



Roj: **SAN 3337/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:3337**

Id Cendoj: **28079220642018100009**

Órgano: **Sala de Apelación de la Audiencia Nacional**

Sede: **Madrid**

Sección: **64**

Fecha: **14/09/2018**

Nº de Recurso: **7/2018**

Nº de Resolución: **5/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **ELOY VELASCO NUÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 27/2018,**
SAN 3337/2018,
STS 1298/2020

Sala de Apelación

AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia nº 5/2018

NIG: 28079 27 2 2016 0002048

Rollo Apelación: 7/2018

Procedente Rollo Sala 5/2017 de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

Procedimiento de origen Procedimiento Abreviado 113/2016 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional

SENTENCIA nº 5/2018

PRESIDENTE: Excmo. Sr. D. José Ramón NAVARRO MIRANDA

MAGISTRADOS:

Ilmo. Sr. D. Don Eloy VELASCO NÚÑEZ (ponente)

Ilmo. D. Don Enrique LÓPEZ LÓPEZ

En la villa de Madrid, a catorce de septiembre de dos mil dieciocho.

VISTOS en grado de apelación con el número de rollo 7/2018 los presentes Autos de la sección nº 1 de la Sala de lo Penal seguidos con el número Rollo 5/2017 procedentes del P. A. 113/2016 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de esta Audiencia Nacional, y apareciendo como parte apelante Ramón , representado por la Procuradora de los Tribunales Dª. Ana Arauz de Robles Villalon, bajo la dirección letrada de D. Diego Catriel Herchoren Alcolea, y como apelados el Ministerio Fiscal, siendo ponente el Ilmo. Sr Magistrado D. Eloy VELASCO NÚÑEZ; procede dictar sentencia fundada en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los Autos de juicio oral Rollo de Sala PA 5/2017 de la sección nº 1ª de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional, en fecha 2-03-2018 se dictó sentencia cuya parte dispositiva, literalmente, dice: "FALLO: que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a: Ramón , como autor de un delito responsable ya definido, de: 1.- Enaltecimiento del terrorismo, con la agravante de reincidencia, a las penas de DOS AÑOS Y UN DIA DE PRISION y multa de 15 meses a razón de 30 euros día, con responsabilidad subsidiaria de 6 meses".



Asimismo se le impone la pena accesoria de inhabilitación absoluta, e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos en los ámbitos docente, deportivo y de tiempo libre por el periodo de 6 años.

Igualmente se le impone la pena de dos años de libertad vigilada.

II.- Injurias y calumnias contra la Corona y utilización de la imagen del Rey, la pena de DOCE MESES de multa con una cuota diaria de 30 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de 6 meses.

III.- Injurias y calumnias contra las Instituciones del Estado, la pena de multa de QUINCE MESES, con una cuota diaria de 30 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 7 meses y 15 días.

Se imponen las costas al acusado"

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de Apelación por la representación de Ramón , fundado en los motivos que se insertan en el correspondiente escrito, y tramitados conforme a Derecho una vez dado traslado al resto de partes, con sus alegaciones, se remitieron los mismos a esta Sala de Apelación, donde, en su caso, tras la práctica de vista y prueba, se procedió al señalamiento para deliberación y fallo el día 9-07-2018, conforme al régimen de señalamientos, quedando las actuaciones listas para resolver tras resolverse recusación planteada contra el ponente y el limo. Sr. D. Enrique LÓPEZ LÓPEZ.

TERCERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la sentencia apelada, y entre ellos los HECHOS PROBADOS, que son del siguiente tenor:

"Consideramos probado y así se declara:

La Fiscalía de la Audiencia Nacional, como consecuencia de escrito denuncia remitido por correo informático con indicación de su perfil DIRECCION000 por parte de D. Luis Angel en el que se ponía de manifiesto la existencia de posibles ilícitos contenidos en la cuenta que figuraba como @ DIRECCION001 , en la cual se incluían comentarios en forma de tuits y se incorporaban videos que incitaban a la violencia, procediendo a la incoación de diligencias informativas que dieron lugar a la petición de diversos informes, que permitieron comprobar la titularidad del citado perfil del hoy acusado y los comentarios que se consideraban enaltecedores del terrorismo, y vejatorios par la Corona y otras Instituciones del Estado.

Como consecuencia de tales diligencias se supo que el titular de la cuenta era el acusado Ramón , nacido el NUM000 de 1.988, que alega tener como profesión la del rapero y poeta, utilizando artísticamente el pseudónimo de " Augusto " quien había sido condenado por sentencia de 31 de Marzo de 2.014 por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo a la pena de dos años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo superior a 10 años al de la duración de la pena privativa de libertad, al haber publicado en el Youtube durante los años 2.009 a 2011 diversos videos con tal contenido, sentencia que fue confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 106/2015 de 19 de Febrero de 2.015.

1º.- El acusado en la red Twitter mediante el perfil creado y administrado por él ya citado de @ DIRECCION001 , publicó durante los años 2.014 a 2016 comentarios denigrantes contra distintas instituciones al tiempo que dedica frases y archivos ensalzando a determinadas personas condenadas por delitos de terrorismo. El citado perfil de Twitter tenía en el momento de publicarse los mensajes (Tweets) objeto del presente escrito más de 54.000 seguidores y se han podido encontrar 1.915 Tweets en los que aparecen los términos GRAPO, MONARQUÍA, REY, ETA, TERRORISMO, BILBO, BOMBA, BORBÓN, POLICÍA y GUARDIA CIVIL. Entre los citados mensajes, estaban los siguientes:

En dichos tuits y videos se cita como referente a: Victor Manuel miembro de los GRAPO que falleció en un enfrentamiento con la policía en diciembre de 1982; Catalina , con DNI NUM001 que fue detenida en octubre de 1979 como miembro de la organización terrorista GRAPO; Cornelio era miembro de ETA militar el 13 de febrero de 1981 cuando falleció en dependencias policiales; Enma , con DNI NUM002 ha sido condenada por diversos delitos de terrorismo en sentencias de la Audiencia Nacional y de Tribunales franceses de 22/05/1981, 30/04/1982, 13/06/1991, 29/04/2004, 25/11/2008, 02/10/2010 y de 01/10/2012. Feliciano ,



titular del DNI NUM003 fue condenado en sentencias de la Audiencia Nacional de 13/03/2006, 14/02/2007, 12/03/2007 por delitos de terrorismo.

2. Así mismo el acusado Ramón con fecha de 26 de agosto de 2016 publicó en el perfil Augusto de la Youtube un video de 5 minutos y 19 segundos de duración con el título " AugustoJuan Carlos el Bobón" en las que aparecen diversas imágenes y cortes de voz del Rey emérito Efraim , así como una imagen de la cabeza del Rey Esteban , que surge del interior de la cabeza de su padre, que a su vez sale del interior de una cabeza de Florencio , todo ello con el fondo de una canción escrita e interpretada por el acusado. A fecha de 30 de agosto de 2016 había tenido 5.417 visualizaciones.

La letra de la canción contenida en dicho video es la siguiente:

"Cuantos millones y millones... han saqueado y derrochado durante tantos años... tantos miembros de la familia real.

Luego los psicópatas que nos gobiernan dicen que no hay dinero... para derechos de primera necesidad.

Pero tienen los años contados... se acerca la república popular.

Es es la historia de Juan Carlos el Bobón que quieren ocultar...

Contar quien es y que hace es delito, apuntaba maneras cuando mató a su hermano Alfonsito (risas).

Quien se cree que fue un accidente... ni Maruhenda imaginando a Rajoy desnudo cuando miente.

Torrente es un santo al lado de Juanea, ya denunciaron que a Sofía maltrata.

Que legitimidad tiene el heredero de Franco que en juergas y putas nuestra pasta está tirando.

Se ríe de su impunidad en un chalé de Suiza.

Imagínalo borracho diciendo "que buena mi hija".

Con la pija de su amante recuerda cazas de elefantes mientras aumenta el hambre y no hay justicia que lo cace.

A la cárcel van los pobres y no la infanta Cristina, pero medio país le desea la guillotina.

No sabe ni hablar, "porqué no te callas". A mí no me cierra la boca semejante canalla.

Juan Carlos el Bobón, capo mafioso saqueando el reino español.

En televisión vomitan que es útil, si claro, pa su camello y pal dueño del puti.

Juan Carlos el Bobón, tomará su palacio la revolución.

No... no habrá Guardia Real que evite que los republicanos juzguemos a Felipe.

Procrear con miembros de la misma familia pasa factura, ya procura la censura proteger su caradura.

Haga lo que haga lo alaba la Guardia Civil y lo arregla con un "me he equivocado y no volverá a ocurrir".

Tertulianos a sus servicio lo amparan diciendo que una república saldría más cara.

Te preguntas como puede manipular tanto... si... pues por todo lo que tienen en el banco.

Dicen en la tele pública "que mona va la princesa"... el pueblo quiere república ese debate no les interesa.

Silencia sus negocios sucios en Arabia Saudí y por contarlos quieren condenarme a mí.

Les venden armas que van al ISIS, lucha contra el yihadismo más falsa que la salida de la crisis.

No soy un súbdito, no me someto apestoso cacique tu trono obsoleto no merece respeto, pronto se irá a pique.

Juan Carlos el Bobón, capo mafioso saqueando el reino español.

En televisión vomitan que es útil, si claro, pa su camello y pal dueño del puti.

Juan Carlos el Bobón, tomará su palacio la revolución.

No... no habrá Guardia Real que evite que los republicanos juzguemos a Felipe.

Viva la república popular de la clase trabajadora.

Una vez más contando la verdad y que los censores se yodan.

2016 y aún como anarquía parece el medievo mientras nos explotan y el Bobón entre lujos se rasca los huevos.

Falso demócrata, mano a mano con la oligarquía fascista, para ir de jefe le vino muy bien el autogolpe del 23F.

Utilizando al pelele convencido de Tejero... pa maquillarse con cuatro reformas superficiales y ganar aún más dinero.

Juan Carlos el Bobón se libraré como el fascista de Fraga, pero sus herederos picarán piedra por tanto crimen que no pagan... cada parásito será juzgado.

La historia no perdona ni a la escoria con corona y cada oprimido será juez de una jodida vez.

El futuro será republicano y Juan Carlos el borracho tirano, será recordado como la basura mafiosa que es.

Juan Carlos el Bobón, tomará tu palacio la revolución".

Dichos mensajes y videos fueron publicados por medio del citado perfil de la titularidad y administración del acusado, en abierto, y permanecieron vigentes en las redes hasta la detención de este".

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRELIMINAR.- La representación del apelante recurre, en resumen, por los siguientes motivos:

-QUEBRANTAMIENTO DE NORMAS Y GARANTÍAS PROCESALES:

1.- Causa de abstención y consecuente falta de imparcialidad conocida con posterioridad al juicio de dos de los tres Magistrados de la sala enjuiciadora, e

-INFRACCIÓN DE NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO:

2.- Inexistencia del delito de calumnias contra las Instituciones del Estado y contra la Corona por tratarse de manifestaciones de expresión sobre materia de público conocimiento.

3.- Inexistencia del delito de calumnias contra las Instituciones del Estado y contra la Corona, conforme a los Arts. 16 y 20.1 CE.

4.- Inexistencia del delito de enaltecimiento del terrorismo, conforme a la Directiva (UE) 2017/541° del Parlamento europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo.

Dada la extensión de la argumentación consignada en el recurso, la motivación de la presente resolución no seguirá un paralelismo con el esquema discursivo del recurrente, conforme permiten, entre otras, las sentencias del tribunal Constitucional: 209/1993, 2, 23, 60 y 231/1997, 36 y 153/1998, 118/2000 ó 222/2001.

PRIMERO.- En lo que hace a la alegación referente a que concurre causa de abstención y consecuente falta de imparcialidad conocida con posterioridad al juicio de dos de los tres Magistrados de la sala enjuiciadora, indicar que la misma no puede acogerse porque de conformidad con lo dispuesto en el Art. 223 LOPJ (1. La recusación deberá proponerse tan luego como se tenga conocimiento de la causa en que se funde. Si dicho conocimiento fuere anterior al pleito, habrá de proponerse al inicio del mismo, pues en otro caso no se admitirá a trámite) la supuesta causa de abstención consignada en el Art. 219.9 LOPJ (Tener interés directo o indirecto con el pleito o causa) ope legis, sólo puede denunciarse -y en consecuencia, admitirse a trámite- válidamente cuando se propone "tan pronto" se conoce, y no cuando no se comparte, una vez conocida y notificada la sentencia, lo resuelto por algún Magistrado integrante de la Sala enjuiciadora, como en este caso, por el hecho de no estar de acuerdo con lo acordado - nótese que no se recusa a la Magistrada que asume el voto particular absoluto, sino únicamente el de los dos Magistrados que condenan pues hacerlo contravendría lo dispuesto en el Art. 11.2 LOPJ ("2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal".).

En el caso que nos ocupa, se aprecia que recibida la causa para enjuiciamiento desde el Juzgado de Instrucción Central el 11/05/2017, se dictó primer Auto sobre admisión de prueba en fecha 17 del mismo mes y año (ver f. 8 del Rollo 5/17) en el que ya se consignaba que uno de los Magistrados del órgano enjuiciador era quien ha acabado siendo ponente de la sentencia que aquí se recurre, D. Nicolás Poveda Peñas, y no se solicitó su recusación en plazo, circunstancia que igualmente ocurrió con respecto de la Magistrada Concepción Espeje! Jorquera, de quien se conoció su presencia en esta causa por sustitución de otro Magistrado el 1/02/2018 (ver f. 125 del Rollo 5/17), consintiéndola.

En efecto, señala el Art. 223.1 LOPJ que:

"1. La recusación deberá proponerse tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, pues, en otro caso, no se admitirá a trámite.

Concretamente, se inadmitirán las recusaciones:



1.º Cuando no se propongan en el plazo de 10 días desde la notificación de la primera resolución por la que se conozca la identidad del Juez o magistrado a recusar, si el conocimiento de la concurrencia de la causa de recusación fuese anterior a aquél".

Dice, por todas, la sentencia TS 848/2017, de 22/12/2017, que, como regla general, para protestar... por déficits de imparcialidad objetiva en el Tribunal ha de haberse formulado con anterioridad la queja... expresamente, y exige que esa recusación se haya intentado en "tiempo y forma". Según el Art. 223.1 LOPJ la recusación se deberá proponer tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde. En otro caso, no se admitirá a trámite. Concreta un plazo de 10 días como término máximo desde el momento en que se conozca la identidad del Juez o Magistrado que pudiera estar afectado, si ya se conocía la causa de recusación. Será inadmisibles un planteamiento tardío cuando fue posible hacerlo en el momento procesal adecuado (s TS 1288/2002, de 9 de julio y 1431/2003, de 1 de noviembre).

La conformación de la sala enjuiciadora ya se conocía al momento indicado, y la parte ahora recurrente dejó transcurrir mucho más del plazo legal señalado en el precepto, y sólo cuando además supo el sentido del fallo y los integrantes del voto mayoritario, alegó conocimiento "sobrevenido" de causa de recusación que, objetivamente, no es tal, pues lo indicado en el recurso es de público conocimiento, e idénticos motivos ya han sido rechazados respecto de la Magistrada ante pretendientes previos que los alegaron en esta Audiencia Nacional (ver Auto de inadmisión del incidente recusatorio de 2/03/2018 de su sección 1ª en su Rollo 8/2016, en Sº 10/2016 del JCI 3 AN, en el llamado caso "Alsasua") y los referentes al Magistrado, se remontan a 1977 y 1979, -hace ya 40 años- tras los que no consta mantenimiento ni reiteración de prejuicio ideológico alguno que pudiera poner en duda su deber de imparcialidad.

Por lo que siendo contrario a los deberes de buena fe del recurrente y a la ley pretenderlo en esta fase extemporánea de recurso, debe rechazarse esta primera alegación por contrariar lo dispuesto en los Arts. Art. 219.9, 223.1 y 11.2 LOPJ, con las consecuencias que más abajo se señalan en el capítulo de las costas.

SEGUNDO. - En lo que hace a la alegación referente a la supuesta inexistencia del delito de calumnias contra las Instituciones del Estado y contra la Corona por tratarse de manifestaciones de expresión sobre materia de público conocimiento indicar que la misma no puede acogerse porque pretendiendo la concurrencia de la excusa absolutoria del Art. 210 CP, en los que se refiere al Monarca, mezcla hechos históricos contrastados, a los que anuda intenciones espurias nunca demostradas y nunca acreditadas en sede judicial, y añade meras especulaciones para aparentar base legítima a su odio por él, que en nada justifican los términos exclusivamente vejatorios e injuriantes que le agrega innecesariamente (monarquía fascista, el mafioso del Barbón, el ladrón del Borbón, familia de parásitos, el mafioso del rey, monarquía mafiosa, negocios mafiosos del Barbón, parásitos, mafiosos Barbones, la mafiosa y medieval monarquía, semejante canalla, capo mafioso, caradura, apestoso cacique, parásito, escoria con corona, el borracho tirano, la basura mafiosa que es) y en lo que hace a la actuación policial, porque generalizando (golpean, torturan, desahucian a porrazos, asesinan, disparan contra inmigrantes, encarcelan, agreden, matan, disparan, siembran racismo, abren la cabeza a porrazos, asesinan a balazos de goma, asesinan con total impunidad) casos aislados en un cuerpo tan basto -en enero de 2017 había en España 64.696 miembros del CNP-, les responsabiliza, igualmente para tratar de justificar y legitimar su odio, de actuaciones que no son su responsabilidad, aprovechando para verter injurias también innecesarias (mercenarios de mierda, llorones, Policía Nazi-anal, fascistas, banda criminal, torturas de la policía) y que no son referencia de la actuación democrática que los cuerpos policiales vienen comúnmente realizando en pro de su misión constitucional (Art. 104.1 CP) de "proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana".

Y todo, como más adelante se explica, faltando al respeto a la dignidad de las personas que encarnan esas instituciones -límite a lo tolerable en un Estado Democrático de Derecho- por hacerlo yendo más allá de lo que toleran y permiten las libertades ideológicas y de expresión, al hacerlo en el curso del discurso del odio, con la intención de incitar y promover en terceras personas -al acusado le siguen en las redes sociales más de 54.000 seguidores- el uso de la violencia contra ellas, conforme se explica más abajo.

TERCERO.- En lo que hace a la alegación referente a la supuesta inexistencia del delito de calumnias contra las Instituciones del Estado y contra la Corona, conforme a los Arts. 16 y 20.1 CE indicar que la misma no puede acogerse.

La existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político, es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático, que, por lo mismo, trasciende el significado común y propio de los demás derechos fundamentales (STC 101/1990, de 11 de noviembre).

En ese sentido, la jurisprudencia de los Tribunales ya ha indicado (TEDH) que: "la libertad de expresión no solo comprende las "informaciones" o "ideas" acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que chocan, ofenden o inquietan; así lo quieren el pluralismo, la tolerancia



y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una "sociedad democrática" (Sentencias Handyside contra Reino Unido de 7 diciembre de 1976, y Jersild contra Dinamarca de 23 septiembre 1994).

Sobre esa clase de incriminaciones, el Tribunal Constitucional tiene declarado que en los casos en los que el mensaje sujeto a examen consiste en la imputación a un tercero de la comisión de ciertos hechos delictivos, lo ejercido por quien emite esa imputación es su libertad de expresar opiniones (citando las SSTC 136/1994, de 9 de mayo, y 11/2000, de 17 de enero): "al tratarse de un juicio crítico o valoración personal del quejoso, su enjuiciamiento deberá efectuarse con sometimiento al canon propio de la libertad de expresión, y no al canon de la veracidad exigida constitucionalmente al derecho a comunicar información, que, por otra parte, tampoco excluye la posibilidad de que, con ocasión de los hechos que se comunican, se formulen hipótesis acerca de su origen o causa, así como la valoración probabilística de esas hipótesis o conjeturas (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, 19281999, de 25 de octubre, por todas)" (SSTC 11/2000, de 217 de enero, y 148/2001, de 27 de junio; en igual sentido, STC 278/2005, de 7 de noviembre).

Ya la STS de 19-1987 recordaba que el delito de injurias al Rey constituía un desacato cualificado por el sujeto pasivo, cuya personalidad pública e institucional requería -y requiere- una particular protección, de manera que, aun abandonada a partir del Código Penal de 1848 su tradicional consideración como modalidad del delito de traición (Ley 17 del Título XIII de la Partida II, Ley 6 del Título II de la Partida VII, y Ley 2ª del Título I del Libro III de la Novísima Recopilación), el legislador -aparte las circunstancias todas que rodean a la conducta enjuiciada- valora en primer término la condición de dicho sujeto pasivo, a quien la Constitución de 27 de diciembre de 1978 se refiere en su artículo 56 con la afirmación de que «el Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes.

Después, con el CP de 1995, en otras sentencias, como la -STS 1284/200 de 31 de octubre- hemos dicho que: "frases, que el propio Tribunal de instancia califica de ofensivas, impropias, injustas y oprobiosas, expresan un evidente menosprecio a SM el Rey y a la institución que encarna en su persona, afectando al núcleo último de su dignidad, en cuanto le está atribuyendo una de las manifestaciones delictivas más grave en un Estado de Derecho y, por consiguiente, ultrajantes y claramente atentatorios para la honorabilidad, por lo que, en este caso, el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión resulta, con toda evidencia, contrario al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, absolutamente innecesario, superándose con mucho lo que pudieran considerarse críticas hirientes, molestas o desabridas".

Como expresa muy bien el tribunal de instancia, que la recoge, la sentencia de 15-3-2011 del TEDH que cita a sensu contrario su sentencia Standard Verlags GmbH contra Austria (núm. 2), núm. 21277/2005, 4 junio 2009 [JU 2009, 254201], asunto que versaba sobre los aspectos íntimos de la vida privada del presidente austríaco e igualmente Sentencia Von Hannover contra Alemania [TEDH 2004, 45], núm. 59320/2000, ap. 64, TEDH 2004-VI). También pone de relieve la diferencia entre el caso examinado en la referida sentencia de 15 de marzo de 2001 y aquellos en que se produjo un ataque a su honorabilidad personal o un ataque personal gratuito contra su persona (Sentencias Bingol contra Turquía, núm. 36141/2004, ap. 41, 22 junio 2010 [JUR 2010, 202180]; mutatis mutandis, Cumpana y Mazare contra Rumanía [GS] [TEDH 2003, 30], núm. 33348/1996, ap. 115, EDH2004-XI)".

El A TS 6604/2015, de 24/07/2015, señala igualmente:

"Con respecto a estos debates acaecidos dentro del ámbito de la política advierte el Tribunal Constitucional, en su sentencia 41/2011, de 11 de abril, que si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria, calumnia y falta de respeto a las instituciones y autoridades, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del animus iniuriandi tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos. Ello "entraña la necesidad de que el enjuiciamiento se traslade a un plano distinto, en el que el Juez penal debe examinar, en aquellos casos en los que se haya alegado el ejercicio legítimo de las libertades del art. 20.1 a) y d) CE, como cuestión previa a la aplicación del pertinente tipo penal a los hechos declarados probados, si éstos no han de encuadrarse, en rigor, dentro de ese alegado ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en el citado precepto constitucional, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar puesto que las libertades del art. 20.1 a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta (por todas, SSTC 115/2004, de 12 de julio, 278/2005, de 7 de noviembre, y 41/2001, de 11 de abril).



Y señala también la sentencia del TC 41/2001 que "los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas, están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna, pues, en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública (SSTC 159/1986, de 16 de diciembre; 20/2002, de 28 de enero; 151/2004, de 20 de septiembre)" (SSTC 174/2006, de 5 de junio, y 77/2009, de 23 de marzo).

Sobre la misma cuestión, en la sentencia del TC 39/2005, de 28 de febrero, se afirma que cuando las libertades de expresión e información operan como instrumentos de los derechos de participación política debe reconocérsele, si cabe, una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles "especialmente resistente(s), inmune(s) a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar.

Igualmente se dice en esa STC que, en estos casos, quedan amparadas por las libertades de expresión e información no sólo críticas inofensivas o indiferentes, "sino otras que puedan molestar, inquietar o disgustar" (STC 110/2000; en el mismo sentido, STC 85/1992, de 8 de junio, y SSTEDH, de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside contra Reino Unido, y de 8 de julio de 1986 caso Lingens contra Austria).

Y es que las libertades del art. 20 de la Constitución no solo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que contribuyen a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general. Pues así lo requiere el pluralismo político 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 un Estado democrático (STC 105/1990; STEDH, caso Castells, 23 de abril de 1992).

Y es que no puede olvidarse que las libertades del art. 20 de la Constitución no solo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino también condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático, que por lo mismo trascienden el significado común y propio de los demás derechos fundamentales (STC 101/1990, de 11 de noviembre)".

En el caso concreto que enjuiciamos, se coincide con el criterio del voto mayoritario, pues las imputaciones reiteradas a los cuerpos policiales y a la Corona que se describen en los Hechos que aquí se dan por reproducidos, claramente parten del prejuicio del odio que simplemente trata de inocular el acusado en los lectores afines de sus tuits, mediante la técnica del contraste de los "buenos" oprimidos y los "malos" opresores, estableciendo generalizaciones maniqueas -en función de la ideología que las impregna- y exageraciones hoscas que rezuman la violencia que tratan de expandir y que en nada pretenden conformar debates, contrastes, opiniones o simplemente reflexión -tan positiva para la progresión democrática-, sino determinación en lo afirmado e intención de que se combata por terceras personas afines mediante cauces violentos -esto es, lo más alejado de la reflexión como apuntan indicativos objetivos como son la reiteración, la insistencia, la falta de contraste y la exposición de "modelos" con la loa de personas de las que no se ensalza otra parte de su trayectoria que la violenta, la hecha en el curso de su integración en la organización criminal terrorista del GRAPO y el PCE ® o en facciones insurreccionalistas (Feliciano - condenado, f. 304-308 por atentados terroristas contra las personas e integración en organización terrorista-; Enma -condenada, f. 365- 375 por estragos terroristas e integración en organización terrorista-ambos de la causa de instancia: DP 113/16, JCI 5 AN; Loreto y Victoriano -condenados, f. 66- 80, por lesiones y daños terroristas en el atentado con bomba a la Basílica al Pilar de Zaragoza; Catalina - condenada, f. 88-124 por integración en organización terrorista-; Victor Manuel -condenado, f. 37-42 y 81-87 por el asesinato de un policía-, todos los datos obrantes en la documental del Rollo 5/17 sección 1ª AN), que se banaliza, escondiendo o mofándose de los resultados operados sobre sus víctimas inocentes (se banalizan las lesiones que sufren los cuerpos policiales en sus actuaciones; se incita a agredir a los policías; se les acusa de matar, torturar o asesinar; se afirma que la Monarquía financia el terrorismo del ISIS; se dice que se deja morir sin asistencia a una condenada por su pertenencia a la organización terrorista GRAPO; se dice que cuando la policía recibe una hostia en respuesta a tratar con racismo a los inmigrantes, se hacen las víctimas; se afirma que pretenden que les lloremos cuando les pasa algo; dice que se condena por daños materiales a quienes en el atentado insurreccionalista anarquista en la Basílica del Pilar de Zaragoza dejaron sin tímpano a un turista;...) en fin, se llega a describir en un tuit el "enaltecimiento del terrorismo" -con alta conciencia de lo que es, en persona que ya ha sido ejecutoriamente condenado por ese mismo delito, deviniendo reincidente- como "luchar contra el Estado fascista", y se apoyan



conductas que van más allá del mero uso de la libertad de expresión, y de la voz y la palabra, incitando a actuar por esas vías violentas de hecho (constancia en la lucha; que suelten a la familia real sin escoltas por nuestras calles; ante el terrorismo de Estado, barrio organizado; se iba a enterar la policía que encima pide dinero por asesinar; apoyemos a quienes han ido más allá; ahora la lucha armada del GRAPO, que hace 12 años que no la practica; incita a que no haya olvido ni perdón; llama legado de lucha a la actuación terrorista del GRAPO; dice que las manifestaciones ya no son suficiente...), y en lo que aquí se juzga, ex Arts. 504.2 CP y 491.1 y 2 CP, se calumnia innecesariamente a los cuerpos policiales y a la Monarquía, sin atisbo de crítica y desde luego no para propiciar debates de progreso, sino para incitar a terceros a ejercer la violencia contra ellos, señalándolos así como objetivo, y mostrando como ejemplo a reiterar, el de ciertos terroristas que llegaron incluso al asesinato de compañeros de los señalados.

La sentencia TEDH de 13/03/2018 en el caso Stern Taulats y Roura Capelleras contra España que absuelve por la quema de retratos del Rey lo hace por denostar el Tratado Europeo la pena de prisión - como privación de libertad- para tales infracciones (el actual CP sanciona la acción tipificada en el Art. 504.2 con pena de multa de 12 a 18 meses, y la prevista en el Art. 491.1 y 2 con multa de 6 a 24 meses, y la sentencia que analizamos impone por ellos, respectivamente, 12 y 15 meses de multa, con una cuota diaria de 30 euros), no porque vejar y atacar la dignidad de las personas que están detrás de las Instituciones públicas no pueda tener, en casos tan excepcionales como el que aquí enjuiciamos, una respuesta penal, si al hacerlo expanden, como aquí, el discurso del odio, sino porque la sanción a las mismas debe ser proporcionada, y la multa aquí impuesta, lo es.

Así indica la meritada sentencia que: no se puede afirmar que la libertad de expresión en el ámbito de la crítica política sea sin embargo ilimitada. El TEDH recuerda que la tolerancia y el respeto de la igualdad de la dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y plural. De ello resulta que en principio se pueda juzgar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar, incluso prevenir, todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa), si se vela por que éstas "formalidades", "condiciones", "restricciones" o "sanciones" impuestas sean proporcionales a la finalidad legítima perseguida (ver, en lo que atañe al discurso del odio y a la apología de la violencia, Sürek c. Turquía (no 1) [GS], no 26682/95, § 62, CEDH 1999-IV, y, más en particular, Gündüz c. Turquía, no 3S071/97, § 40, CEDH 2003-XI). Si bien es absolutamente legítimo que las instituciones del Estado sean protegidas por las autoridades competentes en su condición de garantes del orden público institucional, la posición dominante que ocupan estas instituciones exige a las autoridades de dar muestras de contención en la utilización de la vía penal (Jiménez Losantos c. España, no 53421/10, § 51, 14 de junio de 2016).

Así, para determinar si la injerencia de las autoridades públicas en el derecho a la libertad de expresión es "necesaria, en una sociedad democrática", el TEDH ha subrayado que una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el marco del debate político sólo es compatible con la libertad de expresión en unas circunstancias excepcionales y que el elemento esencial que se debe considerar es el hecho de que el discurso incite al uso de la violencia o que constituya un discurso de odio (Gerger c. Turquía [GS], no 24919/94, § 50, 8 de julio de 1999, Sürek (no 1), anteriormente citada, § 62, y Otegi Mondragón, anteriormente citada, § 54).

En materia de insulto contra un Jefe de Estado, el TEDH ya ha declarado que una mayor protección mediante una ley especial en materia de insulto no es, en principio, conforme al espíritu del Convenio (Colombani y otros c. Francia, no 51279/99, §§ 66-69, CEDH 2002-V, Pakdemirli c. Turquía, no 35839/97, §§ 51-S 2, 22 de febrero de 2005, Artun y Güvener c. Turquía, no 75510/01, § 31, 26 de junio de 2007, y Otegi Mondragón e España, no 2034/07, §§ SS-56, CEDH 2011). En efecto, el interés de un Estado en proteger la reputación de su propio Jefe de Estado no puede justificar que se le otorgue a este último un privilegio o una protección especial con respecto al derecho de informar y de expresar opiniones que le conciernen (Otegi Mondragón anteriormente citada § SS).

En consecuencia, siendo los elementos de los delitos sancionados en el Art. 504.2 CP: injuriar/amenazar, de forma grave, a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, y los del Art. 491.1 y 2 CP: calumniar/injuriar, al Rey o cualquiera de sus ascendientes, por actuaciones en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de estas, o usar su imagen de forma que pueda dañar el prestigio de la Corona, ambos conscientes de hacerlo y sin que el elemento intencional se deba deducir del móvil aducido por el enjuiciado, sino de la finalidad objetiva desprendida de la literalidad de los tuits, en relación con el contexto en que fueron emitidos, según los entendería el prototipo de ciudadano medio -suscitar reacciones violentas, minar la confianza en las instituciones democráticas, avivar el sentimiento de desprecio y odio contra esas instituciones, menoscabar la dignidad de las personas tras ellas...-, y concurriendo en este caso concreto los mismos, se está en el caso de confirmar la condena impuesta en la instancia por ellos.

En efecto, en este caso, analizando los concretos tuits, se observa que, además de hostigamiento verbal contra el Rey y los Cuerpos Policiales, hay concretos actos de apoyo explícito a la violencia que se ! use contra ellos (El



pueblo se defiende de su brutalidad, orgulloso de quienes respondieron a las agresiones de la policía, ¿Matas a un policía? Te buscan hasta debajo de las piedras. ¿Asesina la policía? Ni se investiga, Estudiantes responden a la brutalidad policial, tienen los años contados, no hay justicia que lo cace, pronto se irá a pique.....) y de incitación a actuar contra ellos (que suelten a la familia real sin escoltas por nuestras calles, se iba a enterar la policía, Es para...) que ponen en riesgo su integridad y seguridad, y que van, en consecuencia, más allá de las meras expresiones.

La actitud es grave, no sólo por lo que objetivamente se dice y pretende, sino además porque se trata de múltiples y numerosos mensajes, que se expanden "en abierto" a sus seguidores -que también son numerosos-, esto es, con publicidad; lo hace una persona ya condenada en firme en sentencia confirmada por parte del Tribunal Supremo -reduplicando el dolo- y su actitud se prolonga en un largo lapso temporal -los tuits denunciados van desde marzo de 2014 a diciembre de 2016-, no tratándose de tuits ocasionales, ni producto de un momentáneo desahogo o de provocaciones puntuales previas -que podrían ser leves y en consecuencia, hacerlos devenir impunes-, sino obra de una reflexión reiterada intencionada y dolosa en la que el acusado se otorga autoridad a sí mismo ante sus 54.000 seguidores indicando lo que está bien y lo que no, quiénes son modelo y quién no, e incitando a actuar violentamente contra los segundos, que resultan ser la Corona y los Cuerpos policiales.

Los delitos aplicados, como señala por todas, la s TS 259/2011, de 21 de abril, "se configuran como parte de las medidas de reacción contra el peligro de que ciertas conductas violentas -aquí el terrorismo del GRAPO y los GAC insurreccionalistas- se ejecuten nuevamente, para lo que el Estado, además de políticas activas en educación, formación e información debe llegar incluso a la sanción penal en los casos más graves, y ello para evitar el arraigo y el desarrollo de ideas elaboradas desde la discriminación de determinados grupos y de personas por su pertenencia a ellos, que incluyen sentimientos de menosprecio, e incluso odio, que la experiencia pone de manifiesto pueden evolucionar hacia conductas violentas nuclearmente contrarias a la dignidad humana", y que suponen graves ataques, exteriorizando sentimientos de hostilidad manifiestos, contra quienes se deja señalados, de manera que, como vamos a analizar a continuación, se penan bien en función del resultado de lesión, bien "del peligro creado para los bienes jurídicos que se trata de proteger".

CUARTO.- En lo que hace a la alegación referente a la supuesta inexistencia del delito de enaltecimiento del terrorismo, conforme a la Directiva (UE) 2017/541° del Parlamento europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo indicar que la misma finalmente, tampoco puede acogerse.

Se desprenden de la exposición del motivo varias cuestiones jurídicas que debemos analizar:

En primer lugar, se obvia que el delito tiene acogida entre los recogidos en el Título 111 de la meritada Directiva, en los que esta denomina "Delitos relacionados con actividades terroristas", que, en su Art. 5, bajo la rúbrica de "Provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo" indica que "los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos" y en su Art. 6, bajo la rúbrica de "Captación para el terrorismo" que "los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de instar a otra persona a que cometa o contribuya a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), o en el artículo 4", actividades que engloban los Hechos aquí enjuiciados con la actitud del acusado de generar un riesgo cierto de inculcar entre sus múltiples seguidores en las Redes sociales -hasta 54.000- que se vea como positivo cierto tipo de terrorismo (insurreccionalismo GAC y el afín al GRAPO) y de que alguno de ellos, ante la banalización del ataque a ciertos colectivos (Corona, Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado...) acabe usando la violencia contra ellos como manera justificada de actuación.

En su considerando 10°, la meritada Directiva señala que "los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población. Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. En cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto.

También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional", que es lo que interpreta en este caso concreto



la resolución recurrida, que acaba entendiendo que efectivamente el acusado pretende justificar cierto tipo de terrorismo, aleccionando en su "bondad" a sus seguidores, con la intención de conseguir que alguno de ellos retome y vivifique el pasado terrorista que ensalza como ejemplo en la trayectoria de varias personas a las que se enaltece por ello, colocando a la sociedad ante el riesgo de que, nuevamente, pueda someterse a determinados colectivos a su azote.

Además, la Directiva se debe encuadrar, conforme señala su Art. 1 ("La presente Directiva establece normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y las sanciones en el ámbito de los delitos de terrorismo, los delitos relacionados con un grupo terrorista y los delitos relacionados con actividades terroristas, así como medidas de protección, apoyo y asistencia a las víctimas del terrorismo") en una norma de mínimos fijada para establecer un marco jurídico común a todos los Estados miembros y, más concretamente, en una definición armonizada en todos esos Estados, de lo que denomina delitos relacionados con el terrorismo, conforme y al luz de la cual se deben interpretar los tipos penales concernidos.

Lo anterior supone una obligación para los Estados miembros de la Unión Europea de prever los tipos penales que la misma describe, pero en modo alguno impide la configuración de otras figuras penales por parte de cada Estado, o diferentes propuestas legales que respeten ese mínimo y sus elementos configurativos esenciales: la difusión pública de mensajes destinados a incitar a la comisión de delitos terroristas, preconizando la apología de los mismos y poniendo en riesgo su posible comisión, además y en todo caso, en lo que se refiere al delito que aquí abordamos, respetando el test del Art. 10 del Convenio Europeo, al que tantas referencias hemos hecho.

En siguiente lugar, se discute la concurrencia de los requisitos legales del tipo, y, en consecuencia, si se ha producido el delito o no.

En este punto coincidimos nuevamente con el parecer mayoritario de la sentencia recurrida.

Establece el Art. 578.1 CP que se comete el meritado delito cuando se produce:

"1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares...".

En efecto, sobre la conformación de los requisitos del delito de enaltecimiento del terrorismo:

Las s TS 378/2017 de 25 de mayo, 560/2017, de 13 de julio ó 600/2017, de 25 de julio, y más recientemente la s TS 52/2018, de 31 de enero, señalan que el tipo- en cuanto a su primera conducta típica- exige formalmente una actuación del sujeto que suponga justificar delitos de terrorismo o enaltecer a los que hayan participado en ellos. Es decir, proclamar que aquellos hechos tipificados como delitos deban considerarse admisibles y no censurables, o decir alabanzas de quien se considera partícipe en su ejecución o atribuirle cualidades de gran valor precisamente, se sobreentiende, por razón de tal participación. Pero no basta esa objetiva, pero mera, adecuación entre el comportamiento atribuido y la descripción que tales verbos típicos significan. La antijuridicidad, pese a ello, puede resultar excluida, incluso formalmente, es decir sin entrar en el examen de determinadas causas de justificación, si aquella descripción no incluye expresamente algún otro elemento que los valores constitucionales reclaman al legislador para poder tener a éste por legítimamente autorizado para sancionar esos comportamientos formalmente descritos como delito. Es decir, no se trata de que debamos examinar si concurre un elemento excluyente (negativo, si se quiere) de la antijuridicidad, como podría ser el ejercicio de un derecho a la libertad de expresión. Se trata, antes, de que se debe comprobar si en el comportamiento formalmente ajustado a la descripción típica concurre además algún otro elemento que haga constitucionalmente tolerable la sanción penal.

A tal elemento ha hecho referencia el Tribunal Constitucional en la sentencia 112/2016 en que aborda precisa y específicamente la legitimidad constitucional de la ley que amenaza con sanción penal los comportamientos enaltecedores o justificadores acomodados, en principio, al citado artículo 578 del Código Penal.

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

Y el Tribunal Constitucional proclama: a) El carácter institucional del derecho a la libertad de expresión; b) el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de manifestaciones que



alienten la violencia y e) la proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

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

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

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

Pues bien, teniendo todo ello en cuenta, la sentencia de instancia concluye -de modo compartible- que la pluralidad de mensajes publicados en Internet, con acceso abierto por el acusado al público, reincidente en actos semejantes realizados por él en el Pasado, tienen un indudable carácter laudatorio de las organizaciones terroristas (GRAPO, insurreccionalismo GAC...) y miembros activos de ellas (Feliciano ; Enma ; Loreto y Victoriano ; Catalina y Victor Manuel), que va más allá de la expresión de coincidencia con objetivos políticos, o camaradería nacida de vínculos ideológicos, simpatía o de la mera crítica social, y que comporta una alabanza, no ya de los objetivos políticos sino de los medios violentos empleados por las citadas organizaciones terroristas y por sus miembros y contienen una incitación a su reiteración que genera un elevado riesgo real de que alguno de los múltiples seguidores en las redes sociales del acusado los intente repetir, no quedando amparados por la libertad de expresión o difusión de opiniones invocada por el acusado y su defensa, en el entendido de que a los fines del terrorismo resultan extraordinariamente útiles y valiosas las aportaciones de quienes, como el recurrente, ensalzan las acciones, justifican la violencia y expresan simpatía frente a la eliminación física del disidente, siendo ese el leiv motiv que late en los tuits seleccionados entre los redactados por el acusado en los Hechos probados de la resolución que aquí se confirma, tal y como se han analizado en la instancia y aquí.

Es decir, no se trata como se pretende en el recurso, de sancionar penalmente una discrepancia respecto de la ideología política o social de otros, sino, dada la forma en que se exterioriza y expresa la discrepancia, de penar la incitación, la provocación y el riesgo que genera de que terceras personas, enardecidas por esas expresiones, retomen la violencia concreta contra instituciones y colectivos reales y determinados de la manera en que lo hicieron los terroristas que se pone de ejemplo.

"Provocación" (Art. 18 CP), es la incitación directa que facilita la publicidad o que se hace ante una concurrencia de personas para la perpetración de un delito (s TS 259/2011, de 21 de abril), e "incitar" es abocar, llamar a la violencia -más o menos concreta-, siempre antijurídica, contra alguien o algo, para cuya concurrencia deben darse los siguientes elementos:

- a) Iniciativa para la ejecución de uno o varios hechos delictivos, que no debe ser vaga o generalizada -en el caso aquí enjuiciado, lesionar, agredir, luchar contra el Estado, ir más allá de manifestarse, o actuar como el GRAPO o el insurreccionalismo GAC, poniendo ejemplos de condenados por asesinar o causar lesiones de importancia, que las víctimas saben que no son vagas ni generales-
- b) percepción por el destinatario de las palabras o medios excitantes -que se desarrolla en público y en "abierto" en redes sociales ante 54.000 personas que se definen como seguidores, en algo admiradoras del acusado, y
- c) que la incitación tenga virtualidad suasoria y de convencimiento -como la ha tenido en el pasado, en que la violencia se ha repartido entre quienes la justifican y quienes la ejecutan, justificándola de manera coincidente-.

Continuando con la jurisprudencia (s TS 587/2013, de 28/6/2013 y 106/2015, de 9/2/2015), en lo que se refiere a los elementos objetivos que integran la infracción penal que analizamos, enumeran los siguientes:

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



2º. El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:

- a) cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577; o
- b) cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos.

Interesa recordar a este respecto que no es necesario identificar a una o a varias de tales personas, pues puede cometerse también en referencia a un colectivo genérico de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos

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

Por otro lado y como reitera la jurisprudencia más reciente, la conducta del art. 578 CP) despliega una sustantividad independiente del concepto de apología, si bien se advierte que no se puede desconocer que el enaltecimiento es una forma específica de la apología prevista en el art. 18 segundo párrafo-"ensalzar el crimen o enaltecer al autor"-

La barrera de protección se adelanta, siendo exigida tan solo la mera alabanza o la justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los ejecutaron.

En lo que se refiere a la conducta típica consiste en ensalzar, engrandecer, alabar, dignificar, apreciar, mostrar admiración por la actividad terrorista o la justificación, es decir, describir como justo el terrorismo como medio de solución de conflictos, esto es, una relativización o la negación de su antijuridicidad, lo cual puede suponer una cierta identificación con los autores.

En definitiva, «enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que es un claro comportamiento criminal». Tanto el enaltecimiento como la justificación suponen superar actitudes que pueden resultar incómodas, aborrecibles e incluso desaprobables. El enaltecimiento es algo más que la mera aprobación o el asentimiento y, la justificación es algo más que una mera explicación y, en todo caso, deben estar referidos de forma clara y determinante a la actividad terrorista tipificada como tal en el CP o de quienes hayan participado en su comisión.

Por ello podemos concluir que la mera la identificación con el ideario terrorista no puede erigirse per se en fundamento de un tipo penal, pero el mismo supone un indicio que, si se ve reforzado con acto inequívoco de alabanza y justificación de la lucha armada terrorista, rellena el espacio del injusto de este delito.

En cuanto a la forma de la comisión se requiere que el hecho sea público, es decir, conocido por la sociedad, cuando menos las expresiones de enaltecimiento y justificación sean accesibles o de dominio público, no pudiendo resultar punible las manifestaciones vertidas ante un reducido número de personas. La reforma de 2015 ha sustituido la expresión por cualquier medio de expresión pública o difusión por la más genérica de "públicos", concepto que debería interpretarse en su sentido literal, como lo que es sabido o conocido por mucha gente o que se realiza ante un grupo de personas atentas a lo dicho o hecho o para que sea difundido y conocido por la gente.

En lo que hace al elemento subjetivo que integra la infracción penal que analizamos, la jurisprudencia indica que:

Debe deslindarse el dolo o propósito del autor del móvil del delito. El tipo penal sólo exige el primero de ellos, tal y como indica la STS 90/2016, de 17 de febrero de 2016, de forma que se comete el delito independientemente de las motivaciones que en su fuero interno pudieran llevar a una persona a actuar del modo en que lo hizo. Se comete el delito, dice esta STS, si "las expresiones eran inequívocas y ensalzaban a los miembros de una organización terrorista, con conciencia y en circunstancias que iban a llegar al conocimiento de gran número de personas".

En segundo lugar, se debe valorar el elemento subjetivo del tipo abandonando posturas que sólo admitían el dolo directo en este tipo de delitos, para poder dar paso al dolo eventual en algunos casos y según las circunstancias, de tal suerte que como se dice en la anterior sentencia el delito se comete si las expresiones tienen los elementos objetivos a los que se refiere.

La STS 90/2016 distingue claramente la motivación del autor del elemento subjetivo del injusto, de tal suerte que este último es propiamente el dolo, la conciencia y voluntad de que se está cometiendo un ilícito penal, el cual se constata mediante el examen objetivo de los mensajes publicados, sin que sea posible la integración de los mismos mediante explicaciones posteriores, tal y como recuerda la STS 820/2016, de 2/11/2016, que cita la STS 4/2017, de 18/1/2017: "Objetivamente las frases encierran esa carga ofensiva para algunas víctimas y laudatoria y estimuladora del terrorismo que a nadie escapa. Las explicaciones a posteriori no tienen capacidad



para desvirtuarlas. No están presentes en el mensaje que es percibido por sus numerosos receptores sin esas modulaciones o disculpas adicionales".

Muchos de los 1) tuits analizados, que no dejan de ser expresiones escritas, 2) enaltecen y subliman, justificándolo, el terrorismo, (El pueblo se defiende de su brutalidad y somos "violentos terroristas", ¿Matas a un policía? Te buscan hasta debajo de las piedras. ¿Asesina la policía? Ni se investiga, Detenidos en Galiza por "enaltecimiento del terrorismo" es decir, por decir que hay que luchar contra el estado fascista, Constancia en la lucha, el PC r se dejaba la vida denunciando, Ante el terrorismo de estado, el barrio organizado, Las manifestaciones son necesarias, pero no suficientes, apoyemos a quienes han ido más allá, Estudiantes responden a la brutalidad policial en Euskal Herria, estar en el aparato de propaganda del PCE @ 12 años sin lucha armada, Lo que no consiguieron es asesinar tu importante legado de lucha, vives más que ellos, No habrá olvido ni perdón...), o las acciones del pasado terrorista de ciertos concretos activistas (Catalina , Feliciano , Enma , Loreto y Victoriano , Víctor Manuel , 2 años desde que Catalina fue exterminada por comunista, negándole el estado la asistencia médica en prisión, La condenaron a 12 años de prisión por estar en el aparato de propaganda del PCE @ 12 años sin lucha armada, Quisieron silenciarte exterminándote y jamás podrán hacerlo, porque tu voz son los gritos de las desesperadas, Nueva carta de la presa política Enma , Victor Manuel militante del PCE @ asesinado por la policía por defender nuestros derechos,...) 3) haciéndolo a través de redes sociales donde el acusado tiene más de 54.000 seguidores, garantizándose una enorme difusión y publicidad ante un colectivo afín, admirador y 4) todo, con una clara intención objetiva de enaltecer esas trayectorias terroristas -métodos violentos-, con potencial riesgo final de que algún seguidor, aleccionado por las expresiones y la justificación del terrorismo que encierran, acabe usando la violencia para conseguir los fines prohibidos en el Art. 573.1 in fine CP.

En lo que hace a la necesidad de generación de un riesgo para la acción del terrorismo y que este sea abstracto y no concreto y a que su interpretación no conlleve un vaciamiento del tipo penal, hay que indicar que es un requisito interpretativo introducido por la más reciente jurisprudencia para compatibilizar la redacción de nuestro Código Penal con los mínimos penológicos que persigue la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo, arriba analizada.

Por todas, la s TS 52/2018, de 31 de enero, señala que:

" el legislador español es autónomo a la hora de tipificar conductas; pero el análisis de la normativa convencional del Consejo de Europa (que determina conforme la propia jurisprudencia del TEDH el alcance de los derechos reconocidos en el CEDH) y de la Unión Europea, proyectados sobre la conducta tipificada en el Art. 578 CP, a la luz de la jurisprudencia constitucional, muestran que resulta una ilegítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores, la condena por esta norma, cuando ni siquiera de manera indirecta, las manifestaciones enjuiciadas, supongan una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades; de donde resulta exigible, concluye la s TC 112/2016, como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad, que previamente a la imposición de una condena por el Art. 578 CP, se pondere en resolución judicial, si la conducta desarrollada por el acusado, integra un manifestación del discurso del odio, que incita a la violencia (FJ4, in fine).

En su FJ 3, la sentencia del TC citada señalaba "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 mismo sentido s TS 354/2017, de 17 de mayo; 378/2017, de 25 de mayo; 560/2017, de 13 de julio y 600/2017, de 25 de julio.

Y en el caso que enjuiciamos, se constata con claridad que, en la línea de los textos internacionales, este "riesgo abstracto" exigido ahora por el Tribunal Supremo - s TS 52/2018, de 31/1/2018 - caso Arkaitz Terrón- y 79/2018, de 15/2/2018 - caso Valtonic- opera, y es abarcado por el dolo del autor.

En este punto, consideramos que a estos efectos no solo se requiere dolo directo, sino que también cabe el eventual, de tal suerte, que el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, la idoneidad y aptitud para objetivamente convertir las expresiones en enaltecedoras o justificativas del terrorismo, junto con el conocimiento de su gravedad, y la incitación a actuar de manera violenta contra la Corona o las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, determina la previsión y asunción por parte del autor de este riesgo abstracto, que deberá valorarse en virtud de las circunstancias concretas: autor -artista músico y opinador-, destinatarios del mensaje -admiradores del mismo- y contexto en que se hace -red social con evidente enorme publicidad-.



En la s TS 79/2018, de 15/2/2018 se dice, citando la STC 112/2016: "de ahí la relevancia a efectos de tipificación, como cuestión de legalidad ordinaria, pero bajo exigencias constitucionales, de la acreditación de con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación y de la valoración sobre el riesgo que se crea con el acto imputado. Por más que tal riesgo haya de entenderse en abstracto como «aptitud» ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas."

La s AN 3/2018, en base a esta sentencia del Tribunal Supremo, añade que lo que se ha de constatar es un riesgo abstracto, "como aptitud ínsita en la actuación imputada y que va más allá de la mera expresión emotiva, sino que busca incitar a que se apoye y ayude a los que cometen actos de terrorismo".

Se basa -en el caso concreto, con características similares al actual, para concluir que concurre ese riesgo abstracto- en 1/ que el procedimiento se inicia por una denuncia en Fiscalía de un particular alarmado por el contenido de los contenidos; 2/ que no se trata de un mensaje ocasional sino de una trayectoria continuada; y en 3/ el llamamiento a "ir más allá".

Para contextualizar este requisito exigido por la jurisprudencia podemos tener en cuenta, en primer lugar la naturaleza de mínimos de las previsiones de las Directivas, en segundo lugar que no se requiere en todo caso dolo directo, sino que cabe el dolo eventual, y en tercer lugar que este ánimo de incitación lo debe ser de modo genérico, sin estar referido a actos en concreto, aunque se pongan ejemplos y modelos reales, porque, en caso contrario, estaríamos penetrando dentro del espacio del injusto del art 579 del CP, y resulta obvio que el legislador ha querido distinguir con claridad los ámbitos del injusto de la apología específica del art. 578 del CP del recogido en las previsiones del art 579 del CP.

Ya señalaba la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que el delito de enaltecimiento, como hemos dicho, no solo es un límite al derecho a la libertad de expresión, sino que conforma su contenido, de tal suerte que el legislador expulsa del mismo expresiones y manifestaciones que enaltezcan o justifiquen las actividades terroristas. Ya en el A TC 4/2008, en su fundamento jurídico 7 se dice:

"7. Tampoco la condena por el delito de enaltecimiento o justificación de delitos de terrorismo o de sus autores (art. 578 CP) supone una vulneración del derecho a la libertad de expresión, pues, como se afirma en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en relación con los delitos de genocidio, "la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad" - cosa que debe afirmarse ahora también de los delitos de terrorismo- "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).

En parecido sentido se posicionan sentencias del TC como la STC 112/2016, de 29 de junio de 2016, caso Tasio Erkicia, o la s TC 177/2015, de 22 de julio, en la que 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).

Y precisamente, la ya citada s TEDH de 13 de marzo de 2018, caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España, -que estimó vulnerado el derecho a la libertad de expresión de los demandantes por haber quemado unas fotos del Rey-, dice que: "no se puede afirmar que la libertad de expresión en el ámbito de la crítica política sea sin embargo ilimitada. El TEDH recuerda que la tolerancia y el respeto de la igualdad de la dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y plural. De ello resulta que, en principio, se pueda juzgar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar, incluso prevenir, todas las formas de expresión que, propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa), si se vela por que éstas "formalidades", "condiciones", "restricciones" o "sanciones" impuestas sean proporcionales a la finalidad legítima perseguida (ver, en lo que atañe al discurso del odio y a la apología de la violencia, Sürek c. Turquía (no 1) [GS], no 26682/95, § 62, CEDH 1999-IV, y, más en particular, Gündüz c. Turquía, no 35071/97, § 40, CEDH 2003-XI). Si bien es absolutamente legítimo que las instituciones del Estado sean protegidas por las Autoridades competentes en su condición de garantes del orden público institucional, la posición dominante que ocupan estas instituciones exige a las Autoridades dar muestras de contención en la utilización de la vía penal (Jiménez Losantos c. España, no 53421/10, § 51, 14 de junio de 2016). Pues bien, el delito de enaltecimiento del terrorismo sanciona el "discurso del odio" cuando el mismo se reconduce a la justificación del terrorismo, las organizaciones terroristas o de quienes formaban parte de las mismas.



La STC 112/2016, es la primera en la que se valora la eventual incidencia que podría tener la sanción de un delito de enaltecimiento del terrorismo en el derecho a la libertad de expresión, realizando una cita de su propia STC 235/2007 y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y concluye que: "la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo penadas 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".

En resumen, la incitación a la violencia terrorista, mediante el enaltecimiento de sus ejecutores o de sus métodos, no puede estar amparado por la libertad de expresión porque entra de lleno en el "discurso del odio", y finaliza la STC 112/2016 diciendo que: "no es ociosa la cita de la s TEDH 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". De lo que se colige «la relevancia a efectos de tipificación, como cuestión de legalidad ordinaria, pero bajo exigencias constitucionales, de la acreditación de con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Y de la valoración sobre el riesgo que se crea con el acto imputado. Por más que tal riesgo haya de entenderse en abstracto como 'aptitud' ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas».

Al establecer la Directiva de la UE 2017/541 que: «al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las, circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto.

También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional», entendemos que el riesgo, aunque sea abstracto, se erige como un auténtico elemento del tipo, configurando el tipo penal que analizamos como un delito de mera actividad que se agota con la realización de la conducta, sin que se exija la producción de resultado distinto del comportamiento mismo, de manera que el riesgo predicado debe encontrarse ínsito en las manifestaciones, que objetivamente deben ser idóneas para la generación de ese riesgo abstracto, para lo cual, como se ha dicho, habrá que tener en cuenta las circunstancias concretas del caso.

Esta exigencia viene a reafirmar que estamos ante un delito de peligro abstracto, esto es aquel en que la «peligrosidad se supone inherente a la acción, salvo que se pruebe que, en el caso concreto, quedó excluida de antemano», lo que exige que el comportamiento determinado sea de hecho peligroso objetivamente ex ante, idóneo en el momento de la acción para producir el menoscabo lesivo aunque no se requiera tampoco una concreta puesta en peligro ex post".

<<Una cosa es proclamar, incluso vociferar, lo que el sujeto "siente", es decir sus deseos o emociones, exteriorizándolos a "rienda suelta" y otra cosa que tal expresión se haga, no para tal expresión emotiva, sino, más allá, para la racional finalidad de procurar que el mensaje, al menos indirectamente, mueva a otros a cometer delitos de terrorismo».

Esta doctrina ya se definió en la s TEDH de 2 de octubre de 2008, Leroy contra Francia. En este caso, se condenaba al recurrente por enaltecer y glorificar, por complicidad, un acto de terrorismo por medio de un periódico semanal cuyo director de publicación había sido condenado por apología. Los hechos estaban relacionados con una caricatura de la caída de «las torres gemelas» de Nueva York, con una leyenda de enaltecimiento de la acción, dibujo que mostraba la destrucción de las torres, acompañado del texto «nosotros lo habíamos soñado, Hamas lo ha hecho», imitando o parodiando a un eslogan publicitario. El Tribunal no solo lo consideró una extralimitación de la crítica admisible en la libertad de prensa, sino un incentivo indirecto al lector potencial a apreciar de manera positiva la realización de un acto criminal, añadiendo que la obra no criticaba al imperialismo americano, sino que sostenía y glorificaba su destrucción, juzgando favorablemente la violencia perpetrada contra millares de civiles y atentando a la dignidad de las víctimas. Se destacaba el impacto del mensaje que conllevó reacciones que podían provocar violencia y por ello se consideró una injerencia en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión del recurrente necesario en una sociedad democrática. Podemos deducir que, para el TEDH, un incentivo indirecto al lector potencial a apreciar de manera positiva la realización de un acto criminal, puede ser considerado como un elemento que determina un riesgo abstracto, máxime cuando se ejemplifica en trayectorias de terroristas concretos que ya han causado dolor y violencia.

Resumiendo, la jurisprudencia de la ya citada s TS 52/18 de 31 de enero, indica:

"En el entendimiento del delito de enaltecimiento de terrorismo y la jurisprudencia que lo desarrolla, debe tenerse presente la escisión que conlleva la primera sentencia del Tribunal Constitucional (la núm. 112/2016, de 29 de junio de 2016), que analiza el tipo del art. 578 CP, y la jurisprudencia de esta Sala que observa su doctrina, donde la expresión citada en el recurso, "el enaltecimiento/justificación del art. 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito". deja ya de compadecerse, en toda su extensión, con el recto contenido constitucional del precepto; por cuanto en la referida sentencia, interpretativa de esta tipología, se exige, para entender constitucionalmente legítima dicha injerencia legislativa en la libertad de expresión, algún tipo de incitación, aun cuando fuere indirecta...

... Esta STC 112/2016, en abundancia de este criterio, también ponía esta conducta típica en conexión con el art. 3.1 a) de la Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008 ("DOUE" núm. L 330, de 9 de diciembre de 2008), que a diferencia de la Decisión marco 2002/475/JAI, ya 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.

En la sentencia núm. 354/2017, de 17 de mayo, esta Sala enumeraba como elementos que conforman el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, concorde pacífica jurisprudencia, los siguientes: 1º La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que sólo es un comportamiento criminal. 2º El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos: a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 572 a 577. b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos. 3º Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser periódico o un acto público con numerosa concurrencia y hoy día, dada la evolución tecnológica, a través de Internet...

... No obstante, el art. 578 CP, precisa el Tribunal Constitucional, en su sentencia 112/2016, de 20 de junio, solo "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.

... Cuando se redactó el art. 5 el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (STCE nº 196), se acogió dentro del mismo la provocación pública para cometer delitos terroristas (definido como 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), indicando su informe explicativo que se tuvo en consideración la opinión de la Asamblea parlamentaria y del Comisario de los Derechos del Hombre, que sugirieron que dicha norma abarcara "la difusión de mensajes de elogio del autor de un atentado, el denigramiento de las víctimas, la llamada a financiar organizaciones terroristas u otros comportamientos similares" que pudieran constituir actos de incitación indirecta a la violencia terrorista.

También refiere que se deja a los Estados un cierto margen de discrecionalidad en la definición de la infracción, si bien ejemplifica indicando que la presentación de una infracción terrorista como necesaria y justificada podría ser constitutiva de una infracción de incitación indirecta. En todo caso, se exige que sea cometida ilegal e intencionadamente y que genere riesgo de la comisión de una infracción terrorista.

De otra parte, la reciente Directiva (UE) 2017/541, aún en plazo de trasposición, igualmente tipifica en su art. 5, la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo que conforme a su considerando 10, estos delitos "comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población".

Ciertamente también exige que la norma europea que conlleve el riesgo (que hemos de entender no concreto sino de aptitud) de que puedan cometerse actos terroristas.



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

Ciertamente, el legislador español es autónomo a la hora de tipificar conductas; pero el análisis de la normativa convencional del Consejo de Europa (que determina conforme la propia jurisprudencia del TEDH el alcance de los derechos reconocidos en el CEDH) y de la Unión Europea, proyectados sobre la conducta tipificada en el art. 578, a la luz de la jurisprudencia constitucional, muestran que resulta una ilegítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores, la condena por esta norma, cuando ni siquiera de manera indirecta, las manifestaciones enjuiciadas, supongan una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades; de donde resulta exigible, concluye la referida s TC 112/2016, como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad, que previamente a la imposición de una condena por el art. 578 CP, se pondere en la resolución judicial, si la conducta desarrollada por el acusado, integra una manifestación del discurso del odio, que incita a la violencia (FJ 4, in fine)".

De todo ello podemos concluir que tanto el marco legal europeo como nuestra jurisprudencia más reciente, exigen que estas acciones conlleven un riesgo abstracto, que forzosamente hay que entender como la mera idoneidad, la aptitud para que otros se enardeczan y actúen violentamente contra los colectivos, personas o instituciones denostados por el enaltecedor.

Sería ilegítima la injerencia en el ámbito de la libertad de expresión del acusado, y, en consecuencia, una condena por esta norma, cuando ni siquiera de manera indirecta, las manifestaciones enjuiciadas, supusiesen una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades, pero no lo es la hecha en la sentencia aquí recurrida, porque en ella se pondera el riesgo abstracto de que algunas de las expresiones consignadas en la red social, atendida por tantas personas -54.000- pueda conllevar a que alguna de ellas, por admirar al autor o por entender justificado el acto, imite la violencia mortal de los ejemplos de terroristas puestos como modelo.

Las expresiones delictivas integran un incentivo indirecto al lector potencial a apreciar de manera positiva la realización de un acto criminal.

"Aptitud" es la habilidad o postura que posee una persona o cosa para efectuar una determinada actividad. El riesgo se dará cuando las manifestaciones públicas sean aptas o idóneas para desplegar una actividad, y por ello se debe valorar esa aptitud o idoneidad en sí misma y en función de las circunstancias. En el caso, lo conforma dirigirse a múltiples admiradores justificando actividades violentas execrables contra colectivos que se demonizan, incitándoles a reaccionar de modo violento contra ellos y poniendo ejemplos reales de cómo hacerlo en terroristas concretos que han actuado en un entorno de entre 5 y 20 años antes.

Se trata de tutelar la seguridad colectiva, tanto de las personas como de los bienes, entendiéndola como la creación de un clima de garantía social en el que no se verán amenazados los bienes jurídicamente protegidos, sean individuales o colectivos.

Se trata de delitos de peligro abstracto en los que es necesario establecer el llamado "grado de probabilidad", esto es el llamado juicio de peligro, algo no ausente de dificultad.

"Probabilidad" que debe interpretarse como posibilidad real de futuro ataque y lesión al bien jurídico protegido penalmente, que será lo que determine, en un primer momento, la idoneidad de ese peligro para lesionar el bien jurídico y por ello para poder sobrepasar la tipicidad.

Con carácter general para poder calificar una conducta como peligrosa habrá que verificar la probabilidad de lesión en el caso concreto, atendiendo a los bienes jurídico- penales potencialmente puestos en peligro y al ámbito de actividad donde se desarrolla esa situación, no olvidando que en este tipo de delitos de peligro abstracto el riesgo real no es necesario, puesto que la peligrosidad de la acción no es característica del tipo, sino tan sólo fundamento para que la disposición exista, de suerte que el Juez no ha de examinar si realmente se ha producido un peligro en el caso particular.

Por ello en los delitos de peligro abstracto materiales, en definitiva, el legislador parte de que una conducta es peligrosa para el bien jurídico protegido de acuerdo con las reglas de la experiencia, no siendo necesario que en el caso concreto se demuestre que el bien jurídico haya corrido peligro.



En general, sin embargo, se admite que en los delitos de peligro abstracto se requiere la idoneidad del peligro, de modo que se admite la prueba en contrario de que el bien jurídico protegido no corrió peligro.

Aplicando la anterior teoría general al Art. 578 del CP, podemos convenir que este delito requiere algún tipo de incitación, aunque fuere indirecta (en el caso, se banalizan las lesiones que sufren los cuerpos policiales en sus actuaciones; se incita a agredir a los policías; se les acusa de matar, torturar o asesinar; se afirma que la Monarquía financia el terrorismo del ISIS; se dice que se deja morir sin asistencia a una condenada por su pertenencia a la organización terrorista GRAPO; se dice que cuando la policía recibe una hostia en respuesta a tratar con racismo a los inmigrantes, se hacen las víctimas; se afirma que pretenden que les lloremos cuando les pasa algo; dice que se condena por daños materiales a quienes en el atentado anarquista en la Basílica del Pilar de Zaragoza dejaron sin tímpano a un turista;...y se exhiben como ejemplo a seguir las trayectorias de varios criminales condenados por terrorismo de sangre) y la valoración del riesgo de que puedan cometerse actos terroristas ha de examinarse de acuerdo con las pautas dadas por la jurisprudencia mencionada, atendiendo a las circunstancias específicas del caso, en las que no podemos soslayar que en España se han producido un sin fin de actos terroristas de naturaleza muy diversa (ETA, GRAPO, Resistencia Galega, insurreccionalismo GAP, y más recientemente del Yihadismo, etc.), y, que, en concreto, el último gran atentado mortal ha ocurrido en agosto de 2017, costando la vida a quince personas.

Por todo ello, consideramos que el riesgo abstracto que exige la jurisprudencia se produce de forma objetiva en función de la literalidad de las manifestaciones vertidas, la persona del autor, el cuantioso público al que las dirige, las circunstancias concretas señaladas, y que con las expresiones recogidas en la sentencia a quo el recurrente persigue desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la Democracia, incitando al uso de la violencia con respecto a un representante del Estado, el Monarca o contra los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado, apreciándose también el riesgo abstracto de que algunas de esas manifestaciones y las justificaciones de la actuación de concretas actuaciones terroristas o de la desplegada por los modelos que loa puedan constituir, por su aptitud, un incentivo indirecto al lector potencial a apreciar de manera positiva la realización de un acto criminal que pueda acabar debiéndose indirectamente a este enardecimiento a la acción violenta.

Finalmente, en lo que se refiere a la exigencia de la Directiva europea que obliga a interpretar las expresiones analizadas en relación con las circunstancias específicas del caso, en especial, de su autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto en relación con la importancia y la verosimilitud del riesgo, debemos recordar, como decimos, que el terrorismo sigue presente en la sociedad española (hace ahora poco más de un año del último gran atentado mortal yihadista en las Ramblas de Barcelona y en la localidad tarraconense de Cambrils); que el autor de las mismas ya ha sido condenado con anterioridad por el mismo delito en un pasado reciente; que es persona con gran séquito de seguidores en las redes sociales, de manera que, al publicarse los mensajes enjuiciados, tenía en Twitter más de 54.000 seguidores; que en los analizados aparecen 1.915 tuits con los términos GRAPO, MONARQUÍA, REY, ETA, TERRORISMO, SILBO, BOMBA, BORBÓN, POLICÍA y GUARDIA CIVIL; que ese colectivo significado destinatario ha sufrido muchos de los ataques terroristas de algunos de los miembros activistas ensalzados y que lo hace en redes sociales de máxima difusión, masivamente y al alcance de cualquiera.

En el caso que enjuiciamos la situación de riesgo se desprende en varios de los tuits, conforme han sido analizados en la sentencia de instancia, que, en consecuencia, no se limitan a criticar instituciones públicas estatales, sino que persiguen que terceras personas puedan pasar a la violencia ante ellas.

Son tuits "potencialmente aptos para que se incremente mínimamente el peligro de comisión de delitos terroristas" (s TS 178/2018, de 31 de enero), para generar, siquiera indirectamente, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades, pues como señala el TEDH, encubren la intención de traducir sus expresiones en violencia física.

Ejemplos como: Orgulloso de quienes respondieron a las agresiones de la policía; El pueblo se defiende de su brutalidad y somos "violentos terroristas"; ¿Matas a un policía? Te buscan hasta debajo de las piedras. ¿Asesina la policía? Ni se investiga; Detenidos en Galiza por "enaltecimiento del terrorismo" es decir, por decir que hay que luchar contra el Estado fascista; Constancia en la lucha; el PC @ se dejaba la vida denunciando; que suelten a la familia real sin escoltas por nuestras calles; ante el terrorismo de Estado, el barrio organizado; se iba a enterar la policía; es para...; las manifestaciones son necesarias, pero no suficientes; apoyemos a quienes han ido más allá; estudiantes responden a la brutalidad policial en Euskal Herria; PCE @ 12 años sin lucha armada; no habrá olvido ni perdón; tienen los años contados; no hay justicia que lo cace; pronto se irá a pique; tomará su palacio; sus herederos picarán piedra.....) rezuman violencia, a veces ni siquiera solapada, suponen una toma de postura clara hacia la banalización del terrorismo que enaltece, justifica y añora, cuando no esconde sus principales efectos, silenciando lo ocurrido con sus víctimas, colocándolo ante 54.000 seguidores, muchos afines a la ideología que implican, como un ejemplo a seguir y singulariza la



trayectoria de 6 concretos terroristas, todos condenados por atroces delitos, con la idea de que alguno de sus lectores adopte la decisión de seguir el ejemplo de esa violencia terrorista enaltecida por el opinador líder, seguido por ellos.

Banalizar el odio, supone olvidar que hay millones de muertos precisamente porque alguien los tachó de indignos y otros decidieron usar la violencia para exterminarlos, creyéndose suficientemente justificados en esas palabras. Y odiar a unos, pero no a otros según el sesgo ideológico del que habla, sólo explica a quien se pretende exterminar, para exterminar, con ellos, la idea que entrañan.

En consecuencia, no se trata de promocionar debates con la palabra, no sólo, incluso, de machacar al "enemigo" con la expresión, exteriorizando odio, sino de intentar además que con ese constante centrar el odio en determinados mensajes, glorificando el ejemplo de quienes antes han usado la violencia para imponer sus creencias muy lejos de los cauces democráticos, marcar a terceras personas (aún desconocidas) pero del entorno ideológico propio, -aquí sus seguidores en redes sociales- el mensaje de que hacer algo parecido a lo que hicieron esos "ejemplos a seguir", es positivo y laudable.

En el presente caso se ensalza -por meramente compartir su uso antidemocrático de la violencia para imponer creencias- a determinados militantes del GRAPO - PCE ® o del insurreccionalismo GAC condenados por acciones violentas contra determinadas personas con móvil terrorista: Feliciano ; Enma ; Loreto y Victoriano ; Catalina y Víctor Manuel .

En definitiva, con las expresiones recogidas en su conjunto en los Hechos probados en la sentencia de la instancia, se constata que se enaltecó la trayectoria delictiva de varias personas exclusivamente en razón a su involucración en execrables delitos terroristas, siendo ese únicamente el aspecto curricular de las mismas que se pretendió loar y resaltar, y que la intención al hacerlo de forma reiterada y pública, en redes sociales con miles de seguidores, por persona ya condenada por lo mismo en el pasado, fue intentar que alguno de sus lectores asumiera el discurso del odio que así propagaba para ver si reanudaba la acción violenta terrorista con alguno de los fines que el Art. 573 CP señala, que justificaba, poniendo en riesgo, a la mayoría pacífica de la población, de sufrir de nuevo el azote de facciones terroristas en fase de superación.

La pluralidad de los mensajes (no son aislados), su reiteración en el tiempo (no son producto de un acaloramiento), la edad del autor (superado su proceso de maduración), la exposición pública de los mismos (en una Red Social, sin restricciones), la exteriorización de la manifestación del odio ideológico hacia ciertas Instituciones esenciales y colectivos, la aptitud, idoneidad e incentivación directa al potencial lector a apreciar como positiva la trayectoria terrorista criminal de determinados condenados en firme por la Justicia, la loa del ejemplo terrorista y de sus métodos violentos, el contexto en que se hace (incitando a reaccionar ante determinadas noticias concretas en momentos de crisis aprovechados para culpar a los colectivos que señala), la expansión y rememoración de loas a la acción terrorista como solución a los conflictos sociales (no importa que sea ajena, vid s TS 706/2017, de 27 de noviembre) y la peligrosidad intrínseca de algunos tuits que, presentando el terrorismo como merecedor de elogio, incitan de manera indirecta a la comisión violenta de hechos de semejante naturaleza terrorista a la enaltecida, suponiendo una puesta en peligro de la sociedad ante la hipótesis de que, por su influencia, se repitan episodios de terrorismo concreto, e incurriendo por ello, como señala acertadamente la sentencia de instancia en el delito sancionado en el Art. 578 CP.

2) En segundo lugar, analizando si hay causas que justifiquen y eximan el delito, sin hacer interpretaciones legales que vacíen de contenido el Hecho de que el legislador parlamentario haya decidido considerarlas dignas de sanción penal -aspecto ya analizado en el considerando anterior-, nuevamente entendemos que no, coincidiendo también en este punto, con el parecer mayoritario de la sentencia recurrida, discrepando del voto particular.

Establece la s TS 539/2008, de 23 de septiembre, que determinadas restricciones a la libertad de expresión pueden ser no sólo legítimas, sino hasta necesarias ante conductas que puedan incitar a la violencia o, como sucede en la humillación a las víctimas, provocar un especial impacto sobre quien la sufre en un contexto terrorista. Ante ello í se hace necesario que en el ámbito del proceso penal se examine si los hechos denunciados exceden los márgenes del ejercicio de los derechos fundamentales que en ellos se protegen, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar, puesto que las libertades del art. 20.1 a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta.

El art 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión."; la misma declaración establece en el art. 29.2, con carácter general para todos los derechos, que "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos



y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática". En el art. 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se establece que "1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley".

Para restringir tan importante derecho fundamental, el TEDH ha indicado que las condiciones que deben cumplir las restricciones nacionales impuestas en este sentido para ser compatibles con el Convenio sean: en primer lugar, que la medida restrictiva esté prevista por la ley; en segundo lugar, que la limitación esté justificada por alguno de los fines establecidos en el apartado 2 del artículo 10 del Convenio (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-) y, por último, que la medida sea necesaria dentro de una sociedad democrática. Respecto a la primera de las condiciones, el Tribunal solo debe comprobar la existencia de una ley nacional que recoja la limitación y, respecto a la segunda, que la misma responda a la consecución de uno de los objetivos previstos en el art. 10.2 del Convenio. La última condición, establece dos parámetros, la necesidad de la injerencia en una sociedad democrática y la proporcionalidad entre la medida y el objetivo que se persigue conseguir.

La jurisprudencia del Tribunal nos viene a decir que la injerencia debe responder a una "necesidad social imperiosa", y no por razones de oportunidad o pertinencia. Con carácter general se admite que los Estados tengan un margen de libertad para restringir algunos derechos fundamentales y para determinar si en el ejercicio de estas restricciones no se sobrepasan los cánones del Convenio.

El TEDH ha tratado de resolver el conflicto a través de dos parámetros para valorar las limitaciones nacionales a la libertad de expresión ante supuestos de discurso del odio, aplicando la doctrina del abuso de derecho (art. 17 CEDH) por el que ha proscrito cualquier protección a los discursos de odio, y la segunda, desde la perspectiva del art. 10 CEDH a través de lo que se denomina test de Estrasburgo; en su aplicación, el Tribunal Europeo considera, en función del caso concreto, tres elementos: a) previsión legal de la injerencia; b) fin legítimo; c) necesidad en una sociedad democrática. En definitiva, el TEDH examina si la injerencia es proporcional al fin legítimo perseguido y si las razones invocadas por las autoridades nacionales para justificarla son pertinentes y suficientes, pero siempre teniendo en cuenta que los Estados tienen un margen de apreciación.

El Tribunal Europeo ha afirmado el potencial ofensivo de los discursos que incitan al odio y los ha reconocido como un límite justificado a la libertad de expresión, aun cuando no haya provocación a la violencia o al delito, si bien se debe atender al contexto y a la intencionalidad, la condición del emisor, así como a las posibles consecuencias del discurso.

En la misma línea, se pronuncia el Tribunal Constitucional, por todas, en su capital sentencia 177/2015, cuando dice:

"Sobre el contenido de la libertad de expresión y sus límites existe una consolidada doctrina constitucional que puede resumirse del siguiente modo:

a) Conforme a una jurisprudencia unánime que arranca de las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 12/1982, de 31 de marzo, y recuerdan, entre otras, las más recientes SSTC 4 1/2001, de 11 de abril, FJ 4, y 50/2010, de 4 de octubre, se ha subrayado repetidamente la "peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión", en cuanto que garantiza para "la formación y existencia de una opinión pública libre", que la convierte "en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática". De modo congruente, hemos insistido también en 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" (SSTC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4, y 50/2010, FJ 7).

b) También hemos sostenido 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" (SSTC 174/2006, de 5 de junio), FJ 4, y 77/2009, de 23 de marzo, FJ 4). De modo que, como subraya la STC 235/2007, de 7 de noviembre), FJ 4, 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" (STEDH caso De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997, § 49).



c) La libertad de expresión no es, en suma, un derecho fundamental absoluto e ilimitado, sino que tiene lógicamente, como todos los demás, sus límites, de manera que cualquier expresión no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, toda vez que el art. 20. 1 a) CE (LA LEY 2500/1978) "no reconoce un pretendido derecho al insulto" (SSTC 29/2009, de 26 de enero, y 50/2010 de 4 de octubre). En consecuencia, este Tribunal ha declarado repetidamente que quedan fuera de la protección constitucional del art. 20.1 a) CE "las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas". Es decir, las que, "en las concretas circunstancias del caso sean ofensivas u oprobiosas".

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que "[l]a tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede 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" (STEDH de 16 de julio de 2009, caso Féret c. Bélgica, § 64), del mismo modo que la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios.

d) Estos límites deben ser, no obstante, ponderados siempre con exquisito rigor. Esta regla, que es de obligada atención con carácter general, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, lo es todavía más cuando dicha libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales, en particular el derecho al honor (art. 18 CE), y señaladamente con otros intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal. Cuando esto último sucede, como es el presente caso, esas limitaciones siempre han de ser "interpretadas de tal modo que el derecho fundamental [del art. 20. 1 a) CE no resulte desnaturalizado" (STC 20/1990, de 15 de febrero); FJ 4). Lo que, obliga entre otras consecuencias, "a modificar profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión", pues su posición preferente impone "la necesidad de dej[ar] un amplio espacio al disfrute de [dicha] libertad (SSTC 39/2005, de 28 de febrero, FJ 4, y 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 4), y "convierte en insuficiente el criterio subjetivo del animus iniuriandi", tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos (SSTC 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3, y 29/2009, de 26 de enero, FJ 3). En definitiva, el Juez penal ha de 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" (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 y 8; 287/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 127/2004, de 19 de julio, FJ 4, y 253/2007, de 7 de noviembre, FJ 6, y STEDH, caso Castells, 23 de abril de 1992, § 46).

e) Así las cosas, el órgano judicial debe 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. Pues "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" (por todas, últimamente, STC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3). Por ese motivo, como también hemos repetido en múltiples ocasiones, "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" (STC 29/2009, de 26 enero, FJ 3), y, por lo mismo, "constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración" (SSTC 299/2006, de 23 de octubre, FJ 3, y 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3). En suma, en casos como el presente, "no estamos en el ámbito de los límites al ejercicio del derecho, sino en el previo de la delimitación de su contenido" (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2, y 127/2004 (LA LEY 13455/2004), de 19 de julio)".

En aplicación de la anterior doctrina, ya hemos indicado que, la defensa social frente a la posibilidad de que el discurso del odio soflame y solivianta personalidades proclives a pretender solucionar con el uso de la violencia sus personales convicciones sociales despertando terrorismos ya superados, justifica la excepcional punición de determinados discursos del odio, y que en el caso presente nos hallamos ante uno, paradigmático, porque el autor aquí recurrente, reincidente en estas cuestiones, erigiéndose en doctrinario de una cantidad considerable de seguidores afines que le admiran -54.000-, les arenga ideológicamente en redes sociales, por un lado, demonizando instituciones y por otro ejemplificando trayectorias de terroristas que han sido condenados por delitos violentos, con la idea de que ejecuten contra aquellos más violencia.

De esta forma el acusado, adoleciendo de empatía para con las víctimas y despreciando pensar qué efecto producirán sus palabras sobre quienes, inocentemente, sufrieron los embates concretos de las acciones terroristas realizadas por las personas enaltecidas, genera una nueva victimización en esa remembranza, y



no ignorando que tirando la piedra del odio, mientras esconde la mano, incita a afines y seguidores a ejecutar la violencia que bendice, pone en riesgo de nuevos ataques violentos a los dos colectivos que demoniza con su odio.

Los tuits son expresión, mientras no humillen, vejen, burlen alimentando el discurso del odio, legitimando el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y mientras no obliguen a sus víctimas al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano (s TS 4/2017, de 18 de enero), pues el tipo penal analizado, lejos de criminalizar opiniones discrepantes, lo que pretende es combatir actuaciones dirigidas a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en un régimen de libertades y un daño a la paz de la comunidad con sus actos criminales, atentando contra el sistema democrático establecido (s TS 676/2009, de 5 de junio).

3) En lo que hace a si la consideración de la libertad de creación artística y la libertad de expresión consagradas en el Art. 20.1 b) CE (1. Se reconocen y protegen los derechos: b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.) debe flexibilizar la dureza de las expresiones vertidas en su ejercicio - teniendo en cuenta que los tuits de un artista y no sólo su música y letras también apoyan y soportan la creación artística- indicar que siendo cierto que la Constitución resalta lo trascendente de lo creativo en el ámbito de las libertades, ya que tradicionalmente las obras literarias han sido la principal fuente de transmisión de doctrinas e ideas, incluso de las incómodas para el poder, y que la libertad de imprenta, entendida como una de las libertades básicas del constitucionalismo democrático, se ha entendido siempre como garantía tanto de la libre información como de la creación literaria libre, de modo que la alusión a la literatura que hace el apartado b) del art. 20.1 CE está sin duda destinada también a excluirla específicamente del apartado d) del mismo artículo, no lo es menos que tiene igualmente límites, que son los que señala la propia Constitución en su Art. 20.4 CE: "el respeto a los derechos reconocidos en el propio Título constitucional y en los preceptos de las leyes que los desarrollan", de manera que, como decía Stuart Mili, al ejercer nuestra libertad de expresión no acabemos dañando a otros.

No hay un omnímodo derecho a la libertad de expresión (s TC 56/1995 o 65/2015), tampoco para quienes sean considerados creadores y artistas, pues su ejercicio puede sufrir las condiciones y limitaciones previstas por la ley que resulten necesarias en una sociedad democrática (s TEDH 17/05/2016, caso Karacsony y otros, vs Hungría).

Ya la s TS 397/2018 indica: "que "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."

La s TC 177/2015, de 22 de julio también sienta que el derecho a la libertad de expresión no es de carácter absoluto. Así, el Tribunal Constitucional declara 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 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.

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."

"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 (TEDH 2000, 9), 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 (RCL 1999, 1190, 1572) (§ 92 del informe explicativo).".

Y precisamente respecto de la Decisión Marco 2008/919 JAI del Consejo, de t 28-11-2008, la STC 177/2015, recuerda 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."

Y la misma concluye, a la vista de lo anterior, 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."

En cuanto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recordar la jurisprudencia de la s TEDH, de 16-7-2009, (Caso Feret vs. Bélgica) 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 (s TEDH de 29 de abril 2008 (JUR 2008, 129545), caso Kutlular c. Turquía, § 49; de 16 de julio de 2009, caso Feret c. Bélgica, § 64; de 8 de julio de 1999 (TEDH 1999, 28), 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."

"Es precisamente cuando se presentan ideas que hieren, ofenden y se oponen al orden establecido, cuando más preciosa es la libertad de expresión (Sentencia Women On Waves y otros contra Portugal [TEDH 2009, 18], núm. 31276/2005, ap. 42, TEDH 2009-...). También ha declarado dicho Tribunal que el hecho de que la persona del Rey no esté «sujeta a responsabilidad» en virtud de la Constitución española, concretamente en el ámbito penal, no impide de por sí el libre debate sobre su eventual responsabilidad institucional, incluso simbólica, en la jefatura del Estado. Así lo reitera el TEDH Sección 3ª Caso Otegi Mondragón contra España. Sentencia de 15 marzo 2011. TEDH 20110.

Sin embargo, dicha resolución, citando otras muchas, señala que dicha crítica política, incluso hiriente y ofensiva del Rey y del sistema monárquico está amparada en la libertad de expresión siempre que se efectúe dentro de los límites del respeto de su reputación como persona, sin cuestionar la vida privada del monarca. Así el TEDH cita a sensu contrario su Sentencia Standard Verlags GmbH contra Austria (núm. 2), núm. 21277/2005, 4 junio 2009 [JUR 2009, 254201], asunto que versaba sobre los aspectos íntimos de la vida privada del presidente austríaco e igualmente Sentencia Von Hannover contra Alemania [TEDH 2004, 45], núm. 59320/2000, ap. 64, TEDH 2004-VI). También pone de relieve la diferencia entre el caso examinado en la referida sentencia de 15 de marzo de 2001 y aquellos en que se produjo un ataque a su honorabilidad personal o un ataque personal gratuito contra su persona (véase, a contrario, Sentencia Pakdemirli [JUR 2005, 61551], previamente citada, ap. 46).".

"De dicha doctrina del TEDH ha de extraerse la conclusión de que no se produce vulneración del mencionado art. 10 del Convenio cuando las expresiones o conductas enjuiciadas superan la mera crítica política (por muy hostil, hiriente y ofensiva que esta sea) del Monarca o de la Institución y se adentran en el ataque personal gratuito a su reputación como persona, afectando a los aspectos íntimos de su vida privada, atacando a su honorabilidad personal.

Por otra parte, s TC 177/2015 de 22 de julio, destaca que "Conforme a una jurisprudencia unánime que arranca de las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 12/1982, de 31 de marzo, y recuerdan, entre otras, las más recientes SSTC 41/2001, de 11 de abril, FJ 4, y 50/2010, de 4 de octubre, se ha subrayado repetidamente la «peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión», en cuanto que garantiza para «la formación



y existencia de una opinión pública libre», que la convierte «en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática». De modo congruente, hemos insistido también en 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» (s TC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4, y 50/2010, FJ 7).

También hemos sostenido 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» (s TC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4, y 77/2009, de 23 de marzo, FJ 4). De modo que, como subraya la s TC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4, 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» (s TEDH caso De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997, § 49). En fin, en esta última Sentencia hemos recordado también 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».

En ese contexto, tanto este Tribunal como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han insistido en el significado central del discurso político desde el ámbito de protección de los arts. 20 CE y 10 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), particularmente amparable cuando se ejerce por un representante político. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que la libertad de expresión adquiere unos márgenes especialmente valiosos cuando se ejerce por una persona elegida por el pueblo (STEDH de 15 de marzo de 2011, caso Otegi c. España, §50), que representa a sus electores, señala sus preocupaciones y defiende sus intereses, estándole «permitido recurrir a una cierta dosis de exageración, o incluso de provocación, es decir, de ser un tanto inmoderado en sus observaciones» (caso Otegi c. España, § 54), por lo que en ese contexto el control debe ser más estricto (STEDH de 23 de abril de 1992, caso Castells c. España, § 42). Sin perjuicio de lo cual, el sujeto interviniente en el debate público de interés general debe tener en consideración ciertos límites y, singularmente, respetar la dignidad, la reputación y los derechos de terceros.

La libertad de expresión no es, en suma, un derecho fundamental absoluto e ilimitado, sino que tiene lógicamente, como todos los demás, sus límites, de manera que cualquier expresión no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, toda vez que el art. 20.1 a) CE «no reconoce un pretendido derecho al insulto» (s TC 29/2009, de 26 de enero; 77/2009, de 23 de marzo, y 50/2010, de 4 de octubre). En consecuencia, este Tribunal ha declarado repetidamente que quedan fuera de la protección constitucional del art. 20.1 a) CE «las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas». Es decir, las que, «en las concretas circunstancias del caso sean ofensivas u oprobiosas».

En la ponderación de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y al honor, en este caso, de la Institución [de la Corona], es doctrina constitucional constante desde la STC 107/1988 que, para decidir cuál prevalece en el caso concreto es determinante comprobar si en la manifestación de la idea u opinión, sea de palabra o por medio de la acción, se han añadido expresiones injuriosas por innecesarias para la expresión pública del pensamiento que se trata de manifestar o expresiones o acciones que son formalmente injuriosas".

A ello podemos añadir que igualmente en la ponderación de los intereses en conflicto y en la calibración de las expresiones utilizadas debe tenerse en cuenta que el artículo 15 de la CE, proclama que "queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes militares para tiempos de guerra", habiendo sido efectivamente abolida en todas las circunstancias dicha pena, mediante LO 11/1995, y mediante ratificación por España en 2009 del Protocolo B del Convenio de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Es 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».

Y la STC 177/2015 de 22 de julio, recoge que, según doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la imposición de penas de prisión por infracciones cometidas en el ámbito del discurso político sólo



es compatible con la libertad de expresión garantizada por el art. 10 del Convenio en circunstancias excepcionales, especialmente cuando se han lesionado gravemente otros derechos fundamentales, como en el supuesto de que se difunda un discurso de odio o de incitación a la violencia, como es el caso (STEDH de 15 de marzo de 2011, caso Otegi c. España, §§ 58 a 60, por remisión a los casos Bingöl c. Turquía, núm. 36141/2004, ap. 41, de 22 de junio de 2010, y, mutatis mutandis, Cumpănă y Mazare c. Rumanía [GS], núm. 33348/1996, ap. 115, TEDH 2004-XI).

En conclusión, tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal Supremo -por todas las TS 820/2016, de 2 de noviembre, 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 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 CE) debe desarrollarse 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 la resolución judicial impugnada, al imponer la sanción penal al recurrente, ha 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, que es lo que efectivamente se ha hecho en el considerando anterior.

4) Y en último lugar, en lo que hace a la consideración de si hay causas que atenúen la responsabilidad penal del acusado recurrente, teniendo en cuenta la voluntad impugnativa de su recurso, y una vez establecido que los tipos penales no pueden interpretarse hacia el vaciamiento de su contenido, atendiendo algunos de los razonamientos expresados en el voto particular de la sentencia de instancia, -que sirven para atenuar la pena, pero no para absolver su conducta-, no coincidimos con la fijación final concreta de la pena realizada por el voto mayoritario de la sentencia:

-primero, porque al fijarla parece que sólo se ha atendido a la agravante específica consignada en el apartado 2 del Art. 578 CP - difusión de los tuits delictivos por redes sociales- olvidándose de añadir además la agravante de reincidencia, que, necesariamente, obra del Art. 66.1.3 CP, debería haber consignado pena concreta más grave de la definitivamente impuesta y, -segundo, porque una vez fijada la pena base del delito, -2 años, 6 meses y 1 día a 3 años de prisión y multa entre 16 meses y 16 días y 18 meses, a 30 euros diarios- en este caso concreto, por obra de lo recogido en el Art. 579.4 CP, procede atenuarla a su mínimo legal posible.

En efecto, en lo que hace al hecho de que a) la organización terrorista a cuyos fines sirvió la acción de determinados integrantes cuya actividad violenta fue enaltecida por el acusado lleve un tiempo importante sin realizar acciones terroristas, la posibilidad de puesta en peligro de que la misma se reavive por obra de la influencia del recurrente en consecuencia, será menor, así como al hecho de que b) objetivamente las expresiones incitantes en Internet emitidas en esta ocasión por el acusado estén más comedidas y son menos explícitas que aquellas por las que se le condenó en un pasado y c) algunos tuits fueron exteriorizados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma sobre terrorismo operada en el Código Penal en 2015, aunque el resto no, entendemos que se erigen en circunstancias que, sin vaciar el contenido del tipo penal, deben tenerse en consideración a la hora de fijar, en favor del acusado, la mínima pena legal en concreto, de manera que atendiendo a la proporcionalidad de la sanción y en base a lo recogido específicamente sólo para la condena por enaltecimiento del terrorismo (porque es imposible fijar la misma determinación respecto de los otros dos delitos no terroristas condenados) en el Art. 579 bis 4º CP, salvo error u omisión, se debe fijar para él una pena final de 9 meses y día de prisión y una multa de 168 días, con cuota diaria de 30 euros y responsabilidad subsidiaria, para caso de impago, de 84 días de privación de libertad.

En efecto, si la pena básica del delito de enaltecimiento del f terrorismo con la agravación específica de hacerlo a través de Internet es ; la de prisión de 2 a 3 años más multa de 15 a 18 meses, y esa (Art. 579 bis 4º CP) es la que es modulable y rebajable en uno o dos grados, haciéndolo en dos, dada la relativa gravedad apreciada en este caso según las circunstancias ya señaladas a la mínima legal posible, la pena base, después de esa rebaja, quedaría en 6 meses a 1 año de prisión más multa 112 a 225 días.



Lo anterior, agravado por la reincidencia hasta (Art. 66.1. 3ª CP) su mitad superior, conlleva una pena de 9 meses a un año de prisión más multa de 168 a 225 días, dejando la pena concreta en la señalada de: 9 meses y 1 día de prisión y una multa de 168 días, con cuota diaria de 30 euros y responsabilidad subsidiaria, para caso de impago, de 84 días de privación de libertad, como reiteramos, la mínima legal posible.

En lo que hace al meritado Art. 579 bis. 4º CP, recordar que el pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2016 decía: "1.º.- El nuevo párrafo 4º del art. 579 bis C.P. introducido por la reforma operada por la L.O. 2/2015 de 30 de marzo, constituye una norma penal más favorable aplicable.../... a los hechos enjuiciados tras su entrada en vigor..... 2.º.- Como se establece expresamente en el texto de la misma, esta atenuación es aplicable a todos los delitos previstos en el Capítulo VII, referido a las organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo, incluidos los delitos de promoción o participación en organización o grupo terrorista sancionados en el art. 572.3.0...".

La primera sentencia del Tribunal Supremo que analiza esta nueva previsión legal es la s TS 997/2016, de 17 de enero de 2017, cuyo resumen lo encontramos en la s TS- 126/2018 de 20 de marzo, en la cual se expresa:

"1. En primer lugar, establece expresamente que el nuevo párrafo 4.0 del art 579 bis CP introducido por la reforma operada por la LO 2/2015 de 30 de marzo, constituye una norma penal más favorable aplicable.... a los hechos enjuiciados tras su entrada en vigor,..... Lo que significa decir que procede la revisión de un modo imperativo -como ya había señalado esta Sala en sentencias como la núm. 554/16, de 23 de junio-, en supuestos de sentencias firmes en fase de ejecución; del mismo modo que procede su aplicación retroactiva en fase de enjuiciamiento o casación (STS 716/2015, de 19 de noviembre.

Esta posibilidad de atenuación, puede ser calificada, desde la perspectiva de su naturaleza, como subtipo atenuado (s TS 716/2015, de 19 de noviembre o como cláusula de individualización de la pena (s TS 554/16, de 23 de junio, lo que, en cualquier caso, nos conduce a una solución idéntica, al tratarse de una previsión normativa que amplía, en el tramo mínimo, el ámbito de la penalidad por la apreciación de los presupuestos de menor gravedad en la acción o en el resultado, en atención a la necesidad de respetar el principio constitucional de proporcionalidad; lo que ya fue puesto de relieve por el Tribunal Constitucional en su s TC Pleno 136/1999, de 20 de julio de 1999, referida al Caso " Mesa Nacional de Herri Batasuna", al realizar una reflexión sobre la proporcionalidad referida específicamente a los supuestos de colaboración con banda armada, pero razonablemente extensible a las condenas por delito de participación o integración en organización o grupo terrorista. Decía el Tribunal Constitucional: «en términos generales, puede afirmarse que nos encontramos ante una constante en lo que al Derecho comparado se refiere en materia de legislación antiterrorista, es decir, la previsión de un tipo muy poco específico de colaboración o apoyo a grupos terroristas, condicionado por la necesidad de no dejar fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista. Este coste inevitable en lo que a la determinación de la conducta típica se refiere, sin embargo, sólo resulta constitucionalmente admisible en la medida en que la mencionada apertura del tipo se vea acompañada de la consiguiente ampliación, por así decir, del marco punitivo, que haga a su vez posible la puesta a disposición del Juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas de colaboración con los grupos terroristas. De otro modo, y tal como pone también de manifiesto la legislación comparada, el aplicador del Derecho se situaría ante la disyuntiva ya sea de incurrir en evidente desproporción, ya sea de dejar impunes conductas particularmente reprochables».

De este modo, en nuestra s TS 716/2015, de 19 de noviembre, señalábamos que el legislador, dada la variedad de casos y de singularidades delictivas que pueden darse en la práctica, ha estimado pertinente implantar esta posibilidad de atenuación punitiva para adecuar en la medida de la posible la magnitud de la pena a las circunstancias que se dan en el caso concreto, operando al efecto con el principio de proporcionalidad. El criterio ponderativo de que se vale la norma es el del injusto del hecho, que habrá de fijarse atendiendo al desvalor de la acción ("medio empleado") y al desvalor del resultado ("resultado producido"). En definitiva, nos encontramos ante una manifestación del principio constitucional de proporcionalidad, que debe ser valorada retroactivamente, atendiendo al desvalor de la acción y al desvalor del resultado.

2. En segundo lugar, como se establece expresamente en el texto de la norma, y se ha acordado en el Pleno no Jurisdiccional siguiendo nuestros propios precedentes, esta atenuación es aplicable a todos los delitos previstos en el Capítulo VII referido a organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo, incluyendo, por tanto, los delitos de colaboración con las actividades de una organización terrorista, del actual artículo 577.1 del Código Penal (576 del Código Penal, en su redacción anterior a la LO 2/2015, o los de mera tenencia de explosivos con finalidad terrorista del artículo 574 del Código Penal (art. 573 en su redacción previa a la LO 2/2015).



Así lo ha entendido la s TS 546/2016, de 21 de junio, señalando que «El artículo 579 bis. 4 del Código Penal, incorporado por la reforma operada en ese cuerpo legal por la LO 2/2015, dispone que los Jueces y Tribunales, motivadamente, atendiendo a las circunstancias concretas, podrán imponer también la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en este Capítulo para el delito de que se trate, cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

La literalidad del precepto, en tanto que se refiere a las penas señaladas en el Capítulo, permite entender que la previsión de reducción de la pena comprende tanto a los delitos tipificados en la Sección primera como a los que aparecen en la Sección segunda. Al mismo tiempo, configurando una decisión potestativa del Tribunal adoptada en consideración a una objetiva menor gravedad, impone atender a tres aspectos: las circunstancias concretas, los medios empleados y el resultado producido.

Sería posible entender que la alusión a los medios y al resultado restringen la posibilidad de aplicación a los delitos en los que tanto unos como el otro concurren y sean o puedan ser relevantes. De esta forma, quedarían excluidos los delitos de la Sección 1.ª, relativos solamente a la integración en organización terrorista. Sin embargo, tanto la referencia expresa a las penas señaladas en el Capítulo, como la referencia genérica a las circunstancias concretas, permiten interpretar que la norma comprende todos los supuestos contemplados en el Capítulo, sin excepcionar los delitos de integración en organización terrorista».

Por otra parte, como señala la s TS 554/16, de 23 de junio, la posibilidad de atenuación por la menor gravedad no debe verse limitada por la expresión de los dos parámetros de la reducción penológica, los medios empleados y los resultados producidos, pues una interpretación literal del precepto haría que no fuera de aplicación a los tipos penales de mera actividad, que no producen un resultado como alteración de una realidad preexistente. En este sentido el término "medios empleados" ha de ser entendido como "modos de acción".

De ello podemos colegir que la posibilidad de atenuar: 1.- es aplicable como no puede ser de otro modo, de forma retroactiva, 2.- su naturaleza penal puede ser definida como como un subtipo atenuado o como cláusula de individualización de la pena, pero en todo caso amplía, en el tramo mínimo, el ámbito de la penalidad por la apreciación de los presupuestos de menor gravedad en la acción o en el resultado, en atención a la necesidad de respetar el principio constitucional de proporcionalidad, 3. tiene como fin implantar esta posibilidad de atenuación punitiva para adecuar en la medida de lo posible la magnitud de la pena a las circunstancias que se dan en el caso concreto, operando al efecto con el principio de proporcionalidad, siendo aplicable a todos los delitos previstos en el Capítulo VII referido a organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo, no estando reducido en su aplicación sólo a los delitos de resultado, y 4. se adopta en consideración a una objetiva menor gravedad atendiendo a tres aspectos: las circunstancias concretas, los medios empleados y el resultado producido, no estando excluidos los tipos penales de mera actividad, debiendo entender el término "medios empleados" como "modos de acción".

En consecuencia, pese a no ser el delito de enaltecimiento del terrorismo aquí enjuiciado un delito de resultado, sino de mera actividad y riesgo, pero sí suponer un claro respaldo individual incitador al fenómeno terrorista, dada la concurrencia de las concretas circunstancias señaladas, debe sancionarse con la mínima pena legal, posible concreta finalmente fijada.

QUINTO.- En consecuencia, siendo conforme a Derecho (la sentencia recurrida, se desestiman las causas de impugnación alegadas, desestimándose el recurso interpuesto, sólo que, en atención a la voluntad impugnativa y en favor del reo, de oficio, se reduce la pena concreta para la condena por el delito de enaltecimiento del terrorismo en el sentido indicado en el Fundamento jurídico anterior, declarando las costas de oficio, conforme a las previsiones de los Arts. 123 y 124 CP y Arts. 239 y ss. de la LECrim, salvo en lo que se refiere al incidente de recusación acumulado, debiendo imponérsele al acusado por él el equivalente a una multa de 500 pesetas (sic) en euros, conforme a lo prevenido en el Arts. 70 LECrim.

Vistos los preceptos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación:

FALLAMOS:

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Ramón contra la sentencia dictada en fecha 2 de marzo de 2018 por la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional en su causa rollo de Sala nº 5/2017 de que dimana el presente, CONFIRMANDO dicha resolución, salvo en lo que se refiere a la pena concreta por el delito de enaltecimiento del terrorismo, que se reduce a la de 9 meses y 1 día de prisión y una multa de 168 días, con cuota diaria de 30 euros y responsabilidad subsidiaria, para caso de impago, de 84 días de privación de libertad, con declaración de las costas de esta instancia de oficio, excepto en lo que se refiere al incidente de recusación acumulado, i debiendo imponérsele al acusado por él el equivalente a una multa de 500 pesetas (sic) en euros.



Notifíquese la presente resolución a las partes, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer ante esta misma Sala de Apelación de la Audiencia Nacional recurso de casación para ante la sala 2ª del Tribunal Supremo en el improrrogable término de los cinco días siguientes al de la última notificación y una vez firme, llévese certificación al rollo de sala, anótese en los registros correspondientes y remítase testimonio junto con las actuaciones originales a la Sala de lo Penal de procedencia, archivándose el rollo de esta.

Así por esta sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Magistrados arriba consignados.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Excmo. Sr. Presidente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ