii) “la gravedad de las expresiones, su conexión directa con terribles crímenes efectivamente cometidos en los últimos años de nuestra historia, y la utilización de la red informática, excluyen de modo manifiesto la ingenuidad, frivolidad o falta de trascendencia que la Sala nacional atribuye a las mismas (...)”; y (iii) “La alusión `expressis verbis` a dos de las más importantes y protagónicas organizaciones terroristas de nuestro entorno político, elimina el último resquicio de duda sobre el significado e intención de las referidas manifestaciones”. Por su parte, en lo que se refiere a la subsunción de la conducta en el tipo penal, el Ministerio Fiscal argumenta que (i) “la Sala censurada afirma que el acusado y recurrido no buscaba enaltecer el terror ni humillar a sus víctimas. No obstante, el tipo penal no exige un dolo redoblado como elemento subjetivo, siendo suficiente la concurrencia del llamado dolo básico, para que deba entenderse que también el elemento intencional se encuentra presente”; y (ii) “el móvil, es decir el objetivo último de la actuación del recurrido, no debe confundirse con el conocimiento y voluntad de la acción continuada realizada, las cuáles se encuentran en la misma, manifiestamente, presentes en toda la extensión ontológica del término”.

El 11 de enero de 2017 se celebró una vista del art. 893 bis a) LECr, sin presencia del recurrente, en la que tomaron la palabra el letrado recurrido y el Ministerio Fiscal.

e) El recurso fue estimado por sentencias núm. 4-2017, de 18 de enero, condenando al recurrente como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación a las víctimas (art. 578 CP), a la pena de 1 año de prisión, con 6 años y 6 meses de inhabilitación absoluta, con un voto particular discrepante. La sentencia desarrolla los siguientes argumentos:

(i) Fundamento de derecho segundo:

“La interpretación de un precepto como el art. 578 del CP no está exenta de dificultades. De una parte, porque no faltan autorizados juristas que estiman que el delito de enaltecimiento del terrorismo o de desprecio y humillación a las víctimas representa la negación de los principios que han de informar el sistema penal. De otra, porque la necesidad de ponderar en nuestro análisis los límites a la libertad de expresión y de hacerlo a partir de la equívoca locución - discurso del odio- con la que pretende justificarse la punición, no hacen sino añadir obstáculos a la labor

interpretativa. Las dificultades se multiplican cuando de lo que se trata es de determinar, como en tantas otras ocasiones, el alcance de lo intolerable.

De ahí la importancia de no convertir la libertad de expresión –y los límites que ésta tolera y ampara– en el único parámetro valorativo para discernir cuando lo inaceptable se convierte en delictivo. No todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en la porción de injusto abarcada por el art. 578 del CP. Nuestro sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasa necesariamente por la incriminación penal. El significado de principios como el carácter fragmentario del derecho penal o su consideración como *ultima ratio*, avalan la necesidad de reservar la sanción penal para las acciones más graves. No todo mensaje inaceptable o que ocasiona el normal rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo.

Tampoco ayuda a la labor exegética la extendida invocación de los nocivos efectos del discurso del odio como razón justificadora de su punición. De nuevo hemos de apartarnos de la tentación de construir el juicio de tipicidad trazando una convencional y artificiosa línea entre el discurso del odio y la ética del discurso. El derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia. Por si fuera poco, el vocablo discurso, incluso en su simple acepción gramatical, evoca un acto racional de comunicación cuya punición no debería hacerse depender del sentimiento que anima quien lo pronuncia. Tampoco puede afirmarse un único significado a una locución -discurso del odio- cuyo contenido está directamente condicionado por la experiencia histórica de cada Estado. El discurso del odio puede analizarse en relación con problemas étnicos, religiosos, sexuales o ligados a la utilización del terrorismo como instrumento para la consecución de fines políticos. El legislador ha querido que el mensaje de odio que socava las bases de la convivencia y que humilla a las víctimas del terrorismo tenga un tratamiento específico en el art. 578, con una sistemática singularizada frente al tipo previsto en el art. 510 del mismo texto punitivo.

Otro hecho complica, todavía más si cabe, nuestro análisis. Y es que la extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos

a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios. Quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad. Además, carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión. Los modelos comunicativos clásicos implicaban una limitación en los efectos nocivos de todo delito que hoy, sin embargo, está ausente. Este dato, ligado al inevitable recorrido transnacional de esos mensajes, ha de ser tenido en cuenta en el momento de ponderar el impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico-penal”.

(ii) Fundamento de derecho tercero:

“Que la intención que anima al autor de un hecho forma parte de éste, ha sido ya reiterado en numerosos precedentes de esta misma Sala. De ahí que la correcta ubicación del dolo, cuya naturaleza subjetiva no es incompatible con su dimensión fáctica, es la que ofrece el relato de hechos probados. En consecuencia, la afirmación en la instancia de que no han quedado acreditados los elementos fácticos que definen el tipo subjetivo, cerraría la puerta a toda posibilidad de revisión casacional de una sentencia absolutoria. Cuestión distinta es que el bloqueo de un pronunciamiento absolutorio pretenda obtenerse de la falta de acreditación de un elemento subjetivo -el móvil del acusado- que no coincide con el dolo y que, precisamente por ello, no enriquece el tipo subjetivo.

El art. 578 del CP sólo exige el dolo, esto es, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo. En el presente caso, tener plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica de las acciones violentas de un grupo terrorista que se menciona con sus siglas de forma expresa y en el que se invita a otro grupo terrorista, fácilmente identificable por la identidad de algunas de sus víctimas, a repetir el secuestro más prolongado de nuestra reciente historia. Es así como queda colmada la tipicidad subjetiva del delito por el que el Fiscal formula acusación. La afirmación de que César Montaña no perseguía la defensa de los postulados de una organización terrorista y de que tampoco buscaba despreciar a las víctimas, es absolutamente irrelevante en términos de tipicidad. La estructura típica del delito previsto en el art. 578 del CP no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Basta con asumir como propia la justificación de una forma violenta de resolver las diferencias políticas -siempre en el marco de referencia que ofrecen los arts. 572 a 577-; basta con la reiteración consciente de esos mensajes a través de una cuenta de Twitter, para descartar cualquier duda acerca de si el autor captó con el dolo los elementos del tipo objetivo.

En consecuencia, el último de los párrafos que se contiene en el juicio histórico, relativo a la ausencia de una intención ofensiva o enaltecedora, carece de toda virtualidad para limitar nuestra capacidad revisora en casación. Ninguna limitación fáctica se deriva de aquello que el tipo previsto en el art. 578 del CP no exige para su consumación”.

(iii) Fundamento de derecho quinto:

“El tratamiento jurisprudencial dispensado por esta Sala al delito previsto en el art. 578 del CP, está reflejado en numerosos precedentes. Así, el bien jurídico protegido ha sido descrito en la STS 812/2011, 21 de julio, como `... la interdicción de lo que las SSTEDH de 8 de julio de 1999, Sürek vs Turquía, 4 de diciembre de 2003, Müslüm vs Turquía -y también nuestro Tribunal Constitucional STC 235/2007 de 7 de noviembre - califican como el discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrizamiento (sic) colectivo como medio de conseguir esas finalidades´. En el mismo sentido se había pronunciado la STS 299/2011, 25 de abril.

(...)

Es constante la doctrina de esta Sala en la exclusión de las motivaciones de ordinario invocadas para justificar el enaltecimiento o humillación de las víctimas. En la STS 623/2016, 13 de julio, recordábamos que la libertad ideológica o de expresión no puede ofrecer cobijo a la exteriorización de expresiones que encierran un injustificable desprecio hacia las víctimas del terrorismo, hasta conllevar su humillación. No se trata de penalizar el chiste de mal gusto, sino que una de las facetas de la humillación consiste en la burla, que no está recreada en nuestro caso con chistes macabros con un sujeto pasivo indeterminado, sino bien concreto y referido a unas personas a quien se identifica con su nombre y apellidos. En el caso de la humillación y menosprecio a las víctimas del terrorismo, el desvalor de la acción que sanciona el art. 578 CP tampoco quedaría totalmente protegido mediante la sola figura de las injurias, siendo así que su contexto -que además justifica un mayor reproche penal- lleva a ubicar esta intromisión, entre los delitos de terrorismo. En el caso, de lo que se trata es comprobar si las expresiones que se difunden por la acusada pueden ser constitutivas de una ofensa, o una burla, en suma, de una humillación, a quien ha sufrido el zarpazo del terrorismo. Llevada a cabo esa comprobación en

sentido afirmativo nos corresponde aplicar la respuesta penal que ofrece el Código Penal en represión de una acción típicamente antijurídica y culpable, esto es, de un delito.

Y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de forma bien reciente, la STC 112/2016, 20 de junio –siguiendo la línea ya descrita en las SSTC 177/2015, 22 de julio y 136/1999, de 20 de julio- denegó el amparo y recordó que ‘... no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre’ (FJ 15). Del mismo modo, la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre’ (FJ 4). Y, además, que ‘[e]s obvio que las manifestaciones más toscas del denominado ‘discurso del odio’ son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes’ (FJ 4)”.’

(iv) Fundamento de derecho sexto:

“Es, por tanto, en ese marco jurídico, definido por el art. 578 del CP e interpretado por la jurisprudencia constitucional y de esta Sala, en el que hemos de encontrar respuesta al recurso de casación promovido por el Ministerio Fiscal. Y desde esta perspectiva, es evidente que afirmaciones evocadoras de una mal entendida nostalgia por la actividad terrorista de los GRAPO, cuyas acciones armadas se echan en falta para acabar con ‘...el fascismo sin complejos de Aguirre’; el deseo de un nuevo secuestro de Ortega Lara -víctima de la privación de libertad más duradera en la historia del terrorismo de ETA-; la justificación del asesinato de Carrero Blanco aplicado a otros personajes históricos, sin cuya asimilación ‘... la longevidad se pone siempre a su lado’; o, en fin, la descripción de un ‘roscón-bomba’ como un regalo idóneo para el día del cumpleaños del Rey, son expresiones que colman la tipicidad descrita por el art. 578 del CP.

El argumento exoneratorio de la Audiencia Nacional -expresado con elocuente lucidez- toma como punto de partida la carencia probatoria acerca de la intención del acusado César Montaña. El factum proclama expresamente que no ha quedado acreditado que ‘... con estos

mensajes buscarse defender los postulados de una organización terrorista, ni tampoco despreciar o humillar a sus víctimas'. Sin embargo, esta Sala –como ya hemos tenido ocasión de razonar en el FJ 3 de esta misma resolución- entiende que no es necesaria la prueba de aquello que no exige el tipo subjetivo. El hecho de que el acusado sea descrito como un ‘... cantante y letrista de los grupos de rap-metal Def Con Dos y Strawberry Hardcore’, como un colaborador artístico de distintos medios de comunicación o que las letras de sus canciones tengan ‘... un marcado tono provocador, irónico y sarcástico, empleando recursos propios de las historias de terror y acción para envolver el mensaje de fondo’, no dibuja, ni mucho menos, una causa de exclusión de la tipicidad. Tampoco la ironía, la provocación o el sarcasmo -en palabras del acusado, el nihilismo surrealista- que anima sus mensajes de humillación de las víctimas, hacen viable una causa suprallegal de exclusión de la culpabilidad (...).

Es evidente, sin embargo, que el objeto del presente proceso no era la actitud del acusado hace varias decenas de años frente al fenómeno terrorista, sino los mensajes de humillación que difundió valiéndose de su cuenta de Twitter entre noviembre de 2013 y enero de 2014. Esta Sala no puede identificarse con una interpretación del art. 578 del CP que para su aplicación exija la valoración de un dictamen pericial sobre la etiqueta que el autor reivindica para su propia obra artística. Entre otras razones, porque esos complementos explicativos no se incluyen en el mensaje de burla. Éste llega a la víctima en su integridad, sin matices aclaratorios de la verdadera intención del autor que los suscribe. La memoria de su propia tragedia no adquiere otra tonalidad cuando el dictamen pericial concluye que ha sido expresado con sátira o que es fruto de la crítica ácida. Afirmaciones como las difundidas en la red por César Montaña alimentan el discurso del odio, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano”.

f) El recurrente promovió incidente de nulidad de actuaciones alegando (i) la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por haber sido condenado en segunda instancia revalorando la declaración de hechos probados sobre la consideración que le merece el tenor literal de los tuits enjuiciados, pero sin haber respetado las garantías de inmediación, publicidad y contradicción en la práctica y valoración de pruebas personales que lo sustentan, tal como exige la jurisprudencia constitucional establecida en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y porque se ha hecho una nueva subsunción del aspecto subjetivo del delito del art. 578 CP a partir de la declaración de hechos probados sin dar trámite de audiencia al acusado; y (ii) la vulneración del derecho a la libertad de expresión,

al considerar que la Sala ha deducido el tipo subjetivo del injusto del mero análisis de la literalidad de los seis tuits que emitió en su momento, lo que es claramente insuficiente, cuando hubiera sido necesario, dada la naturaleza del delito por el que se le condena, valorar las palabras, su contexto y las circunstancias concurrentes, ya que la propia jurisprudencia de la Sala de lo Penal exige que la existencia del enaltecimiento o humillación a las víctimas se determine caso por caso en atención a las circunstancias concurrentes. De ese modo, al haberse modificado su propia doctrina, la Sala habría realizado un juicio desproporcionado de la conducta enjuiciada, con una grave violación de los derechos fundamentales.

g) La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, mediante auto de 6 de abril de 2017, desestimó el incidente de nulidad, argumentando, respecto del primer motivo, que la sentencia impugnada no ha modificado los hechos probados y la controversia planteada era estrictamente jurídica sobre “el alcance y márgenes del tipo subjetivo del delito previsto y penado en el artículo 578 CP”. En relación con la invocación del derecho a la libertad de expresión se afirma lo siguiente:

“Esta vulneración también ha de ser descartada. Y ha de serlo, de nuevo, con base en los extensos argumentos expuestos al respecto en dicha resolución, en la que precisamente, al definir el marco jurídico en el que se va a examinar el recurso formulado, se destaca, entre otros argumentos, que el derecho fundamental a la libertad de expresión -y los límites que ésta tolera y ampara- no es el único parámetro valorativo para discernir cuándo lo inaceptable se convierte en delictivo.

En este sentido, la Sala explica por qué los hechos objeto de enjuiciamiento y declarados probados en la instancia son subsumibles en el delito previsto y penado en el artículo 578 CP. En el escrito de nulidad se discute dicha calificación y se insiste en que los mensajes en cuestión, debidamente contextualizados, no son constitutivos del citado delito pero, de nuevo, esta mera disconformidad con los razonamientos de la sentencia dictada por esta Sala no justifica la nulidad pretendida, ni implica vulneración alguna de derechos fundamentales; no siendo el cauce procesal elegido una vía para que el solicitante pueda contraargumentar frente a la resolución dictada”.

3. El demandante solicita que se otorgue el amparo por vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE], declarándose la nulidad de las resoluciones impugnadas.

El demandante fundamenta la invocación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), argumentando que ha existido una condena en segunda instancia en que, aun sin modificar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, se ha revalorado ese sustrato fáctico sobre la consideración que le merece el tenor literal de los tuits enjuiciados, pero sin haber respetado las garantías de inmediación, publicidad y contradicción en la práctica y valoración de pruebas personales que lo sustentan –en este caso pruebas testificales, periciales y la propia declaración del acusado– tal como exige la jurisprudencia constitucional establecida en la STC 167/2002, de 18 de septiembre. Además, destaca que en la sentencia de segunda instancia si bien se establece una diferente configuración del dolo del delito por el que venía siendo acusado, no se procedió a la mera anulación para que el órgano judicial de instancia motivara la concurrencia o no de esa nueva configuración del aspecto subjetivo de este delito, sino que se optó por hacer directamente una subsunción del mismo a partir de la declaración de hechos probados, pero sin dar trámite de audiencia al acusado, por lo que también desde esa perspectiva se habría vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías.

El demandante fundamenta la vulneración del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE] en que la sentencia de casación ha considerado concurrente el delito a partir del mero análisis de la literalidad de los tuits redactados por el recurrente sin analizar ni ponderar la concurrencia del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, destacando que, además, los citados tuits no tienen contenido amenazante, no constituyen el denominado discurso del odio ni incitan a la violencia y tampoco cabe apreciar su conexión práctica con ningún tipo de actores o de acciones susceptibles de ser consideradas terroristas, apartándose con ello de la jurisprudencia constitucional y de la del TEDH.

El demandante justifica la especial transcendencia constitucional de este recurso en que la jurisprudencia constitucional sobre los dos derechos invocados está siendo incumplida de modo general y reiterado, siendo este uno de los supuestos enunciados en la STC 155/2009, de 25 de julio, FJ 2. A esos efectos, expone, respecto de la invocación del derecho a un proceso con todas las garantías por la condena en segunda instancia revocando una previa absolución, las numerosas sentencias que se han debido de pronunciar sobre el particular tanto por parte del Tribunal Constitucional como por el TEDH. En relación con la invocación del derecho a la libertad de expresión, se incide en que el incumplimiento queda evidenciado por la exigencia establecida en la STC 112/2016, de 20 de junio, sobre la necesidad de que el órgano judicial

penal, previa a la labor de subsunción en el tipo penal, pondere si la conducta constituye un lícito ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

4. La Sección Tercera de este Tribunal, por providencia de 28 de noviembre de 2017, acordó la admisión a trámite del presente recurso, apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2, a)]; dirigir atenta comunicación a los órganos judiciales para que remitan certificación o fotocopia adverada de las actuaciones y emplazamiento para que puedan comparecen en los recursos de amparo quienes hubieran sido parte en el procedimiento.

5. La Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal, por diligencia de ordenación de 8 de enero de 2018, acordó dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y al recurrente por plazo común de veinte días para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con el art. 52 LOTC.

6. El Ministerio Fiscal, por escrito registrado el 14 de febrero de 2018, formuló alegaciones interesando la desestimación del recurso.

El Ministerio Fiscal expone que no concurre la vulneración alegada del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE], argumentando que (i) la sentencia impugnada sí incluye, con carácter previo a la subsunción de la conducta en el tipo delictivo, una ponderación de la eventual concurrencia del derecho a la libertad de expresión en el fundamento jurídico segundo, “centrando finalmente la cuestión en el ámbito del discurso del odio –lo que excluye que la cuestión pudiera incardinarse en el ejercicio del derecho fundamental- y enfatizando ya en ese terreno que de los que se trataba en el caso era de comprobar si las expresiones que se difundieron pudieran ser constitutivas de una ofensa, o una burla, en suma de una humillación, a quien ha sufrido el zarpazo del terrorismo”; (ii) la sentencia impugnada “ha valorado, aunque no ha compartido, las circunstancias personales del recurrente que fueron puestas de relieve por la sentencia de instancia y ha expresado además, en el último párrafo del FJ 2, las circunstancias contextuales del caso (...). En consecuencia, es palmaria la existencia de un análisis de las circunstancias de la persona y del contexto en que los hechos se produjeron”; y (iii) la sentencia impugnada ha ponderado también la concreta exigencia, como elemento delimitador de la constitucionalidad, de que la conducta desarrollada por el recurrente pudiera ser considerada una

manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia, “sin que quepa duda alguna de que acciones como las que se están considerando crean un determinado caldo de cultivo, una atmosfera o ambiente social proclive a las acciones violentas”.

El Ministerio Fiscal concluye que no concurre la vulneración alegada del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), argumentando que (i) la sentencia de casación se ha limitado a analizar una cuestión jurídica como es determinar en términos de tipicidad si para la comisión del delito del art. 578 CP, “además de ejecutar actos de `enaltecimiento del terrorismo´ o de `humillación de las víctimas´ (elemento objetivo del delito) de forma consciente y voluntaria (elementos subjetivo del delito), es preciso el propósito de elogiar a una banda terrorista o de humillar a concretas víctimas del terrorismo. Y su respuesta es negativa, por entender que para la consumación de este delito es suficiente con la ejecución de actos de `enaltecimiento del terrorismo´ o de `humillación de las víctimas´ de forma consciente y voluntaria”; y (ii) para este análisis no es preciso la audiencia del acusado absuelto en la primera instancia, ya que la sentencia en ningún momento ha entrado a considerar el elemento culpabilístico de la conducta del acusado sino que ha atendido a una mera cuestión de interpretación de legalidad ordinaria sobre los elementos configuradores del aspecto subjetivo del tipo penal aplicado.

7. El demandante presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el 12 de febrero de 2018 ratificándose en las formuladas en su demanda de amparo.

8. El Pleno de este Tribunal, por providencia de 27 de noviembre de 2019, acordó, de conformidad con el art. 10.1 n) LOTC y a propuesta de la Sala Segunda de este Tribunal, recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

9. Por providencia de fecha de hoy, 25 de febrero de 2020, se señaló este mismo día para la deliberación y votación de la presente sentencia.

## **II. Fundamentos jurídicos**

1. *Objeto del recurso.*- El objeto del presente recurso es determinar si las resoluciones impugnadas, al condenar al demandante en casación, tras una absolución previa, como autor de un delito del art. 578 CP –enaltecimiento del terrorismo– han vulnerado (i) su derecho a un

proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por haberse fundamentado en la valoración de pruebas personales que no fueron practicadas con respeto a las garantías de publicidad, inmediación y contradicción y sin haberse dado un previo trámite de audiencia al condenado; y (ii) su derecho a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE], por no haberse ponderado con carácter previo si la conducta enjuiciada suponía el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y por no constituir las expresiones proferidas una manifestación del discurso del odio.

**2. La jurisprudencia constitucional sobre el derecho a un proceso con todas las garantías en la condena en la segunda instancia penal, revocando una previa absolución.-** El demandante de amparo solicita la anulación de las resoluciones impugnadas invocando el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Argumenta que ha existido una condena en segunda instancia en que, aun sin modificar los hechos declarados probados en la sentencia de la primera, se han revalorado esos hechos para controvertir la consideración que merece el tenor literal de los tuits enjuiciados sin respetar las garantías de inmediación, publicidad y contradicción en la práctica y valoración de las pruebas personales que lo sustentan. Además, destaca que en la sentencia de segunda instancia, tras establecer una diferente configuración del dolo del delito de enaltecimiento del terrorismo, se ha optado por hacer directamente una subsunción en este delito a partir de la declaración de hechos probados sin dar trámite de audiencia al acusado, por lo que también desde esa perspectiva se habría vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías.

El Pleno de este Tribunal ha resumido en las SSTC 88/2013, de 11 de abril, FFJJ 7 a 9; 146/2017, de 14 de diciembre, FFJJ 6 y 7; y 1/2020, de 14 de enero, FJ 4, la jurisprudencia constitucional al respecto, recordando que esta cuestión ha sido objeto de un detenido y extenso análisis en numerosas sentencias, –inspiradas en los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)–, que tiene su origen en la STC 167/2002, de 18 de diciembre, FFJJ 9 a 11. En esta, el Tribunal en Pleno declaró que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción. La doctrina fijada ha sido complementada con la STC 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 3, en la que se señala que también en estos casos se debe igualmente atender a la exigencia de la audiencia personal del acusado como garantía específica vinculada al derecho de defensa (art. 24.2 CE).

A partir de ello se ha consolidado una jurisprudencia constitucional que puede quedar resumida, a los efectos que interesan en este recurso de amparo, en los siguientes elementos esenciales: (i) es contrario a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su responsabilidad penal o una agravación de ella, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal; (ii) no cabe efectuar este reproche constitucional cuando la condena pronunciada en la segunda instancia o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una controversia estrictamente jurídica entre los órganos judiciales de primera y segunda instancia en que no estén implicadas las garantías de publicidad, inmediación y contradicción y para cuya resolución no resulte necesario oír al acusado; y, (iii) no obstante, en los concretos supuestos en que la controversia o discrepancias se producen en relación con la concurrencia de los elementos subjetivos necesarios para establecer o agravar la responsabilidad penal, tal enjuiciamiento deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado, ya que forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales.

En relación con la cuestión relativa a la subsunción de los elementos subjetivos del delito, el Tribunal ha afirmado que “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dejado claro que todo el juicio de inferencia sobre el elemento subjetivo del delito, el ánimo de delinquir, es cuestión de hecho que cuando está articulado a partir de los datos extraídos de pruebas personales, exige la celebración de vista cuando se trata de revocar una sentencia absolutoria o empeorar la condena. Esta jurisprudencia resulta de aplicación incluso si el control se hace en casación y la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo aduce que no puede celebrar vista, lo que ha traído consigo que precisamente resoluciones del Tribunal Supremo, y de este Tribunal Constitucional que las confirmaban, hayan sido declaradas contrarias al art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, por ejemplo, en las SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, *caso Lacadena Calero c. España*; 20 marzo 2012, *caso Serrano Contreras c. España*; o 27 de noviembre de 2012, *caso Vilanova Goterris c. España*. Estas mismas resoluciones señalan que el derecho a la inmediación supone una vista con práctica de esa prueba personal. Así se afirma que ‘no es posible proceder a valorar jurídicamente la actuación del

acusado sin tratar de acreditar previamente la realidad de dicha actuación, lo que implica necesariamente la comprobación de la intención del acusado en relación con los hechos que se le imputan’ (SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, *caso Lacadena Calero c. España*, § 47; o 20 marzo 2012, *caso Serrano Contreras c. España*; § 38); que ‘las cuestiones que deben ser examinadas por el TS necesitan la valoración directa del testimonio del imputado o de otros testigos’ (STEDH 20 marzo 2012, *caso Serrano Contreras c. España*, § 40); o que ‘el imputado no fue oído personalmente sobre una cuestión de hecho determinante para la valoración de su credibilidad’ (SSTEDH 20 marzo 2012, *caso Serrano Contreras c. España*; § 41; o 27 de noviembre de 2012, *caso Vilanova Goterris c. España*, § 35)” (SSTC 172/2016, de 17 de octubre, FJ 8; y 1/2020, de 14 de febrero, FJ 4).

Por último, también la jurisprudencia constitucional ha destacado que no cabe efectuar reproche constitucional alguno por el hecho de que la condena pronunciada en la segunda instancia o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, traiga causa de una controversia sobre la subsunción de los elementos subjetivos del tipo cuando dicha controversia se basa en erróneas consideraciones jurídicas sobre su necesaria concurrencia, es decir, si se trata de errores en la calificación jurídica (STC 125/2017, de 13 de noviembre, FJ 6).

3. *Aplicación de la jurisprudencia constitucional a la invocación del derecho a un proceso con todas las garantías.*- Este Tribunal considera, en aplicación de la jurisprudencia constitucional expuesta, que la condena del recurrente en las resoluciones de casación no ha vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), ya que la controversia trae causa de una estricta cuestión jurídica sobre el contenido y configuración del elemento subjetivo del delito, cuya resolución por parte del órgano judicial de segunda instancia no comprometía las garantías que disciplinan la valoración probatoria ni el derecho de audiencia. Por esta razón era suficiente, dada la naturaleza estrictamente jurídica de la cuestión debatida, la intervención del letrado del recurrente en la vista celebrada ante el órgano judicial de segunda instancia, tal como aconteció en el presente caso.

A) En las actuaciones queda acreditado, como se expone en los antecedentes de esta sentencia, que el órgano judicial de instancia consideró que, para valorar la concurrencia del delito de humillación a las víctimas del art. 578 CP, “es importante no sólo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas, su contexto, las circunstancias concomitantes pues es evidente que el lenguaje admite

ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión”, a lo que se añade que la jurisprudencia del Tribunal Supremo “señala como es necesario un análisis particularmente riguroso, de las concretas circunstancias en las que el acto humillante, hostil o vejatorio se produce, las frases y/o acciones en que se materializa, y su ocasión y escenario a fin de una ponderación equilibrada. En esta clase de delitos es importante no solo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas, su contexto, las circunstancias concomitantes pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad a cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión” (fundamento de derecho tercero).

La sentencia, posteriormente, valora cada uno de los diferentes tuits hechos públicos por el recurrente, afirmando, (i) en relación con el tuit: "el fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO", que “la conclusión es que no puede entenderse que con esta manifestación pretenda el acusado hacer apología del terrorismo y provocar el discurso del odio, sino una crítica hacia el extremismo de cualquier signo (...)”; (ii) en relación con tuit: "a Ortega Lara habría que secuestrarle ahora", que “no aparece en este tuit, al menos con la claridad que el tipo penal exige, y con este mensaje que el acusado trate de elogiar a la banda terrorista ETA que tuvo secuestrado a Ortega Lara, ni tampoco que trate de humillarle o vejarse en algún modo (...)”; (iii) en relación con el tuit: "Street Fighter, edición post ETA: Ortega Lara versus Eduardo Madina”, que “la idea del enfrentamiento en un video juego (...) puede considerarse (...) desprovisto del carácter vejatorio o humillante que el tipo delictivo requiere”; (iv) en relación con el tuit: "Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar... Si no les das lo que a Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre de su lado", que “esta mención tampoco parece que encierre un llamamiento claro a actuaciones violentas, ni es directamente vejatorio contra Carrero Blanco (...)”; (v) En relación con el tuit: "cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco", que “este mensaje tampoco puede interpretarse como una llamada a la violencia contra alguna persona, ni como enaltecedor de la acción terrorista o como ofensivo para las víctimas”; y (vi) en relación con el tuit en que se afirma que "ya casi es el cumpleaños del Rey. ¡Que emoción! Otro usuario le dice: ‘ya tendrás el regalo preparado no? Qué le vas a regalar?’ A lo que contesta: ‘un roscón-bomba’”, que el demandante considera “que es una ironía gráfica”, se expone que las “explicaciones y contextualizaciones que va dando el acusado se ven corroboradas por el dato de

que en sus manifestaciones artísticas no existe una defensa de la violencia, si no es precisamente para, desde el sarcasmo y la ironía, provocar el efecto contrario” (fundamento de derecho tercero).

Esta sentencia absolutoria fue recurrida en casación por el Ministerio Fiscal, alegando como único motivo la inaplicación indebida del art. 578 CP. A esos efectos, argumentó que (i) “la Sala censurada afirma que el acusado y recurrido no buscaba enaltecer el terror ni humillar a sus víctimas. No obstante, el tipo penal no exige un dolo redoblado como elemento subjetivo, siendo suficiente la concurrencia del llamado dolo básico, para que deba entenderse que también el elemento intencional se encuentra presente”; y (ii) “el móvil, es decir el objetivo último de la actuación del recurrido, no debe confundirse con el conocimiento y voluntad de la acción continuada realizada, las cuales se encuentran en la misma, manifiestamente, presentes en toda la extensión ontológica del término”.

Por su parte, el órgano judicial de casación condenó al recurrente como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación a las víctimas, argumentando, que “el art. 578 del CP sólo exige el dolo, esto es, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo. En el presente caso, tener plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica de las acciones violentas de un grupo terrorista que se menciona con sus siglas de forma expresa y en el que se invita a otro grupo terrorista, fácilmente identificable por la identidad de algunas de sus víctimas, a repetir el secuestro más prolongado de nuestra reciente historia. Es así como queda colmada la tipicidad subjetiva del delito por el que el Fiscal formula acusación. La afirmación de que César Montaña no perseguía la defensa de los postulados de una organización terrorista y de que tampoco buscaba desprestigiar a las víctimas, es absolutamente irrelevante en términos de tipicidad. La estructura típica del delito previsto en el art. 578 del CP no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Basta con asumir como propia la justificación de una forma violenta de resolver las diferencias políticas –siempre en el marco de referencia que ofrecen los arts. 572 a 577–; basta con la reiteración consciente de esos mensajes a través de una cuenta de Twitter, para descartar cualquier duda acerca de si el autor captó con el dolo los elementos del tipo objetivo” (fundamento de derecho tercero).

A partir de ello, se afirma que (i) “es evidente que afirmaciones evocadoras de una mal entendida nostalgia por la actividad terrorista de los GRAPO, (...) el deseo de un nuevo secuestro de Ortega Lara (...); la justificación del asesinato de Carrero Blanco (...); o, en fin, la descripción

de un ‘roscón-bomba’ como un regalo idóneo para el día del cumpleaños del Rey, son expresiones que colman la tipicidad descrita por el art. 578 del CP”; y que (ii) “es evidente, sin embargo, que el objeto del presente proceso no era la actitud del acusado hace varias decenas de años frente al fenómeno terrorista, sino los mensajes de humillación que difundió valiéndose de su cuenta de Twitter (...). Esta Sala no puede identificarse con una interpretación del art. 578 del CP que para su aplicación exija la valoración de un dictamen pericial sobre la etiqueta que el autor reivindica para su propia obra artística. Entre otras razones, porque esos complementos explicativos no se incluyen en el mensaje de burla. Éste llega a la víctima en su integridad, sin matices aclaratorios de la verdadera intención del autor que los suscribe. La memoria de su propia tragedia no adquiere otra tonalidad cuando el dictamen pericial concluye que ha sido expresado con sátira o que es fruto de la crítica ácida. Afirmaciones como las difundidas en la red por César Montaña alimentan el *discurso del odio*, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano” (fundamento de derecho sexto).

B) Estos antecedentes ponen de manifiesto lo siguiente:

(i) La sentencia de instancia toma como presupuesto de la absolución del recurrente que no concurre la tipicidad subjetiva del delito al interpretar que el art. 578 CP exige, además de los tradicionales elementos configuradores del dolo, un específico ánimo o intención en el autor. A partir de ello, en el análisis de los hechos declarados probados, concluye que ese específico ánimo no estaba presente en la conducta del recurrente al publicar todos y cada uno de los tuits y, por tanto, que no cabe la condena del acusado.

(ii) La sentencia de casación toma como presupuesto de la condena del recurrente que sí concurre la tipicidad subjetiva del delito al interpretar que el art. 578 CP no exige ningún específico ánimo o intención en el autor añadido a los tradicionales elementos configuradores del dolo. A partir de ello, condena al recurrente al verificar que su absolución solo traía causa de esa errónea exigencia.

(iii) La controversia que llevó a la condena en la nueva instancia penal era de carácter netamente normativo respecto del contenido de la parte subjetiva del delito del art. 578 CP y no quedaba afectada ni la declaración de hechos probados, a partir de la valoración probatoria realizada en la instancia ni, propiamente, la subsunción de un necesario elemento subjetivo del

tipo, por lo que no resultaba necesario reiterar ninguna actividad probatoria ni oír al acusado ante la eventualidad de tener que afirmar la concurrencia de un elemento subjetivo del delito.

Se concluye que, a pesar de no haberse celebrado vista con intervención directa del recurrente, no se ha vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). La condena en la sentencia de casación trae causa de una controversia meramente jurídica sobre la configuración del elemento subjetivo del delito de art. 578 CP para la que, al no haberse tampoco alterado la declaración de hechos probados de la sentencia absolutoria de primera instancia, no era necesario celebrar vista pública con reproducción de pruebas personales y audiencia del acusado, sino que bastaba con la intervención del letrado del recurrente en la controversia jurídica que se planteaba, que efectivamente tuvo lugar.

4. *La jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la libertad de expresión en los supuestos de condena por delitos de enaltecimiento del terrorismo.*- El demandante invoca el derecho a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE] frente a su condena penal por un delito de enaltecimiento del terrorismo. Argumenta que la sentencia de casación no pondera la concurrencia del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y que los tuits por cuya publicación ha sido condenado no tienen contenido amenazante, no constituyen el denominado discurso del odio ni incitan a la violencia y no cabe apreciar su conexión práctica con ningún tipo de actores o de acciones susceptibles de ser considerados terroristas, apartándose con ello de la jurisprudencia constitucional y de la del TEDH.

Este Tribunal se ha pronunciado sobre la eventual colisión que puede provocar la condena por un delito de enaltecimiento del terrorismo con el derecho a la libertad de expresión en la STC 112/2016, de 20 de junio, FFJJ 2 a 4. En esta resolución se estudia (A) la jurisprudencia constitucional relativa con carácter general al derecho a la libertad de expresión, siguiendo lo establecido por el Pleno de este Tribunal en la STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2; (B) la eventual limitación que puede sufrir este derecho derivada de una respuesta penal por la comisión de un delito de enaltecimiento del terrorismo, siguiendo lo establecido por el Pleno de este Tribunal en la STC 235/2007, de 7 de noviembre; (C) la jurisprudencia del TEDH sobre esta cuestión. (D) Por último, nos referiremos también a la jurisprudencia constitucional sentada en la propia STC 112/2016 y en otras sentencias sobre el control de constitucionalidad para garantizar la aplicación del principio de proporcionalidad cuando se trata de limitaciones impuestas al derecho a la libertad de expresión en supuestos de aplicación de los delitos de enaltecimiento del terrorismo.

(A) **La jurisprudencia constitucional en relación con el derecho a la libertad de expresión:**

En la citada STC 112/2016, FJ 2, que se remite a la STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2, se destacan tres elementos caracterizadores de este derecho:

(i) El carácter institucional del derecho a la libertad de expresión. La STC 112/2016, declara lo siguiente (FJ 2, i): “La STC 177/2015 afirma que en una jurisprudencia unánime que arranca de las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 12/1982, de 31 de marzo, se subraya repetidamente la ‘peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión’, en cuanto que garantiza para ‘la formación y existencia de una opinión pública libre’, que la convierte ‘en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática’. De modo congruente con ello se destaca la necesidad de que dicha libertad ‘goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones’, que ha de ser ‘lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor’ [FJ 2 a)]. [...] 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’ [FJ 2 b)]”.

(ii) El carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de manifestaciones que alienten la violencia. La STC 112/2016, declara lo siguiente (FJ 2, ii): “La ya citada STC 177/2015 también 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 o justifiquen el odio basado en la intolerancia y que, del mismo modo, la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios [FJ 2 c)]” .

(iii) En relación con el discurso del odio, la STC 112/2016 declara lo siguiente (FJ 2, ii): “En relación con este elemento caracterizador, en la STC 177/2015 se afirmó que, ante conductas que pueden ser eventualmente consideradas manifestaciones del discurso del odio, la labor de control constitucional que debe desarrollarse es la de ‘dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia’ (FJ 4). Igualmente se recordaba que ‘[e]n la STC 136/1999, de 20 de julio, afirmamos que ‘no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre’ (FJ 15). Del mismo modo, la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre’ (FJ 4). Y, además, que ‘[e]s obvio que las manifestaciones más toscas del denominado ‘discurso del odio’ son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes’ (FJ 4).”

(iv) La proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión. La STC 112/2016 declara lo siguiente (FJ 2, iii): “[L]a STC 177/2015 pone de manifiesto los riesgos derivados de la utilización del ius puniendi en la respuesta estatal ante un eventual ejercicio, extralimitado o no, del derecho a la libertad de expresión por la desproporción que puede suponer acudir a esta potestad y el efecto desaliento que ello puede generar. Así, en dicha resolución se afirma que los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser siempre ponderados con exquisito rigor, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significativa importancia social y política respaldados por la legislación penal. A ese respecto se incide en que, cuando esto sucede, esas limitaciones siempre han de ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión

no resulte desnaturalizado, lo que obliga al Juez penal a tener siempre presente su contenido constitucional para ‘no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático’ [FJ 2 d)].”

B) La jurisprudencia constitucional en relación con la eventual limitación del derecho a la libertad de expresión en la aplicación del delito de enaltecimiento del terrorismo:

En la citada STC 112/2016, FJ 3, se declara lo siguiente: “La concreta cuestión de la eventual incidencia que podría tener la sanción de un delito de enaltecimiento del terrorismo en el derecho a la libertad de expresión no ha sido todavía objeto de ningún pronunciamiento de este Tribunal mediante Sentencia. Ahora bien, por la similitud estructural que presentan ambos tipos penales y por su incidencia sobre el derecho fundamental invocado, resulta necesario recordar la doctrina establecida en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en la que se analiza la constitucionalidad de los tipos penales referidos a la negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio. En la STC 235/2007, en relación con los delitos de genocidio se afirmaba que ‘la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión’ (FJ 9). Esa idea de la necesidad de que la justificación opere como una incitación indirecta a la comisión del delito fue la que determinó que la STC 235/2007 declarara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio, ante la ausencia de ese elemento de incitación en su tipificación (FJ 8). E, igualmente, fue la exigencia interpretativa de que debiera concurrir ese elemento de incitación en el delito de la difusión de ideas que justifiquen el genocidio, lo que permitió mantener su constitucionalidad (FJ 9 y apartado 2 del fallo). En efecto, en relación con la tipificación penal de esta última conducta, la STC 235/2007 afirmó que ‘[t]ratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas

merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE' (FJ 9).- Esta exigencia de que la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores requiere, como una manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión por ser necesaria esa injerencia en una sociedad democrática también aparece en el contexto internacional y regional europeo tal como se acredita con la actividad desarrollada tanto por el Consejo de Europa como por la Unión Europea en favor de sancionar penalmente las manifestaciones de apoyo a los fenómenos terroristas o a sus autores.”

En relación con la aprobación en el marco del Consejo de Europa del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (“BOE” núm. 250, de 16 de octubre de 2009) la citada STC 112/2016, en el mismo FJ 3, declara lo siguiente: “El informe explicativo de este convenio destacó, en relación con la sanción penal de estas conductas, los riesgos derivados de una eventual limitación desproporcionada del derecho a la libertad de expresión, enfatizando que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —se citaba la STEDH de 20 de enero de 2000, asunto Hogefeld c. Alemania— había establecido que no puede quedar amparado bajo el legítimo ejercicio de este derecho la incitación a actos terroristas violentos, por lo que ciertas restricciones a los mensajes que puedan constituir una incitación indirecta a delitos terroristas violentos están en consonancia con el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (§ 92 del informe explicativo)”

**C) La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular:**

En la citada STC 112/2016, FJ 4, se resume dicha jurisprudencia en los siguientes términos: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la eventual tensión que se podría generar entre la sanción penal de este tipo de conductas y el derecho a la libertad de expresión. A esos efectos, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos parte de la constatación de que este derecho no es ilimitado, en primer lugar, en aplicación del apartado segundo del art. 10 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), conforme al cual, su ejercicio ‘podrá ser sometido a ciertas formalidades,

condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial'. Igualmente, también ha sostenido que la libertad de expresión puede sufrir excepciones, en segundo lugar, en aplicación del art. 17 CEDH, conforme al cual, ninguna de las disposiciones del Convenio 'podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo'.- En concreto, por lo que se refiere a sanciones penales vinculadas a conductas de incitación o apología del terrorismo es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que podría resultar justificada una limitación de la libertad de expresión cuando pueda inferirse que dichas conductas supongan un riesgo para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito (por ejemplo, STEDH de 2 de octubre de 2008, as. Leroy v. France, § 43), bien sea como apoyo moral a la actividad —mediante el enaltecimiento de la propia actividad— (por ejemplo, SSTEDH de 16 de marzo de 2000, as. Özgür Gündem c Turquía, § 65; 7 de febrero de 2006, as. Halis Dogan c Turquía, § 37; 7 de marzo de 2006, as. Hocaogullari c Turquía, § 39; 10 de octubre de 2006, as. Halis Dogan c Turquía —núm. 3—, § 35); o como apoyo moral a la ideología a través de la loa a quienes desarrollan esa actividad —mediante el enaltecimiento de sus autores— (por ejemplo, STEDH de 28 de septiembre de 1999, as. Öztürk c Turquía, § 66; 2 de octubre de 2008, as. Leroy v. France, § 43). En aplicación de esta doctrina han sido diversas las resoluciones bien de inadmisión (DDTEDH de 13 de noviembre de 2003, as. Gündüz c Turquía —num. 2—; de 16 de junio de 2009, as. Bahceci y otros c Turquía) bien de desestimación de la lesión del derecho a la libertad de expresión (SSTEDH de 25 de noviembre de 1997, as. Zana c Turquía; de 8 de julio de 1999, as. Sürek c Turquía —núms. 1 y 3—; 7 de febrero de 2006, as. Halis Dogan c Turquía; 7 de marzo de 2006, as. Hocaogullari c Turquía; 10 de octubre de 2006, as. Halis Dogan c Turquía —núm. 3—; 2 de octubre de 2008, as. Leroy v. France) en supuestos en que quedaba acreditado que la condena penal se derivaba de conductas que eran concretas manifestación del discurso del odio por justificar el recurso a la violencia para la consecución de objetivos políticos".

Por otra parte, el Tribunal observa que la jurisprudencia del TEDH pone de manifiesto que en la ponderación de la incidencia que sobre la libertad de expresión puede tener la condena por este tipo de delitos resultan relevantes aspectos como, por ejemplo, el mayor o menor impacto de difusión pública dependiendo de la naturaleza de la conducta desarrollada (así, SSTEDH de 8 de julio de 1999, *as. Gerger c Turquía*, § 50; o de 2 de octubre de 2008, *as. Leroy c France*, § 45); las circunstancias personales de quien realiza la conducta (así, SSTEDH de 23 de abril de 1992, *as. Castells c España*, § 42; de 1 de febrero de 2011, *as. Faruk Temel c Turquía*, § 55; o de 15 de marzo de 2011, *as. Otegi Mondragón c España*, § 50; o DTEDH de 20 de enero de 2000, *as. Hogefeld c Alemania*); que la conducta desarrollada coincidiera en el tiempo con actos terroristas (SSTEDH de 25 de noviembre de 1997, *as. Zana c Turquía*, § 56; o de 2 de octubre de 2008, *as. Leroy c France*, § 45) o que se acreditara un contexto de violencia en que esa manifestación hubiera tenido alguna influencia (STEDH de 28 de septiembre de 1999, *as. Öztürk c Turquía*, § 69); o el contenido de las concretas manifestaciones proferidas, destacando que la valoración debe ser especialmente cautelosa cuando, aunque se trate de tonos hostiles e incluso de la defensa de objetivos contrarios al orden legal y constitucional establecidos, no puedan ser identificados como defensa de actitudes violentas en la consecución de esos objetivos (así, SSTEDH de 11 de diciembre de 2007, *as. Karakoyun y Taran c Turquía*, § 30; o de 21 de febrero de 2008, *as. Yalciner c Turquía* § 47).

D) La jurisprudencia constitucional sobre el control de constitucionalidad que debe desarrollarse en el juicio de proporcionalidad de la limitación del derecho a la libertad de expresión en los supuestos de aplicación de los delitos de enaltecimiento del terrorismo:

En relación con la aplicación del principio de proporcionalidad a las restricciones que afectan al derecho fundamental a la libertad de expresión, en la citada STC 112/2016, FJ 2, se declara que “la STC 177/2015 recuerda que en este contexto de análisis la labor que debe desarrollar el órgano judicial penal consiste en valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión, lo que determina que ‘la ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible’ y ‘constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en

consideración' [FJ 2 d)]. A esos efectos, la jurisprudencia constitucional ha afirmado como justificativo de esa posición no solo que “es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito” (SSTC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3, y 177/2015, de 22 de julio, FJ 2); sino también que el juez al aplicar la norma penal, como el legislador al definirla, no pueden “reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal” (STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5)”.

Esta doctrina, que es unánime desde el comienzo de la actividad del Tribunal Constitucional, deja sentado con claridad: (i) que la falta del examen preliminar de la eventual concurrencia en el caso concreto del ejercicio legítimo de derechos o libertades constitucionalmente amparables han de ser consideradas de por sí lesivas del derecho fundamental y dar lugar a la estimación del recurso de amparo y a la anulación de la resolución judicial impugnada; (ii) que han de quedar equiparadas las consecuencias de esa omisión a los supuestos en que la ponderación resultara manifiestamente carente de fundamento; y (iii) que ese examen preliminar también corresponde hacerlo al juez penal en el caso de sanciones penales como cuestión previa a la aplicación del tipo penal (así, SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 7; 42/1995, de 18 de marzo, FJ 2; 19/1996, de 18 de marzo, FJ 1; 2/2001, de 15 de enero, FJ 2; 115/2004, de 12 de julio, FJ 2; 127/2004, de 19 de julio, FJ 2; 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 3; 299/2006, de 23 de octubre, FJ 3; 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3; 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3; 41/2011, de 11 de abril, FJ 4; 177/2015, de 22 de julio, FJ 2; y 112/2016, de 20 de junio, FJ 2).

Por tanto, la labor de control de constitucionalidad que bajo la invocación del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] debe desarrollarse en este tipo de supuestos debe quedar limitada, antes de entrar en aspectos de legalidad penal ordinaria referidos a la concreta aplicación del tipo penal –que, en su caso, serán objeto de control bajo la invocación del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE)–, a verificar si las resoluciones judiciales impugnadas, al imponer la sanción penal, han valorado como cuestión previa si la conducta que se enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en ese marco de valoración, han ponderado las diversas circunstancias concurrentes en el caso, pues así lo impone el principio de supremacía de la Constitución y de respeto a los derechos fundamentales.

5. *Aplicación de la jurisprudencia constitucional a la invocación del derecho a la libertad de expresión.*- El Tribunal considera, en aplicación de la jurisprudencia constitucional expuesta, que la condena del recurrente ha vulnerado su derecho a la libertad de expresión, ya que, a pesar del esfuerzo desarrollado en las resoluciones impugnadas, **no se ha dado cumplimiento con la suficiencia requerida a la exigencia de valoración previa de si la conducta enjuiciada era una legítima manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión.**

A) En las actuaciones queda acreditado, que el órgano judicial de casación condenó al recurrente como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación a las víctimas (art. 578 CP) con apoyo en los siguientes argumentos, que se desarrollan con más detalle en los antecedentes de esta sentencia:

(i) En el fundamento de derecho segundo se reconocen las dificultades de interpretación del art. 578 CP vinculado a “la necesidad de ponderar en nuestro análisis los límites a la libertad de expresión y de hacerlo a partir de la equívoca locución –discurso del odio– con la que pretende justificarse la punición”. A partir de ello, se afirma, por un lado, “la importancia de no convertir la libertad de expresión –y los límites que ésta tolera y ampara– en el único parámetro valorativo para discernir cuando lo inaceptable se convierte en delictivo”, para derivar de ello que no todo mensaje inaceptable ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión; y, por otro, que la labor exegética del art. 578 CP no se ve favorecida por la invocación del discurso del odio como razón justificadora de su punición. Además, también se hace referencia a que la extensión de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios, lo que “ha de ser tenido en cuenta en el momento de ponderar el impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico-penal”.

(ii) En los fundamentos de derecho quinto y sexto se hace una exposición sobre la jurisprudencia interpretativa del art. 578 CP y se valora el contenido de los tuits enjuiciados para concluir que “son expresiones que colman la tipicidad descrita por el art. 578 del CP”, ya que la ironía, la provocación o el sarcasmo que animan sus mensajes no hacen viable una causa supralegal de exclusión de la culpabilidad. La sentencia condenatoria destaca, además, que el objeto del proceso no era la actitud del acusado hacia el fenómeno terrorista, sino los mensajes de humillación que difundió, concluyendo que “esta Sala no puede identificarse con una

interpretación del art. 578 del CP que para su aplicación exija la valoración de un dictamen pericial sobre la etiqueta que el autor reivindica para su propia obra artística. Entre otras razones, porque esos complementos explicativos no se incluyen en el mensaje de burla. Éste llega a la víctima en su integridad, sin matices aclaratorios de la verdadera intención del autor que los suscribe. La memoria de su propia tragedia no adquiere otra tonalidad cuando el dictamen pericial concluye que ha sido expresado con sátira o que es fruto de la crítica ácida. Afirmaciones como las difundidas en la red por César Montaña alimentan el discurso del odio, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano” (fundamento de derecho sexto).

B) Estos antecedentes ponen de manifiesto que la sentencia condenatoria hace un examen de la eventual afectación en el caso concreto del ejercicio legítimo de derecho a la libertad de expresión del acusado dedicando especialmente a ello el fundamento segundo. Ahora bien, el análisis realizado, a juicio de este Tribunal, no resulta suficiente desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, ya que no pondera con la intensidad exigida por la jurisprudencia constitucional las circunstancias concurrentes en el caso.

En efecto, este Tribunal no puede sino compartir con las resoluciones impugnadas la valoración que realizan en el sentido que no todo ejercicio extralimitado del derecho a la libertad de expresión ni la existencia de un sentimiento de odio convierten sin más la conducta enjuiciada en un ilícito penal. Esta afirmación, sin embargo, no resulta suficiente, por sí sola, para entender completada en su integridad la ponderación constitucionalmente necesaria con carácter previo al examen de la tipicidad, en la medida en que no permite conocer cuáles han sido las bases sobre las cuales se puede concluir que la conducta del recurrente debía ser considerada como un ejercicio, sea o no extralimitado, del derecho a la libertad de expresión –con la consiguiente entrada en juego del principio de proporcionalidad en la restricción de un derecho fundamental– o debía ser excluida de este concepto.

El Tribunal constata que en las resoluciones impugnadas se ha hecho también una referencia al uso de las nuevas tecnologías como elemento amplificador del daño e, igualmente, que se ha dedicado especial atención al contenido de los mensajes emitidos por el recurrente y su efecto sobre la dignidad e integridad moral de las personas mencionadas en ellos. Ambos aspectos –contenido, emisión y efectos de los mensajes–, como se desprende de lo que hemos afirmado,

forman parte de los criterios que hay que tomar en consideración cuando se da cumplimiento a la exigencia previa de ponderación del derecho a la libertad de expresión antes de analizar la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo aplicable a la conducta imputada al recurrente.

Sin embargo, el Tribunal considera que también estas argumentaciones resultan insuficientes, pues se observa la ausencia de consideraciones en relación con la dimensión institucional de la libertad de expresión: valoración de la importancia de los mensajes controvertidos desde el punto de vista de la formación de la opinión pública libre y del intercambio de ideas en consonancia con el pluralismo propio de una sociedad democrática; ponderación de si tales mensajes son susceptibles de ser interpretados como manifestaciones de adhesión a opciones políticas legítimas; consideración acerca de si la condena penal de los mensajes podría producir un efecto desaliento o acarrear la desnaturalización del derecho a la libertad de expresión por parte de quienes se propongan ejercitarla mediante la utilización de medios o con contenidos similares; estudio de si el contenido y la finalidad de los mensajes, en su autoría, contexto y circunstancias de quien los emite y de sus destinatarios, es equiparable a la defensa de actitudes violentas contra el orden legal y constitucional. Frente a la falta de consideraciones de esta naturaleza, se advierte que en la resolución impugnada se afirma concluyentemente que resultaba irrelevante ponderar cuál era la intención –irónica, provocadora o sarcástica– del recurrente al emitir sus mensajes, en relación con su trayectoria profesional como artista y personaje influyente, con el contexto en que se emitían los mensajes y con el mantenimiento de una línea de coherencia personal de condena de la violencia como medio de solución de conflictos.

No corresponde a nuestra jurisdicción pronunciarnos sobre si la intención perseguida con los mensajes enjuiciados se integra como elemento en el tipo objeto de acusación. Ahora bien, desde la perspectiva de la exigencia constitucional de ponderar previamente la eventual concurrencia de una conducta susceptible de ser integrada en el ámbito del derecho fundamental a la libertad de expresión, aquella intención, en ausencia de otros factores que puedan ser reveladores respecto de los restantes elementos a que se ha hecho referencia, lejos de constituir una falacia, resulta ser uno de los aspectos indispensables en el análisis, pues su preterición en tales circunstancias hace definitivamente imposible ponderar si el acto comunicativo debe entenderse como realizado en el ejercicio legítimo de aquel derecho.

La posición central que tiene el derecho a la libertad de expresión como regla material de identificación del sistema democrático determina que no solo el resultado del acto comunicativo respecto de los que se puedan sentirse dañados por él, sino también los aspectos institucionales que el acto comunicativo envuelve en relación con la formación de la opinión pública libre y la libre circulación de ideas que garantiza el pluralismo democrático, deben ponderarse necesariamente para trazar el ámbito que debe reservarse al deber de tolerancia ante el ejercicio de los derechos fundamentales y, en consecuencia, los límites de la intervención penal en la materia. La resolución impugnada, al omitir cualquier argumentación sobre este particular, y rechazar expresamente la valoración de los elementos intencionales, circunstanciales y contextuales e incluso pragmático-lingüísticos que presidieron la emisión de los mensajes objeto de la acusación, se desenvuelve ciertamente en el ámbito de la interpretación que corresponde al juez penal sobre el ámbito subjetivo del tipo objeto de la acusación, pero desatiende elementos que, dadas las circunstancias, resultaban indispensables en la ponderación previa que el juez penal debe desarrollar en materia de protección de la libertad de expresión como derecho fundamental.

Este Tribunal no desconoce los aspectos reprobables de los tuits formulados por el recurrente que se resaltan en las resoluciones recurridas en relación con la referencia al terrorismo como forma de acción política. Sin embargo, estima que el imperativo constitucional de respeto a la libertad de expresión impide categóricamente extraer conclusiones penales de estos elementos sin ponderar también el hecho de que los expresados tuits son susceptibles de ser interpretados como producto de la intencionalidad crítica en el terreno político y social a personas que ostentaban la condición de personajes públicos en el momento en que los actos comunicativos tuvieron lugar; y que, en uno de los casos, había tomado posición en favor de un determinado partido político.

En conclusión, el Tribunal considera que la sentencia condenatoria no ha dado cumplimiento con la necesaria suficiencia a la exigencia de valoración previa acerca de si la conducta enjuiciada era una manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, al negar la necesidad de valorar, entre otros aspectos, la intención comunicativa del recurrente en relación con la autoría, contexto y circunstancias de los mensajes emitidos. Esta omisión, por sí sola, tiene carácter determinante para considerar que concurre la vulneración del derecho a la libertad de expresión del demandante de amparo (así, SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 7; y 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3), por lo que, para su restablecimiento, se tiene que declarar la nulidad de las resoluciones pronunciadas en casación.

### **Fallo**

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la nación española, ha decidido estimar parcialmente el recurso de amparo interpuesto por don César Augusto Montaña Lehman y, en su virtud:

1º Declarar que ha sido vulnerado su derecho a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE].

2º Restablecerle en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 4-2017, de 18 de enero de 2017, y el auto de 6 de abril de 2017, pronunciadas en el recurso de casación núm. 1619-2016.

3º Desestimar el recurso en todo lo demás.

Publíquese esta sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a veinticinco de febrero de dos mil veinte.