STC 112/2016, de 20 de junio de 2016

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García y don Juan Antonio Xiol Ríos, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de amparo núm. 2514-2012, promovido por don Tasio Erkizia Almandoz, representado por el Procurador de los Tribunales don Javier Cuevas Rivas, bajo la dirección de la Letrada doña Jone Goirizelaia Ordorika, contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2012, que declara no haber lugar al recurso de casación núm. 1638-2011 interpuesto contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 3 de mayo de 2011 en el rollo de sala núm. 14-2010. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Han comparecido la Asociación Dignidad y Justicia, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Mónica Ana Liceras Vallina, bajo la dirección de la Letrada doña Carmen Ladrón de Guevara Pascual. Ha sido Ponente el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. El Procurador de los Tribunales don Javier Cuevas Rivas, en nombre y representación de don Tasio Erkizia Almandoz, bajo la dirección de la Letrada doña Jone Goirizelaia Ordorika, interpuso demanda de amparo contra las resoluciones que se mencionan en el encabezamiento, mediante escrito registrado en este Tribunal el 27 de abril de 2012.

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

a) La Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por Sentencia de 3 de mayo de 2011, dictada en el rollo de sala núm. 14-2010, condenó al recurrente, como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo [art. 578 del Código penal (CP)], con la

atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de un año de prisión y siete años de inhabilitación absoluta, imponiéndole las costas de la instancia, incluidas las de la acusación popular. La Sentencia consideró probados los siguientes hechos:

"I. El acusado, Tasio Erquizia Alamandoz es mayor de edad y carece de antecedentes penales.

II. El referido, el día 21 de diciembre de 2008 participó como principal orador en un acto celebrado en la localidad de Arrigorriaga (Vizcaya) en recuerdo y loa del responsable de la organización E.T.A. Jose Miguel Beñaran Ordeñana, alias 'Argala', quien había sido asesinado treinta años antes en la localidad francesa de Angelu.

El acto fue publicitado mediante carteles pegados en las calles en los que se transcribía un texto atribuido a Argala que dice:

'La lucha armada no nos gusta a nadie, la lucha armada es desagradable, es dura, a consecuencia de ellas se va a la cárcel, al exilio, se es torturado; a consecuencia de ella se puede morir, se ve uno obligado a matar, endurece a la persona, le hace daño, pero la lucha armada es imprescindible para avanzar'.

Para su celebración se colocó una carpa y en su interior una tarima o escenario elevado en el que, en su lado derecho desde el punto de vista del público asistente, había, sobre un caballete, una gran fotografía del miembro de ETA cuya figura se ensalzaba; en el centro, una pantalla en la que se proyectaron fotografía de miembros encapuchados de la banda terrorista y de presos y, a la izquierda, un atril desde el que el acusado pronunció un discurso, todo ello presidido por un cartel con el lema 'Independentzia Sozialismo 1949-1978', en referencia a la fecha de nacimiento y muerte del llamado Argala.

Durante el homenaje a 'Argala' actuaron bailarines o 'dantzaris' que ejecutaron una 'Ezpatadantza' o danza de espadas, baile de conmemoración y rendición de honores en el que los bailarines saludan con espadas de forma similar a la presentación de armas de los actos militares y también se ejecutó una 'Ikurrin dantza' o danza de la bandera en la que los danzantes adoptaron postura genuflexa frente al escenario, inclinando la cabeza hacia el suelo mientras en

el centro un abanderado hondeaba la ikurriña sobre ellos, tras lo cual depositaron claveles rojos ante la fotografía de Argala.

También intervinieron versolaris —improvisadores populares de versos en euskera— y músicos que tocaban instrumentos tradicionales vascos como la txalaparta, entre otros.

III. El discurso del acusado Tasio Erkizia Almandoz fue el momento central del acto. En él pidió 'una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático' y terminó con los gritos 'Gora Euskal Herria askatuta', 'Gora Euskal Herria euskalduna' y 'Gora Argala' -¡Viva Euskal Herria libre! ¡Viva Euskal Herria vasca! ¡Viva Argala!, gritos que fueron respondidos por el público.

Previamente, al subir al escenario, Erkizia colocó un clavel rojo sobre el soporte en el que se apoyaba la fotografía de Argala.

IV. El acusado no había tenido relación de amistad ni trato o contacto especial con José Miguel Beñaran Ordañana, 'Argala', cuya única actividad conocida fue su pertenencia, como dirigente, de ETA, grupo organizado que usando armas, explosivos y otros medios comete delitos contra aquellos que no comparten su proclamada finalidad de conseguir la independencia de 'Euskal Herria'."

b) La Sentencia en sus fundamentos de Derecho expone:

"2. El delito de enaltecimiento del terrorismo.

Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo previsto y penado en los artículos 578 y 579.2 del Código penal.

Como se dice en los autos del pleno de esta sala de 9 de julio de 2008, citados por la defensa, 'enaltecer', según el Diccionario de la Real Academia Española, es sinónimo de ensalzar, que significa engrandecer, exaltar, alabar.

Exaltar, es elevar a alguien o a algo a gran auge o dignidad, realzar el mérito o circunstancias de alguien.

Alabar es elogiar, celebrar con palabras.

Se coloca así al ensalzado, exaltado o alabado en una posición preferente de virtud o mérito convirtiéndolo en referente y ejemplo a imitar.

El que enaltece —sujeto activo del delito— otorga a los delitos de terrorismo y a los que en ellos intervienen —autores y partícipes— la condición de modelo a seguir, otorgándoles un valor de asimilación al orden jurídico, pese a contradecirlo frontalmente.

'Justificar' es, también según el diccionario, probar una cosa con razones convincentes o con testigos o documentos y también hacer justo algo.

En el tipo penal del que tratamos equivale a argumentar a favor del terrorista, disculpar sus acciones y aproximarlas o incluirlas en los actos permitidos por el ordenamiento jurídico, pese a vulnerarlo de modo directo. En palabras del Tribunal Supremo es hacer aparecer como acciones lícitas o legitimas aquello que solo es un comportamiento criminal —STS, 2, 149/2007 de 26 de febrero—.

El tipo penal exige, además, que los actos de 'enaltecimiento o justificación', estén dotados de una publicidad de cierta calidad y capacidad de incidencia (medios de expresión pública o difusión) y que se inscriban en una línea clara de concreto apoyo a acciones específicas de carácter terroristas en sentido estricto (ATS de 23 de septiembre de 2003).

Por ello, hay que distinguir entre lo que son 'actos' y 'delitos de terrorismo' (artículos 571 a 577 Código penal) y los que sin ser actos de terrorismo, expresan públicamente alguna forma de apoyo o solidaridad moral a los hechos o a sus autores (enaltecimiento o justificación), distinción que de forma inequívoca realizó el Tribunal Constitucional en STC 199/1987, de 16 de diciembre , al resolver los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre y cuya doctrina aparece recogida en el Auto del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2002 y en el de 14 de junio de 2002 .

Este último matiz es de gran trascendencia, pues como expresan los autos del Tribunal Supremo citados 'la apología, cuando se persigue penalmente, es un delito (de opinión) que versa sobre otro delito distinto, o delito-objeto: el de terrorismo, con el que no puede confundirse. De no ser así, esto es, si la apología del terrorismo fuera también delito de terrorismo, tendría que ser tratada de igual modo como delito la apología de la apología, lo que conduciría directamente al absurdo'…"

"3.2. Los elementos objetivos del tipo del artículo 578 C.P. exigen, por lo que concierne al caso, que en el acto colectivo se llevara a cabo la loa de 'Argala' con intervención del acusado, y, como antecedente, que esa loa estuviera vinculada a la conducta terrorista del ensalzado, para lo que ha de tenerse especialmente en cuenta a efectos de valoración de la prueba que 'en una concurrencia de personas gozan de tanta riqueza semiótica las palabras como los gestos' (STS 20.06.2007 antes citada).

Además es preciso que el acto haya tenido cierta repercusión pública, pues el tipo penal exige que el enaltecimiento se haga por cualquier medio de expresión pública o difusión.

La prueba practicada conduce a afirmar la concurrencia de dichas premisas:

a) De un lado, quedó patente por las imágenes vistas en el plenario que el acto es un homenaje a José Miguel Bañarán Ordeñana, 'Argala', pues es un acto que se celebra en su honor, con claras muestras de veneración y respeto hacia él con motivo del trigésimo aniversario de su fallecimiento.

Esta conclusión la extrae el tribunal de los siguientes hechos apreciados directamente en las imágenes:

1. En el escenario —elevado sobre el nivel del suelo para que fuese perfectamente visible—, sobre un caballete, hay una gran fotografía de Argala.

2. Durante el acto se tocan instrumentos tradicionales —txalaparta, txistu, etc.— y se recitan versos improvisados en su honor.

3. Se baila una ‘ezpatadantza’ o baile de espadas, danza siempre ligada a la conmemoración o a la rendición de honores y, en nuestro caso, con esta última función pues, como claramente se aprecia en las imágenes, los bailarines saludan militarmente con las espadas a la fotografía que hay sobre el estrado.

4. También bailan una Ikurrin dantza o baile de la bandera en la que se ondea la Ikurriña sobre la cabeza humillada de los danzantes, que están en postura genuflexa de frente al estrado (véase también la fotografía al folio 82).

5. Y, se depositan claveles rojos al pie de la fotografía como señal de respeto.

Todos estos gestos no pueden interpretarse sino como que el acto tenía por finalidad la loa de Argala.

Por último, que en él interviene el acusado como máximo protagonista es algo inconcuso y está admitido por él mismo tanto en fase de instrucción como en el plenario.

b) De otro lado, que la loa tenía por objeto la conducta terrorista del homenajeado queda patente por varios hechos, singularmente porque:

1. A José Miguel Beñarán Ordeñana, Argala, no se le conoce otra actividad que la terrorista.

Es un hecho notorio que fue dirigente de la banda y su gran influencia en la pervivencia del terrorismo etarra tras la instauración del Estado democrático.

2. Así quedó acreditado, además, por las declaraciones del testigo miembro del Cuerpo Nacional de Policía con número 77.665 que ratificó los dos informes que constan en la causa sobre quién era Argala y su participación en la actividad de ETA y por los propios carteles que convocaban al acto y en los cuales aparece una leyenda con palabras de Argala en las que dice que ‘La lucha armada no nos gusta a nadie, la lucha armada es desagradable, es dura, a consecuencia de ellas se va a la cárcel, al exilio, se es torturado; a consecuencia de ella se puede morir, se ve uno obligado a matar, endurece a la persona, le hace daño, pero la lucha armada es imprescindible para avanzar’ (por todos, folio 50 de autos).

3. Durante el acto se proyecta en una pantalla situada en el centro del escenario imágenes en las que se ve a varios encapuchados sentados tras una mesa con los símbolos y anagrama de ETA, así como imágenes de presos.

c) Finalmente, la aparición de la noticia en los medios de difusión, periódicos y noticiarios de televisión, es prueba de la repercusión pública del acto, como afirma la tan citada STS de 20.06.2007.

3.3. El acusado se prestó voluntariamente a participar como protagonista en un acto que, como se acaba de exponer, era un claro homenaje a un terrorista —condición que no se pierde por haber sido a su vez víctima de otros delincuentes que lo asesinaron—, y a su vista, ciencia y paciencia se desarrolló toda él que siempre giró en torno a la rendición de honores, loa, elogio y alabanza de 'Argala', por lo que no es razonable ni creíble la explicación de que se trataba sólo de un recordatorio dentro de un acto político.

Es más, si el acusado se hubiera limitado a pronunciar un discurso estrictamente político en defensa de la independencia del País Vasco y el socialismo su conducta no sería reprochable, pues España es una democracia tolerante, no militante; es decir, no se exige la adhesión a los postulados constitucionales sino que se puede defender cualquier idea —incluso el cambio de la estructura del Estado, de la forma política o la secesión de éste— siempre que se haga por medios democráticos -lo que excluye radicalmente la violencia y no se vulneren o lesiones los derechos fundamentales.

Sin embargo, el acusado no hace eso sino que, con ambigüedad calculada pide 'una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático', terminando su discurso con el grito de 'Gora Argala!' —¡Viva Argala!— ante cuya fotografía había depositado un clavel rojo.

Por lo tanto, del contexto en el que se produce su intervención, de su actitud y de sus palabras y gestos se extrae su voluntad de exaltar la figura de José Miguel Bañarán Ordeñana, Argala, cuya única actividad conocida es la de terrorista y al que se presenta como héroe e icono de la 'lucha del pueblo vasco' por el socialismo y la independencia".

c) El demandante de amparo formuló recurso de casación, alegando, entre otros motivos, la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], argumentando que la exteriorización de las ideas o de las propias convicciones, asociadas al ideario político de cada uno, solo podrían ser consideradas manifestaciones ilícitas cuando lleve aparejada una injerencia violenta o intimidatoria o cuando se hagan manifestaciones contrarias a derechos o se ensalcen a organizaciones terroristas. Esas circunstancias no habrían concurrido en este caso ya que en los hechos probados no aparece ninguna expresión en que se ensalce actividades terroristas, toda vez que la expresión "Gora Argala!" lo único que da es muestras de afecto a una persona en el marco de un homenaje familiar e íntimo al que acudieron 50 familiares y amigos en el trigésimo aniversario de su fallecimiento.

d) La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2012, acordada en el recurso de casación núm. 1638-2011, declaró no haber lugar al recurso. El concreto motivo de casación referido a la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] fue desestimado en el fundamento de derecho cuarto, tras hacer una exposición en que se justificaba la constitucionalidad del precepto, con la siguiente argumentación:

"1. Se alega que la condena se ha producido imputándose al acusado una manifestación 'Gora Argala' que se considera como loa a un terrorista miembro de ETA, pero la conducta del Sr. Erkizia no supone sino la libre expresión de un discurso político en el marco de una confrontación ideológica propia de un Estado de derecho, en el que el pluralismo político es la base, y donde se explicó la posición de la izquierda abertzale con respecto a la coyuntura política del momento, y el recuerdo a una persona fallecida de la que se ha sido amigo, sin otra trascendencia.

2. … En nuestra STS núm. 299/2011, de 25 de abril, indicamos que 'ciertamente el tipo penal de la exaltación/justificación en la doble modalidad del crimen o de sus autores, en la medida que constituye una figura que desborda la apología clásica del art. 18, puede adentrarse en la zona delicada de la sanción de opiniones, por deleznables que puedan ser consideradas, y, lo que es más delicado, pueden entrar en conflicto con derechos de rango constitucional como son los derechos de libertad ideológica y de opinión, reconocidos, respectivamente en los arts. 16.1 y 20.1 a) de la Constitución.

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

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

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

Es claramente un plus cualitativamente distinto del derecho a expresar opiniones arriesgadas que inquieten o choquen a sectores de una población, porque la Constitución también protege a quienes la niegan —STC 176/1995—, y ello es así porque nuestra Constitución no impone un modelo de 'democracia militante'. No se exige ni el respeto ni la

adhesión al ordenamiento jurídico ni a la Constitución. Nada que ver con esta situación es la alabanza de los actos terroristas o la apología de los verdugos.

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

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

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

En la sentencia de esta Sala núm. 676/2009 de 5 de junio de 2009, se abordan hechos relativos a la designación de 'reina y dama' de las fiesta de la localidad a dos personas condenadas por delitos de terrorismo relacionados con ETA. Los acusados exhibieron también unas fotos o monigotes, como dice la sentencia, en el salón de Pleno del Ayuntamiento y por las calles de la localidad. La Audiencia Nacional les condenó como autores de un delito de enaltecimiento del terrorismo. La sentencia de casación —ciertamente con un voto particular— desestimó el recurso interpuesto, destacando que se trataba el aplicado de un tipo específico descrito por el Legislador sin tacha de constitucionalidad, consistente en ensalzar, encumbrar o

mostrar como digna de honra la conducta de una determinada gravísima actuación delictiva, como es la de los elementos terroristas.

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

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

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

3. Y ciertamente, en ese contexto es donde tienen lugar los hechos declarados probados. En el presente caso nos encontramos con un acto de indudable 'homenaje' a un dirigente de la organización terrorista ETA. Organización que viene atemorizando y causando dolor a la sociedad española en general, y a la vasca en particular, durante ya más de cincuenta años. La sala de instancia examina el entorno y circunstancias en los que se producen las manifestaciones del acusado. La convocatoria de una manifestación en un espacio público, realizada con fotografías y textos de un miembro de ETA, militante activo hasta su fallecimiento, hondeando

la ikurriña, con ejecución de bailes de rendición de honores, en ese acto y circunstancias el acusado realiza su intervención, colocando un clavel rojo sobre el soporte en que se apoyaba una gran fotografía de Argala, y tomando después la palabra, acabó profiriendo como final de su actuación los gritos de 'Gora Euskal Herria askatuta', 'Gora Euskal Herria euskalduna' y 'Gora Argala', a los que respondió el público convocado.

Debe significarse que, (a diferencia de lo acontecido en otras ediciones de la conmemoración del aniversario con respecto a otros oradores) no es el contenido de las palabras pronunciadas en su discurso por el Sr. Erkizia recogidas parcialmente en el factum, y reflejadas en la grabación, que fue reproducida ante el acusado y el tribunal de instancia —siendo invocada por el acusado y su defensa repetidamente, a pesar de su impugnación en este recurso—, por independentista y contrario a la subsistencia del actual sistema constitucional, que sea, lo que resulta incompatible con el derecho a la libre expresión de ideas y libertad ideológica, sino que es el conjunto de actos desarrollados en honor del homenajeado con la participación del acusado como principal invitado, quien terminó su alocución con la expresión "gora Argala" ("Arriba Argala"), estando presente en el desarrollo de la danza, música, versos y efectuación personal de ofrenda floral, lo que excede de los límites legales del ejercicio del expresado derecho constitucional.

La pretendida disociación entre el estricto homenaje familiar a una persona, en el aniversario de su fallecimiento, y el enaltecimiento público de esa misma persona, en su cualidad de miembro destacado de una organización terrorista, como es ETA, no puede efectuarse. El desarrollo de todas las fase del descrito acto, con manifestación pública posterior de unas 250 personas por el casco urbano de la población, y el contexto de aquél, en un lugar tan señalado y público como los soportales de las antiguas escuelas municipales, ubicadas junto al Ayuntamiento (ver informe de la Ertzanza, f 84), no lo permiten.

Se ha de tener presente que, desde luego, no estamos ante una simple criminalización de opiniones discrepantes, como también que el bien jurídico protegido se centra en combatir los actos dirigidos a la promoción pública de 'quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, abortando toda clase de justificación y apoyo para lo que no son sino cumplidos atentados contra la significación más profunda del propio sistema democrático.' (STS 5-6-09).

La notoriedad de la trayectoria del citado ‘Argala’ y las circunstancias en las que se realizan los actos, permiten al Tribunal de instancia, concluir, acertadamente, que la mencionada tensión entre el derecho de libertad de expresión y la realización de los elementos del tipo del art. 578 CP, ha de resolverse a favor de éste. En el caso examinado resulta la procedencia de la condena de Tasio Erkizia, siendo su conducta penalmente incardinable en el delito de ensalzamiento, previsto y penado en dicho precepto. Sin que ello conlleve el resentimiento constitucional que se pretende.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado”.

La Sentencia incluye un Voto particular discrepante en que se sostiene que a partir de los hechos declarados probados y teniendo en cuenta todo el contexto de la intervención del acusado en el homenaje no puede afirmase que existiera una extralimitación del ejercicio del derecho a la libertad de expresión mediante una manifestación del discurso del odio.

3. El demandante de amparo aduce en su recurso que las Sentencias impugnadas han vulnerado sus derechos fundamentales a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], por lo que solicita su anulación.

El demandante de amparo expone que los derechos a la libertad ideológica, a la participación política y a la libre expresión de ideas son derechos de especial incidencia en un sistema cuya base es el pluralismo político y que la exteriorización de las ideas, de las propias convicciones, de manera oral, escrita o con la adopción de actitudes o conductas sociales y asociadas al ideario político de cada uno, solo podrán ser consideradas manifestaciones ilícitas cuando su exteriorización lleve aparejada una injerencia violenta o intimidatoria de la libertad de otra persona o grupo, o cuando se hagan manifestaciones contrarias a derechos o se ensalcen a organizaciones terroristas, porque en ese caso se traspasa la esfera del legítimo ejercicio del derecho. En relación con ello, argumenta que la condena se ha basado en la participación en un acto político en que se realizaron reflexiones de ese carácter, por lo que la conducta desarrollada “no supone sino la libre expresión de un discurso político en el marco de una confrontación ideológica propia de un Estado de derecho”. Igualmente, pone de manifiesto que en los hechos probados no aparece ninguna expresión en que se ensalce actividades terroristas, toda vez que la expresión “Gora Argala!” lo único que da es muestras de afecto en el marco de un homenaje

familiar e íntimo al que acudieron 50 familiares y amigos a recordar a una persona en el trigésimo aniversario de su fallecimiento.

En la demanda de amparo se justifica la especial trascendencia constitucional de recurso afirmando que el tipo penal de enaltecimiento del terrorismo en su doble modalidad de justificación del crimen o sus autores desborda el clásico delito de apología pudiendo entrar en conflicto con los derechos a la libertad ideológica y de expresión, lo que hace necesario un pronunciamiento del Tribunal constitucional en que se establezcan qué requisitos deben darse para deslindar el legítimo ejercicio del derecho de la comisión de un delito de enaltecimiento.

4. La Sala Primera de este Tribunal, por providencia de 3 de junio de 2013, acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), requerir que se remitiera certificación o copia adverada de las actuaciones y el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento para que pudiesen comparecer en el plazo de diez días en el proceso de amparo. Igualmente, se acordó formar la correspondiente pieza separada de suspensión, en la que, tras los trámites oportunos, se acordó por ATC 167/2013, de 9 de septiembre, denegar la suspensión solicitada.

5. La Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal, por diligencia de ordenación de 26 de julio de 2013, tuvo por recibidos los testimonios de las actuaciones; por personada a la Procuradora doña Mónica Ana Liceras Vallina, en nombre y representación de la Asociación Dignidad y Justicia; y acordó dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por un plazo de 20 días para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con el art. 52 LOTC.

6. El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 4 de octubre de 2013, presentó sus alegaciones interesando que se denegara el amparo solicitado.

El Ministerio Fiscal afirma, en primer lugar, que las resoluciones impugnadas han hecho un detenido análisis tanto de las expresiones proferidas por el recurrente como del contexto y actuaciones desarrolladas en el marco del acto para concluir que su conducta no quedaba amparada por el legítimo ejercicio de los derechos a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE]. A esos efectos, argumenta que desde la perspectiva de

los derechos invocados y tomando en consideración que la condena ha sido por un delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP resulta preciso analizar si las ideas expresadas por el recurrente "versaron sobre materias y se manifestaron de modo que pudieran contribuir a la formación de una opinión pública libre, como garantía del pluralismo democrático. De ser así la fuerza del derecho fundamental se convertiría en una causa de justificación que operaría como excluyente de la antijuridicidad de la conducta sancionada".

En relación con ello, el Ministerio Fiscal expone la jurisprudencia constitucional y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular, poniendo de manifiesto la consideración de que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado discurso del odio, definido como aquel desarrollado en términos que suponga una incitación a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. Así, destaca que en los hechos declarados probados se sostiene que el recurrente participó como principal orador en un acto celebrado en recuerdo y loa de un responsable de ETA, que se publicitaba mediante carteles pegados en las calles en que se transcribía un texto atribuido al homenajeado en que el que se afirmaba que la lucha armada era imprescindible para avanzar; que sobre un caballete se mostraba una gran fotografía del miembro de ETA homenajeado; que en el centro se situó una pantalla en la que se proyectaron fotografías de miembros encapuchados de ETA y que el discurso del recurrente fue el momento central del acto "y que en él pidió una reflexión para escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a un nuevo escenario democrático". A partir de ello, el Ministerio Fiscal concluye que la conducta del recurrente no puede encontrar amparo en la protección constitucional dispensada por los arts. 16.1 y 20.1 a) CE, ya que suponía "una particular manifestación personificada del conocido como 'discurso del odio'; esto es, aquella forma de expresión que propaga, promueve o justifica el odio racial, la xenofobia y otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia manifestada mediante un nacionalismo y etnocentrismo agresivos como los que representa la organización terrorista ETA".

7. La Procuradora doña Mónica Ana Liceras Vallina, en escrito registrado el 26 de septiembre de 2013, presentó sus alegaciones solicitando que el recurso de amparo fuera desestimado. Argumenta que la invocación del derecho a la libertad ideológica y de expresión se fundamenta en un presupuesto fáctico que no responde a la verdad objetiva que aparece reflejada en la Sentencia impugnada, ya que la condena trae causa de su participación destacada en un homenaje a un terrorista integrante de ETA hasta su muerte no solo con la manifestación

de “Gora Argala”, sino por sus palabras, gestos y el contexto y repercusión de su intervención. Igualmente, se afirma que esta intervención del recurrente no queda amparada por el derecho a la libertad ideológica y de expresión ya que “carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos más si cabe cuando ello pueda suponer una humillación de sus víctimas”.

8. El recurrente, en escrito registrado el 1 de octubre de 2013, presentó sus alegaciones ratificándose en su escrito de demanda de amparo.

9. Por providencia de 16 de junio de 2016, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 20 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de este recurso de amparo es analizar si las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado los derechos fundamentales del demandante de amparo a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y de expresión [art. 20.1 a) CE], por haber sido condenado penalmente como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP) con motivo de su intervención en un homenaje ciudadano tributado a una persona que había formado parte de la banda terrorista ETA en el trigésimo aniversario de su muerte producida como consecuencia de un atentado terrorista.

La especial trascendencia constitucional de este recurso, en los términos formulados a efectos meramente enunciativos y ejemplificadores en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, radica en la posibilidad de que el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de los derechos fundamentales, tenga la oportunidad de pronunciarse sobre una cuestión hasta ahora no planteada ante esta jurisdicción constitucional como es el eventual conflicto que puede generar la interpretación y aplicación del delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP) con el derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE].

2. La jurisprudencia constitucional ha destacado tanto el carácter preeminente que tiene el derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos, como su carácter limitado cuando entra en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales, como sucede, por ejemplo, con aquellas expresiones que son manifestación del discurso del odio y que cabe

interpretar como incitaciones a la violencia, discriminación contra colectivos, etc. Igualmente, la jurisprudencia constitucional también ha abordado la cuestión relativa a los límites que impone el principio de proporcionalidad a la injerencia que en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión supone la sanción penal de determinadas expresiones. La reciente STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2, destaca estos tres aspectos cuando expone lo siguientes elementos caracterizadores de este derecho:

(i) El carácter institucional del derecho a la libertad de expresión. 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 garantía 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)].

La STC 177/2015 continúa exponiendo que este carácter institucional determina que la jurisprudencia constitucional haya establecido que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica "aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática"; y que la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones "acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población", ya que en nuestro sistema "no tiene cabida un modelo de 'democracia militante', esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución … El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas" [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 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)].

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 recodaba 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).

(iii) La proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Por último, también la 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 significada 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)].

En relación con lo anterior 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).

3. 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 el marco del Consejo de Europa, cabe destacar la aprobación 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). El art. 5.1 de este Convenio, bajo la rúbrica "provocación pública para cometer delitos terroristas", establece que "[a] los efectos del presente Convenio, se entenderá por 'provocación pública para cometer delitos terroristas' la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la intención de incitar a cometer delitos terroristas, cuando ese comportamiento, ya preconice directamente o no la comisión de delitos terroristas, cree peligro de que se puedan cometer uno o varios delitos." En el art. 5.2 se impone a los Estados parte, entre ellos España, la adopción de "las medidas necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, la provocación pública para cometer delitos terroristas tal como se define en el apartado 1, cuando se cometa ilegal e intencionadamente".

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). Igualmente se puso de manifiesto que en el origen de la definición de esta conducta de provocación pública están los documentos elaborados por el grupo de trabajo sobre apología del terrorismo del comité de expertos sobre terrorismo del Consejo de Europa (Codexter-Apologie), quien había propuesto centrarse, entre otras conductas, en las expresiones públicas de apoyo a actos terroristas o grupos (§§ 86 a 88 del informe explicativo); teniendo para ello presente tanto las opiniones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa como del Comisionado para los Derechos humanos del Consejo de Europa que también habían sugerido que tal disposición podría cubrir, entre otras conductas, la difusión de mensajes de elogio al autor de un ataque terrorista (§ 95 del informe explicativo). De ese modo, se concluye en el informe explicativo que si bien finalmente en el

art. 5.1 del Convenio se utiliza una fórmula genérica frente a otra más casuística, permite una cierta discreción a los países para definir este delito en relación con, por ejemplo, la conducta de difundir la idea de que un acto terrorista pueda resultar necesario y justificado (§§ 96 a 98 del Informe explicativo).

Por su parte, en el marco de la Unión Europea, si bien en la redacción originaria de la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo ("DOCE" núm. L 164, de 22 de junio de 2002), se limitaba a incluir en el artículo 4.1 la obligación de tipificar como delito la inducción a la comisión de delitos terroristas. Con ocasión de la nueva redacción dada a su art. 3.1 a) por la Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008 ("DOUE" núm. L 330, de 9 de diciembre de 2008), ya se establece que se entenderá por "'provocación a la comisión de un delito de terrorismo' la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos".

4. 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. Hocaoğullari 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 (STEDH de 16 de junio de 2009, as. Bahceci y Turan c Turquía; decisión de 13 de noviembre de 2003, as. Gündüz c Turquía —num. 2—) 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. Hocaoğullari 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.

En conclusión, tomando en consideración la jurisprudencia de este Tribunal sobre la incidencia de las manifestaciones del denominado discurso del odio en el derecho a la libertad de expresión —que está en línea con la preocupación que a nivel internacional y regional se ha desarrollado en relación con la necesidad de sancionar penalmente las conductas de provocación a la comisión de delitos terroristas y la eventual incidencia que ello podría tener sobre el derecho a la libertad de expresión y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular—, hay que concluir que la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578 —“el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código [delitos de terrorismo] o de quienes hayan participado

en su ejecución”— supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

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 procedimiento de amparo debe quedar limitada, sin entrar en aspectos de legalidad penal ordinaria referidos a la concreta aplicación del tipo penal, a verificar si en este caso las resoluciones judiciales impugnadas, al imponer la sanción penal al recurrente, han ponderado esa concreta exigencia, como elemento determinante 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.

5. En el presente caso, como ha sido expuesto más detenidamente en los antecedentes, las resoluciones judiciales han justificado la condena del recurrente como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP), al haber considerado probado que participó como principal orador en un acto celebrado en la ciudad natal en recuerdo y loa de un responsable de la organización ETA, quien había sido asesinado treinta años antes. En concreto se destaca que aceptó intervenir en un evento de homenaje de una persona con la que no había tenido relación de amistad ni trato o contacto especial y cuya única actividad conocida fue su pertenencia, como dirigente, a la organización terrorista ETA. El acto se publicitó mediante carteles pegados en las calles en los que se transcribía un texto atribuido al homenajeado en que se menciona que “La lucha armada no nos gusta a nadie, la lucha armada es desagradable, es dura, a consecuencia de ellas se va a la cárcel, al exilio, se es torturado; a consecuencia de ella se puede morir, se ve uno obligado a matar, endurece a la persona, le hace daño, pero la lucha armada es imprescindible para avanzar” y para su celebración se usó una tarima en que se ubicó una gran fotografía del homenajeado; una pantalla en la que se proyectaron fotografías de miembros encapuchados de la banda terrorista y de presos; y un atril desde el que el demandante pronunció un discurso, todo ello presidido por un cartel con el lema “Independentzia Sozialismo 1949-1978”, en referencia a la fecha de nacimiento y muerte del llamado homenajeado. En el acto se desarrollaron bailes conmemorativos tradicionales de homenaje con el uso de espadas de forma similar a la presentación de armas de los actos militares y adoptándose posturas genuflexas frente al escenario ante un abanderado que ondeaba la ikurriña sobre ellos, tras lo cual

depositaron claveles rojos ante la fotografía del homenajeado. El discurso del recurrente fue el momento central del acto y en él pidió "una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático" y terminó con los gritos "¡Viva Euskal Herria libre! ¡Viva Euskal Herria vasca! ¡Viva Argala!", gritos que fueron respondidos por el público. Previamente, al subir al escenario, colocó un clavel rojo sobre el soporte en el que se apoyaba la fotografía del homenajeado.

La Sentencia de instancia argumentó que concurre el delito de enaltecimiento del terrorismo porque (i) el acto colectivo en que participó el demandante de amparo se desarrolló en loa del homenajeado, ya que se ubicó una gran foto del homenajeado sobre un escenario, se ejecutaron bailes y actuaciones tradicionales de homenaje y se depositaron claveles rojos al pie de la fotografía; (ii) esta loa estaba vinculada a la conducta terrorista del homenajeado, ya que al homenajeado no se le conocía ninguna otra actividad que la terrorista, la convocatoria se publicitó con un texto de este en que se hacía referencia a que la lucha armada es imprescindible para avanzar y durante el acto se proyectaba en una gran pantalla imágenes de varios encapuchados sentados tras una mesa con los símbolos y anagrama de ETA, así como de presos; y (iii) tuvo repercusión pública, apareciendo la noticia del homenaje en los medios de difusión, periódicos y noticiarios de televisión. Por lo que se refiere a la concreta autoría del demandante se argumenta que (i) se prestó voluntariamente a participar como protagonista en un acto que era un claro homenaje a un terrorista, condición que no se pierde por haber sido a su vez víctima de otros delincuentes que lo asesinaron, asistiendo a todo su desarrollo; y (ii) no se limitó a un discurso político reivindicativo, sino que con una ambigüedad calculada pide "una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático", terminando su discurso con el grito de "¡Gora Argala!" —"¡Viva Argala!"— ante cuya fotografía había depositado un clavel rojo.

Por su parte, la Sentencia de casación confirmó la condena impuesta argumentando (i) que el contexto en que se produce la conducta enjuiciada es la existencia de un grupo terrorista que propugna la independencia política del País Vasco mediante el uso de la violencia; (ii) que el acto es de indudable homenaje a un terrorista y no un mero acto familiar como pone de manifiesto el lugar donde se desarrolló —un lugar tan señalado y público como los soportales de las antiguas escuelas municipales, ubicadas junto al Ayuntamiento—, el propio contenido del acto y la manifestación pública posterior de unas 250 personas por el casco urbano de la población; (iii) que lo incompatible con los derechos a las libertades de expresión e ideológica

de la conducta del ahora demandante de amparo no es el contenido de las palabras pronunciadas en su discurso "sino que es el conjunto de actos desarrollados en honor del homenajeado con la participación del acusado como principal invitado, quien terminó su alocución con la expresión 'gora Argala' ('Arriba Argala'), estando presente en el desarrollo de la danza, música, versos y efectuación personal de ofrenda foral, lo que excede de los límites legales del ejercicio del expresado derecho constitucional"; y (iv) que la condena no supone la criminalización de opiniones discrepantes, sino la sanción de un acto dirigido a la promoción pública de "quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, abortando toda clase de justificación y apoyo para lo que no son sino cumplidos atentados contra la significación más profunda del propio sistema democrático".

6. En atención a lo expuesto, debe concluirse que las resoluciones judiciales impugnadas, al condenar al recurrente como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo por su participación en ese homenaje, no han vulnerado su derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE]. Su conducta no puede ser considerada como un legítimo ejercicio de este derecho, por ser manifestación del conocido como discurso del odio, al estar presentes todos los requisitos citados necesarios para ello: fue una expresión de odio basado en la intolerancia (el acto se publicitó mediante carteles pegados en las calles en los que se transcribía un texto atribuido a Argala que dice: "La lucha armada no nos gusta a nadie, la lucha armada es desagradable, es dura, a consecuencia de ellas se va a la cárcel, al exilio, se es torturado; a consecuencia de ella se puede morir, se ve uno obligado a matar, endurece a la persona, le hace daño, pero la lucha armada es imprescindible para avanzar"; con proyección de fotografías de miembros encapuchados de la banda terrorista; el recurrente pidió con ambigüedad calculada "una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático"); manifestado a través de un nacionalismo agresivo; con inequívoca presencia de hostilidad hacia otros individuos. Es cierto que la Recomendación núm. R (97) 20 del Consejo de Europa de la que parte la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es aplicable a la difusión a través de los medios de comunicación. Sin embargo, no puede obviarse en el presente caso dos ideas. Por una parte, los hechos cursaron en un acto público, lo que sin problemas puede entenderse como de eficacia perfectamente equiparable. Por otra, como reflejan las sentencias que antecedieron a ésta, el acto tuvo repercusión pública, apareciendo la noticia del homenaje en los medios de difusión, periódicos y noticiarios de televisión, dato que no podía ignorar el recurrente.

Además, puede afirmarse que hubo una instigación a la violencia. Ciertamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 16 de julio de 2009, caso Feret c Bélgica, § 73, recuerda que "la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo". Parece claro, pues, que si los hechos implican tal incitación a la violencia, con mayor razón pueden incardinarse en dicho discurso (SSTEDH de 29 de abril 2008, caso Kutlular c. Turquía, § 49; de 16 de julio de 2009, caso Feret c. Bélgica, § 64; de 8 de julio de 1999, caso Sürek c. Turquía, § 62). Incitar supone siempre llevar a cabo una acción que ex ante implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta. Desde esta última perspectiva, acciones como las que nos ocupan crean un determinado caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo, singularmente si se tienen en cuenta las circunstancias en las que cursaron los hechos: fue un acto público, previamente publicitado mediante carteles pegados en las calles, en un contexto en el que la actividad terrorista seguía siendo un importante problema social. Por consiguiente, es incuestionable que, para un espectador objetivo, la conducta del recurrente era idónea para contribuir a perpetuar una situación de violencia.

El planteamiento efectuado no es ajeno a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, tal como ya se ha expuesto anteriormente, la citada STC 235/2007, para entender como legítima la sanción de conductas de punición de justificación del genocidio, afirmó que "será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial transcendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación" (FJ 9). Es más, es claro que la justificación del genocidio ex ante, en determinado ambiente social, caracterizado por un rechazo generalizado de tales doctrinas, puede ser menos peligroso para bienes constitucionales que la conducta aquí objeto de consideración, llevada a cabo en un ambiente social en el que, patentemente, resultaba mucho más fácil que prendiera la llama. El contexto en el que acaecen los hechos no es jurídicamente irrelevante (STEDH Sürek contra Turquía, de 8 julio 1999, § 62).

Las resoluciones judiciales impugnadas, en su labor de interpretación y aplicación del art. 578 CP, han ponderado adecuadamente todas las circunstancias concurrentes en la conducta del demandante de amparo. Concluyen correctamente no solo la aplicación del tipo penal —sobre lo que nada tiene ahora que decir este Tribunal al no ser una cuestión controvertida en este recurso de amparo bajo la invocación del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE)—; sino, especialmente, que era una conducta que no quedaba amparada dentro del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], que es el concretamente invocado en este amparo, al tratarse de una manifestación del discurso del odio que incitaba públicamente el uso de la violencia en la consecución de determinados objetivos políticos. Al respecto, no es ociosa la cita de STEDH de 8 julio 1999, caso Sürek contra Turquía, §§ 61-62, en la que se subraya que "allí donde las declaraciones litigiosas inciten al uso de la violencia con respecto a un individuo, un representante del Estado o una parte de la población, las autoridades nacionales gozan de un margen de apreciación más amplio en su examen de la necesidad de una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión". Aceptado, como aquí hemos hecho, la presencia de dicha incitación a la violencia en los hechos objeto de enjuiciamiento, se comprimen aún más los márgenes para apreciar el ejercicio legítimo del derecho invocado.

En conclusión, debe denegarse el amparo solicitado por el demandante, toda vez que la sanción penal de su conducta, por ser una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia, a través del enaltecimiento del autor de actividades terroristas, la cual no puede quedar amparada dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE].

F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el recurso de amparo interpuesto por don Tasio Erkizia Almandoz.

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

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.
Dada en Madrid, a veinte de junio de dos mil dieciséis.

Votos

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2514-2012

Con respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Sala en la que se sustenta la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con parte de la fundamentación jurídica y el fallo de esta. Considero que hubiera debido ser estimatoria por vulneración del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE].

1. Votos particulares en defensa de la libertad de expresión.

Son numerosos los votos particulares que me he considerado obligado a formular en mi función de magistrado del Tribunal Constitucional. Algunos de ellos lo han sido para discrepar de opiniones mayoritarias que, a mi juicio, restringían los estándares mínimos de protección de los derechos a la libertad de expresión e información por haber considerado que determinadas injerencias represivas en su ejercicio eran necesarias y proporcionadas (así, SSTC 73/2014, de 8 de mayo; 18/2015, de 16 de febrero; 65/2015, de 13 de abril, y 177/2015, de 22 de junio). Como afirmé en el Voto particular formulado a la STC 177/2015 estos derechos están íntimamente ligados a la democracia y son uno de los mejores indicadores de su calidad. Todo proceso de democratización comienza con la expansión de los derechos a la libertad de expresión e información por constituirse en una regla de reconocimiento inherente a ese sistema. La libertad de expresión, como tantas veces se ha reiterado en la jurisprudencia constitucional y en la internacional de los derechos humanos, es uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Todo proceso de deterioro democrático, en contraposición, comienza con la restricción de estos derechos.

No es fácil mostrarse discrepante cuando la cuestión de fondo planteada es el conflicto que generan conductas tan sensibles socialmente como son las de enaltecimiento del terrorismo o de la violencia en general con el derecho a la libertad de expresión. Opiniones favorables a la preferencia por la seguridad emergentes en nuestro entorno político y cultural derivadas de la amenaza que comporta la globalización del fenómeno terrorista harían más cómodo aliarse con la imperante idea de la justificación de legislaciones de excepción. Sin embargo, la defensa de los derechos fundamentales y, especialmente, del derecho a la libertad de expresión, determina que la protección que debe dispensarse deba ser especialmente cuidadosa cuando se trate de aquellas conductas que menos consenso puedan suscitar por resultar molestas o inquietantes o por chocar con las sustentadas por el Estado o una parte cualquiera de la población. El mejor derecho se hace a veces con las personas menos deseables (Frankfurter). El haz de garantías que dispensa el derecho a la libertad de expresión no resulta relevante respecto de manifestaciones acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes. Su campo de actuación es, precisamente, aquellas manifestaciones más extremas en que la discrepancia valorativa sea radical en relación con el propio sistema, por la conexión que tienen con una sociedad democrática los principios del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, a los que sirve la libertad de expresión. La grandeza de la democracia, por ser una regla de reconocimiento del propio sistema democrático, es tanto mayor cuanto más coherente sea la feroz defensa de la posibilidad de que quienes discrepen con la democracia misma así puedan manifestarlo.

Ciertamente, el derecho a la libertad de expresión no es de carácter absoluto y cualquier injerencia del Estado en el ejercicio de ese derecho no puede ser considerada lesiva del mismo. En esa idea se fundamenta la opinión mayoritaria en la que se sustenta la Sentencia para considerar que la conducta del recurrente, por ser una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia, a través del enaltecimiento del autor de actividades terroristas, no puede quedar amparada dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE].

Debo mostrar mi acuerdo con el planteamiento general de la opinión mayoritaria en lo que se refiere a la doctrina constitucional aplicable al caso, si bien considero que hubiera sido necesario profundizar en el estudio de los elementos que posibilitan la represión penal de conductas de justificación de la violencia terrorista desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión. Esa profundización hubiera debido llevar a concluir, y esa es mi discrepancia

principal con la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, que en el presente caso no concurren esos elementos que hacen que la sanción impuesta al demandante resulte necesaria y proporcionada desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión.

2. La represión penal de conductas de justificación de la violencia terrorista es legítima en el marco de la libertad de expresión.

El planteamiento general de la opinión mayoritaria parte del presupuesto de que la cuestión sometida a la consideración del Tribunal en el presente recurso de amparo es el conflicto que genera la interpretación y aplicación del delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP) con el derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE]. A partir de ello, y siguiendo una consolidada jurisprudencia constitucional, establece que en este contexto de análisis la labor que corresponde al órgano judicial penal consiste en valorar, como cuestión previa a la propia 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 esta. Respecto de esa valoración la opinión mayoritaria realiza un interesante análisis —que se ha incluido en la Sentencia— sobre el tratamiento de esta materia en la jurisprudencia constitucional, en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en dos instrumentos normativos regionales como son el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, y la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, en la redacción dada tras la reforma por la Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008. La conclusión que obtiene de este análisis la opinión mayoritaria es que la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP) supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores solo en el caso en que dichas conductas propicien o alienten, aunque sea de manera indirecta, a la violencia terrorista, poniendo en una situación de riesgo a las personas o derechos de terceros o al propio sistema de libertades.

Comparto este planteamiento general de la opinión mayoritaria porque supone una necesaria clarificación de los límites constitucionales a la intervención penal en relación con las conductas de enaltecimiento del terrorismo, bien a través de justificación de la propia violencia terrorista, bien a través de la exaltación de sus autores. Me parece que es fundamental

en el actual contexto de emergencia de nuevas realidades terroristas que la jurisprudencia constitucional deje claro (i) que la labor de los órganos judiciales penales en la aplicación del tipo penal del art. 578 del Código penal no queda limitada a la subsunción de los elementos objetivos y subjetivos del tipo, sino que, al tener también encomendado esos mismos órganos judiciales la protección de los derechos fundamentales, se les exige una previa ponderación de la injerencia que esa respuesta penal implica para la libertad de expresión; y (ii) que en esa previa ponderación lo determinante desde el punto de vista constitucional, y a cuya exigencia está sujeto el órgano judicial penal, es que la conducta enjuiciada, más allá del estricto cumplimiento de los elementos objetivos y subjetivos del delito de enaltecimiento del terrorismo, suponga una incitación, aunque sea indirecta, a la violencia terrorista.

Es de agradecer esta contundencia en la posición de la opinión mayoritaria, que incluso se ha traducido en una doble cita de la doctrina constitucional establecida en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en que se afirmó que la constitucionalidad de la sanción penal de la difusión de ideas que justifiquen el genocidio solo resultaba posible "siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión" (FJ 9). Tal contundencia espero que sea correctamente interpretada por los operadores jurídicos en el sentido de que este pronunciamiento constitucional implica una suerte de sentencia interpretativa en relación con el tipo penal de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP, en la línea de lo que ya se sostuvo respecto del delito de difusión de ideas que justifiquen el genocidio en la citada STC 235/2007. Espero, en una palabra, que la jurisprudencia constitucional cumpla en esta ocasión con su función.

3. Hacía falta profundizar en los elementos que posibilitan la represión penal de conductas de justificación de la violencia terrorista desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión.

La opinión mayoritaria en la que se sustenta la Sentencia es clara y contundente sobre la exigencia de que la constitucionalidad de la represión penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo impone que se acredite que exista una incitación, aunque sea indirecta, a la violencia terrorista. Entiendo esta opinión como un avance muy importante. Sin embargo, creo que el avance en la línea constitucionalmente exigible hubiera sido mayor si se hubiera realizado un mayor esfuerzo para profundizar en la determinación de los elementos que deben de ser tomados en consideración, desde una perspectiva constitucional, para valorar la

necesidad y proporcionalidad de la injerencia de la intervención penal respecto de este tipo de conductas.

El desarrollo de esta labor de concreción se hubiera visto muy favorecido, dentro del marco de lo que ha venido a llamarse el diálogo de tribunales —ya sé que algún miembro de la Sala no comparte este concepto, en el que yo insisto amablemente—, con un análisis más detallado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por el gran número de ocasiones en que ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre asuntos semejantes al que se plantea en el presente recurso de amparo. A esos efectos, por ejemplo, hubiera sido esclarecedor un análisis más detenido sobre la relevancia que en esta valoración puede tener el mayor o menor impacto de difusión pública dependiendo de la naturaleza de la conducta desarrollada. Con carácter general, este tipo de conductas se suelen asociar a acciones que tienen lugar en medios de comunicación social con una amplia repercusión. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha enfrentado también a otras manifestaciones del ejercicio de la libertad de expresión con un inferior impacto como son la publicación de libros en forma de narraciones, ensayos académicos o incluso poemarios; la lectura de un comunicado ante 150 personas (STEDH de 1 de febrero de 2011, as. Faruk Temel c Turquía) o la participación en actos conmemorativos como es, precisamente, el que dio lugar a este recurso de amparo. A ese respecto, la STEDH de 8 de julio de 1999, as. Gerger c Turquía, en un supuesto de sanción penal por las expresiones proferidas en una ceremonia conmemorativa de diversas personas sentenciadas a muerte y ejecutadas veinte años antes por un delito de intentar subvertir el orden constitucional mediante la violencia, que fueron interpretadas como una defensa de la legitimidad de la causa independentista de parte del territorio nacional turco, afirma que "[l]a Corte observa que el mensaje del demandante fue leído solamente ante un grupo de personas que asistieron a una ceremonia conmemorativa, lo que limita considerablemente su impacto potencial sobre la seguridad nacional, el orden público o la integridad territorial" (§ 50).

Del mismo modo, hubiera sido también importante comprobar la incidencia que otorga el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en este tipo de ponderaciones a las circunstancias personales de quien realiza la conducta. No es preciso recordar que, con carácter general, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que "[e]l artículo 10.2 apenas deja lugar para restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso y el debate político —en el cual la libertad de expresión reviste la más alta importancia— o de las cuestiones de interés

general. Preciosa para todos, la libertad de expresión lo es muy especialmente para un cargo electo del pueblo; representa a sus electores, manifiesta sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por consiguiente, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario obligan al Tribunal a realizar un control más estricto" (STEDH de 15 de marzo de 2011, as. Otegi Mondragón c España, § 50). Esa misma apreciación la ha extendido a los supuestos concretos referidos a conductas relacionadas con la incitación al terrorismo (STEDH 23 de abril de 1992, as. Castells c. España, § 42; o, más recientemente, STEDH de 1 de febrero de 2011, as. Faruk Temel c Turquía, § 55). Por el contrario, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha justificado esa limitación del ejercicio de la libertad de expresión en casos de personas detenidas por actos terroristas o miembros de ese tipo de organizaciones cuya finalidad fuera el justificar dichos actos (DTEDH de 20 de enero de 2000, as. Hogefeld c Alemania).

Otro de los elementos que han sido relevantes en las valoraciones realizadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es 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. Respecto de esto último, es de destacar como la STEDH de 28 de septiembre de 1999, as. Öztürk c Turquía, en relación con el contenido de un determinado libro, señala que "el Tribunal no está convencido de que a la larga la edición de noviembre de 1988 podría haber tenido un efecto perjudicial sobre la prevención del desorden y el delito en Turquía. De hecho, el libro ha estado en venta abierta desde 1991 y, al parecer, no ha agravado la amenaza de 'separatista' que, según el gobierno, se habría producido antes y después de la condena del señor Öztürk" (§ 69).

Por último, también resulta interesante el análisis realizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de las concretas manifestaciones proferidas. A esos efectos si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que esta cuestión no es tan relevante en los casos en que puede apreciarse la existencia de una incitación directa de la violencia terrorista (SSTEDH de 7 de febrero de 2006, as. Halis Dogan c Turquía, § 37; o 7 de marzo de 2006, as. Hocaogullari c Turquía, § 39); su valoración debe ser más cautelosa cuando, a pesar de tratarse de tonos hostiles e incluso de la defensa de objetivos contrarios al orden legal y constitucional establecidos, no puedan ser identificado como defensa de actitudes violentas en la consecución de esos objetivos. Así, por ejemplo, la STEDH de 11 de diciembre de 2007, as. Karakoyun y Taran c Turquía, afirma que "aunque ciertos pasajes dibujan un cuadro extremadamente

negativo de Turquía y, consecuentemente, dan a la narración un tono hostil, ello no incita la violencia, la resistencia armada o la insurrección, por lo que no constituye una manifestación del discurso del odio, lo que, desde la perspectiva del Tribunal, es un factor esencial" (§ 30). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha enfrentado también a supuestos en que el discurso podía ser considerado de una ambigüedad calculada. Ese fue el caso de la STEDH de 21 de febrero de 2008, as. Yalciner c Turquía. En esa resolución, "[e]l Tribunal aprecia que existe una ambigüedad deliberada en la terminología usada en el discurso del demandante en lo referente al método a adoptar en respuesta a las medidas adoptadas por las autoridades. Por un lado, llamó a la acción política y, por otro, expresó una cierta justificación de la lucha armada, al describir la presencia del Ejército turco en el sudeste de Turquía como 'ocupación'. En efecto, si bien no hacía un abierto llamamiento al uso de la fuerza y de la violencia como método de acción, tampoco la disociaba claramente del uso de la violencia" (§ 46). En relación con ello, se afirma que "[e]n estas circunstancias, por tratarse del discurso de un político que puede comprometer la paz civil del país, el Tribunal considera que la condena del demandante como tal, incluso tomando en consideración el limitado margen de apreciación del que disponen los estados en esta materia, podría ser considerado razonablemente una respuesta a una 'necesidad social imperiosa'. Las razones expuestas por las autoridades para justificar la condena del demandante eran 'relevantes y suficientes'" (§ 47). La Sentencia continúa afirmando que, "[e]n cualquier caso, el Tribunal debe también tomar en consideración la naturaleza y la severidad de las sanciones para valorar la proporcionalidad de la injerencia. Se comprueba que en este caso el demandante fue condenado inicialmente a una pena de prisión de un año y un mes" (§ 48). A partir de esto concluye que, a pesar de posteriormente se suspendiera su ejecución estableciendo una serie de condiciones, existió una vulneración del art. 10 CEDH porque la injerencia que para su libertad de expresión suponía esa condena resultaba desproporcionada para los fines legítimamente perseguidos.

4. Los órganos judiciales omitieron una ponderación específica sobre el derecho a la libertad de expresión.

La opinión mayoritaria en la que se sustenta la Sentencia, como ya se ha expuesto, incide especialmente en que los órganos judiciales penales, dentro de su función de protección de los derechos fundamentales, deben 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 se enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión.

Citando la STC 177/2015, de 22 de julio, establece además 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)]. En atención a esto, pero de una manera casi apodíctica, la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia sostiene que las resoluciones judiciales impugnadas, en su labor de interpretación y aplicación del art. 578 CP, han ponderado adecuadamente todas las circunstancias concurrentes en la conducta del demandante de amparo y han concluido correctamente no solo la aplicación del tipo penal; sino, especialmente, que era una conducta que no quedaba amparada dentro del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], al tratarse de una manifestación del discurso del odio que incitaba públicamente al uso de la violencia en la consecución de determinados objetivos políticos.

No comparto esa opinión. Si se pone en relación esta obligación de ponderación de los órganos judiciales penales con la circunstancia, también señalada, de que la legitimidad de la injerencia penal en el ejercicio de la libertad de expresión en este tipo de conductas queda estrictamente vinculada a que se acredite que supone una incitación, aunque sea indirecta, a la comisión de ilícitos penales, poniendo en riesgo los derechos de terceros o el propio orden constitucional, habría que haber concluido que en este caso las resoluciones judiciales impugnadas no habían hecho esa valoración previa. En efecto, partiendo de la base de que el art. 578 CP se sanciona "el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código [delitos de terrorismo] o de quienes hayan participado en su ejecución", ambas resoluciones judiciales se han centrado, a mi juicio de manera evidente, en una labor estrictamente formal de interpretación y aplicación del citado precepto penal limitándose a constatar (i) que, conforme a su tenor literal, se sanciona, entre otras, la conducta de enaltecimiento de quienes hayan participado en la ejecución de delitos terroristas; y (ii) que la conducta desarrollada por el recurrente constituía el enaltecimiento de una persona que treinta años antes había formado parte de una organización terrorista. Sin embargo, a tenor de la amplia transcripción que se ha realizado en los antecedentes, no han llevado a cabo la labor de ponderación que les correspondía como garantes de los derechos fundamentales, ya que no han hecho un análisis previo de verificación acerca de (i) si la conducta desarrollada por el recurrente podría ser considerada un legítimo ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, en atención a que no

era susceptible de ser valorada como una incitación, aunque fuera indirecta, a la comisión de ilícitos penales; (ii) o, por el contrario, si no quedaba amparada por el ejercicio de ese derecho al poner de manifiesto que constituía un riesgo para los derechos de terceros o el orden constitucional derivado de su potencial efecto, aunque fuera indirecto, para incitar a la comisión de ilícitos penales.

La ausencia de esa ponderación previa constituye en sí misma, según la jurisprudencia del Tribunal, una vulneración de este derecho fundamental a la libertad de expresión que hubiera debido implicar la necesidad de que este recurso de amparo fuera estimado.

5. No es acertada la valoración sobre la concurrencia en el presente caso de una conducta que incitaba a la violencia terrorista.

La opinión mayoritaria en la que se sustenta la Sentencia concluye que en el presente caso la condena del recurrente no vulnera su derecho a la libertad de expresión porque su conducta incitaba a la violencia a través del enaltecimiento del autor de actividades terroristas. Los argumentos en que se sustenta esa conclusión son (i) que, si bien la conducta no se desarrolló en un medio de comunicación, lo fue en un acto público que puede ser considerado como de eficacia equiparable al ser recogido por los medios de comunicación; (ii) que la conducta del recurrente fue una expresión de odio basada en la intolerancia manifestado a través de un nacionalismo agresivo con inequívoca presencia de hostilidad hacia otros individuos, como acreditaría el hecho de que el acto se publicitó mediante carteles pegados en las calles en los que se transcribía un texto atribuido al homenajeado en que se destaca que “la lucha armada es imprescindible para avanzar”, se proyectaban fotografías de miembros encapuchados de la banda terrorista y de que el recurrente pidió con ambigüedad calculada “una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático”; y (iii) que esa conducta era idónea para incitar a la violencia y contribuir a perpetuar una situación de violencia, ya que creaba un determinado caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas en un contexto en el que la actividad terrorista seguía siendo un importante problema social.

Discrepo de esta argumentación. Considero que la reacción punitiva del Estado imponiendo una sanción penal privativa de libertad de un año y siete años de inhabilitación absoluta al demandante de amparo por la conducta que desarrolló en el homenaje a “Argala”

no era necesaria ni proporcionada, desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, por no poder ser considerada una incitación, aunque fuera indirecta, a la violencia terrorista. Las razones en las que sustento esta conclusión son las siguientes:

(i) La opinión mayoritaria ha utilizado para analizar la conducta del recurrente un contexto muy amplio formado por conductas y actos que, a partir de la declaración de hechos probados de las Sentencias impugnadas, no cabe imputar al demandante de amparo. Las circunstancias, por ejemplo, de que el acto se convocara mediante una cartelería en que aparecía una determinada expresión imputada al homenajeado sobre la necesidad de la lucha armada o que durante su desarrollo se emitieran fotografías de personas encapuchadas pertenecientes a una organización terrorista no puede ser utilizadas sin más para valorar las acciones del recurrente. Las resoluciones judiciales dejan claro que el demandante fue invitado por los organizadores del homenaje para dirigir unas palabras a los asistentes en el marco de ese acto conmemorativo, sin establecer ninguna otra vinculación ni con la organización del evento ni con su desarrollo. El mero hecho de la tolerancia que podría atribuirse al demandante de amparo por la asistencia a ese acto en las condiciones en que estaba convocado y con su concreto desarrollo no puede resultar relevante. Parece razonable considerar que si ninguna responsabilidad se estableció respecto de quienes hubieran tomado esas concretas decisiones, mucho menos lo puede ser ahora respecto de quien acudió al acto como mero invitado. Si se trató, tal como se establece en las resoluciones impugnadas, de un acto que por celebrarse en un espacio público fue debidamente comunicado y no clandestino, no pueden ahora utilizarse como elementos valorativos en contra del recurrente aspectos —como es su publicitación— respecto de los que también el Estado mostró tolerancia.

(ii) Por tanto, los aspectos relevantes de su actuación que eran susceptibles de ser valorados en nuestro control de constitucionalidad debían haber quedado limitados a aquellos que en la declaración de hechos probados se le atribuían. En concreto, el apartado III de esa declaración hacía constar lo siguiente: “El discurso del acusado Tasio Erkizia Almandoz fue el momento central del acto. En él pidió ‘una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático’ y terminó con los gritos ‘¡Gora Euskal Herria askatuta!, ¡Gora Euskal Herria euskalduna! y ¡Gora Argala!’ —‘¡Viva Euskal Herria libre! ¡Viva Euskal Herria vasca! ¡Viva Argala!’—, gritos que fueron respondidos por el público”; añadiendo que “[p]reviamente, al

subir al escenario, Erkizia colocó un clavel rojo sobre el soporte en el que se apoyaba la fotografía de Argala".

En mi opinión, esa concreta conducta desarrollada por el recurrente no tiene la entidad suficiente como para que pueda considerarse, más allá de la indudable exaltación y homenaje a la figura del conmemorado que se celebraba precisamente en la plaza de su pueblo natal que lleva su apodo —Argala—, que suponía una incitación, aunque sea indirecta, a la comisión de ilícitos terroristas o de cualquier otro modo evidenciara un riesgo más o menos inminente para los derechos de terceros o el orden constitucional derivado de la comisión de ilícitos penales. Es más, incluso si se aceptara la petición de principio de que la expresión pedir "una reflexión para escoger el camino más idóneo, el camino que más daño haga al Estado" pudiera aisladamente interpretarse como que ese camino es el camino de la violencia terrorista; creo que en el contexto completo de la expresión recogida en las sentencias, en que se añade que el demandante hacía una expresa indicación de que es un camino "que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático", se despeja cualquier duda en relación a que no puede derivarse de sus palabras una defensa de la violencia terrorista.

Por tanto, a pesar de que la opinión mayoritaria en la que se sustenta la Sentencia insiste en afirmar que esta manifestación del recurrente responde a una ambigüedad calculada, la expresa referencia a un nuevo escenario democrático, con el contenido material que ello implica de respeto, entre otros, a los principios de pluralidad y tolerancia, impediría a cualquier espectador objetivo identificar en las expresiones del demandante de amparo una apelación al uso de medios violentos. Por lo demás, si se atiende a la existencia de otras afirmaciones del demandante en aquel acto que, aunque no están contenidas en la declaración de hechos probados, sí están recogidas como transcripción literal en el apartado primero del Voto particular del Magistrado don Joaquín Giménez a la Sentencia de casación a partir del visionado de los vídeos aportados como prueba, queda más evidenciado que su discurso nada tenía que ver con la incitación a la violencia. Al contrario, representa una toma de posición, en el marco del debate entonces imperante dentro de la izquierda abertzale, en favor de continuar por otras vías pacíficas el proceso de independencia. Solo de ese modo puede entenderse la expresión de que "hemos conseguido en estos 30 años con mucho sufrimiento, esfuerzo y trabas, y también con equivocaciones pero con una entrega total llegar a una crisis de las instituciones actuales. Es necesario dar un paso más, de la resistencia a la construcción. Sin la izquierda abertzale no hay futuro para Euskalerria y ellos lo saben muy bien". La apelación al reconocimiento de

errores y equivocaciones, a la necesidad de abandonar posiciones de resistencia por otras de construcción y la mención misma a la izquierda abertzale como motor del cambio no parece que pueda interpretarse en ningún caso como una incitación a persistir en la violencia terrorista como medio de consecución de objetivos políticos, sino, por el contrario, a abandonarla.

(iii) Las circunstancias personales del demandante y el contexto temporal en que se desarrolla su conducta son elementos que debidamente ponderados también hubieran debido propiciar la estimación del recurso de amparo. Todos estos elementos sirven, en conjunción con todo lo destacado anteriormente, para poner de manifiesto que la conducta del recurrente está muy lejos de tener la nota de incitación, aunque sea indirecta, a la violencia terrorista exigida para negar la protección constitucional debida por el derecho a la libertad de expresión a sus manifestaciones.

En efecto, en el recurrente concurre la condición de ser un destacado hombre político que, si bien en el momento en que se desarrolló el acto no ostentaba ningún cargo de representación electiva —ha sido concejal del Ayuntamiento de Bilbao desde 1979 a 1983 y ha sido diputado del Parlamento vasco desde 1984 a 1998—, sigue siendo un referente de la llamada izquierda abertzale. En ese marco, la intervención que desarrolló en el acto conmemorativo debe ser considerada una manifestación del denominado "discurso político" en que se toma una posición sobre un tema netamente de interés en el debate partidista. Por otra parte, es de conocimiento público que el demandante viene participando activamente en el proceso de reflexión interna que ya en los momentos en que tuvo lugar su intervención se estaba desarrollando en la izquierda abertzale, y que asistió a la reunión que dio lugar a la Declaración de Alsasua de 2009, siendo un firme defensor de la propuesta "Zutik Euskal Herria", hecha pública en febrero de 2010, de creación de un Estado vasco por medio de vías políticas y democráticas y en ausencia de violencia, en que se asumen los principios Mitchell para dar salida a la situación de la violencia terrorista en el País Vasco. Con esa trayectoria no es fácil que las palabras del demandante, pronunciadas en diciembre de 2008, puedan ser interpretadas como incitadoras a continuar en el camino de la violencia terrorista.

(iv) La anterior conclusión aparece reforzada por otros dos elementos de singular importancia como son, por un lado, que la conducta del recurrente se desarrolló en un acto conmemorativo en el que sus palabras quedaban limitadas en su difusión a las personas allí concentradas; y, por otro, determinadas circunstancias concurrentes en la persona del

homenajeado. Respecto de lo primero, aunque en la declaración de hechos probados nada se dice sobre el número de asistentes, en su fundamentación se reitera la idea, no contradicha, de que los asistentes al acto eran una cincuentena de personas. De nuevo, la circunstancia de que los medios de comunicación se hubieran hecho eco del acto en sus noticieros tampoco resulta relevante en tanto que aquí lo concretamente enjuiciado no es el acto en sí —no se estaba juzgando a los promotores del homenaje— sino la posibilidad de afirmar que la conducta desplegada por el recurrente en ese acto no era una manifestación del ejercicio del derecho a la libertad de expresión por tener un contenido de incitación, aunque fuera de manera indirecta, a la violencia terrorista. En relación con ello, no se ha acreditado que lo difundido por los medios de comunicación fuera el concreto contenido de la intervención del demandante. Además, partiendo de la base de que tampoco existe ninguna prueba videográfica del contenido de su intervención, ya que los medios solo pudieron aportar la grabación del comienzo y el final de la misma, difícilmente puede concluirse que existió una difusión pública de dicha intervención en una magnitud que objetivamente pudiera implicar un riesgo.

Respecto de los elementos concurrentes en la persona del homenajeado, hay que destacar (i) que había fallecido 30 años antes; (ii) que su actividad la desarrolló en un periodo histórico previo al comienzo del régimen constitucional democrático, de modo tal que, si bien no consta que nunca fuera condenado por ninguna actividad terrorista, se le asocia con la participación en el comando de ETA que el 20 de diciembre de 1973 cometió el magnicidio del entonces presidente del Gobierno durante el régimen dictatorial franquista, don Luis Carrero Blanco; y (iii) que, a su vez, había sido víctima mortal de un atentado terrorista cometido el 21 de diciembre de 1978 en Francia, que fue reivindicado por el Batallón Vasco Español. Este singular perfil del homenajeado y, especialmente, el carácter casi histórico de la actividad que pudo haber desarrollado aleja también la posibilidad de concluir en un análisis realizado por un espectador objetivo que, atendiendo a la concreta conducta del demandante y a las circunstancias concurrentes en el caso, se trataba de una acción que, a través del enaltecimiento de la figura de un terrorista, pretendía incitar públicamente a la violencia terrorista y era objetivamente idónea para ello.

En conclusión, existe un conjunto de circunstancias en el caso que no permite concluir que la conducta del recurrente encierre un potencial lesivo de incitación a la comisión de ilícitos penales de tal relevancia que su castigo con una pena de prisión de un año y una larga condena de inhabilitación por siete años resulte necesario y proporcionado en una sociedad democrática

que reconoce la libertad de expresión como un elemento institucional de primera magnitud en su sistema de valores. Por tanto, en mi opinión, debió haberse otorgarse al recurrente el amparo solicitado por la vulneración de su derecho a la libertad de expresión.

Madrid, a veinte de junio de dos mil dieciséis.