



Roj: **SAN 4042/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:4042**

Id Cendoj: **28079220012016100032**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/11/2016**

Nº de Recurso: **4/2016**

Nº de Resolución: **29/2016**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **FERNANDO GRANDE-MARLASKA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4042/2016,**
STS 2013/2017

AUDIENCIA NACIONAL Sala de lo Penal

Sección Primera

Rollo de Sala núm. 4/2016

Procedimiento Abreviado 107/2014

Juzgado Central nº 1

Tribunal

Ilmo. Sr.

Magistrado-Presidente

D. Fernando Grande Marlaska Gómez (ponente)

Magistrados

Ilmo. Sres.

D. Nicolás Poveda Peñas

D. Ramón Sáez Valcárcel

En la Villa de Madrid, el día ocho de noviembre de dos mil dieciséis, la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, ha dictado en nombre del Rey, la siguiente:

SENTENCIA núm. 29 /2016

En el Procedimiento Abreviado 107 de 2014, procedente del Juzgado Central de Instrucción número 1, seguidas por delito de enaltecimiento de terrorismo, en el que han sido partes acusadoras:

Ejercitando la acción pública el Ministerio Fiscal representado por el Ilmo. Sr. D. Jesús Alonso Cristóbal

Como acusado:

Julián , DNI NUM000 , nacido el NUM001 /1990 en Talavera de la reino (Toledo), hijo de Melchor y Ariadna , con domicilio en c/ DIRECCION000 número NUM002 de Santa Olalla (Toledo). En situación de libertad provisional de la que estuvo privado únicamente el día 6 de noviembre de 2014, fecha de la detención y puesta en libertad una vez prestada declaración. Ha estado representado por la Procuradora D^a María Isabel Afonso Rodríguez y defendida por el letrado D. Antonio Segura Hernández.

Actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Fernando Grande Marlaska Gómez.



ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El Juzgado Central de Instrucción número 3 de esta Audiencia Nacional, en funciones de guardia, formó con fecha 03/11/14 diligencias previas 120/2014 en virtud de oficio de la Jefatura de Información de la Guardia Civil, solicitando la salvaguarda judicial respecto a la publicación de múltiples comentarios y/o imágenes a través de las cuales se consideraba que se ha incurrido en delito de enaltecimiento, y tras practicar las diligencias de carácter de urgencia, acordó la remisión de las actuaciones al Juzgado Decano para su reparto por el turno que corresponda, dando lugar a que el Juzgado Central de Instrucción 1 incoara con fecha 13 de noviembre de 2014 las presentes diligencias previas 107/2014.

Con fecha 24/02/2015 se acordó la transformación de dichas actuaciones por el trámite del procedimiento abreviado según lo establecido en el Capítulo II, del Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El Ministerio Fiscal formuló su escrito de acusación.

Con fecha 08/01/16 se acordó la apertura de Juicio Oral, dando traslado de las actuaciones a la representación procesal del imputado Julián , quienes formularon su correspondiente escrito de defensa.

2.- Las actuaciones fueron elevadas a la Sala mediante oficio de fecha 18/03/16, tras el correspondiente reparto por el Servicio Común de esta Audiencia Nacional, se incoó el Rollo de Sala 4 de 2016 y previo estudio, designación de ponencia y examen, se dictó Auto de admisión de prueba el 31/03/2016. Mediante diligencia de ordenación de 05/05/2016 se señaló la vista oral para el día 11 de julio pasado, la cual fue suspendida por la incomparecencia justificada de testigos, por resolución de ese mismo día se señaló la vista oral para el día 7 de octubre, la que se ha celebrado con asistencia del Ministerio Público y del propio imputado asistido de su letrado Sr. Segura.

3.- El Ministerio fiscal, elevó sus conclusiones provisionales en las que calificaba los hechos como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 del C.P . a definitivas, y solicitó se impusiera la pena de 1 año y 6 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, así como la pena de inhabilitación absoluta por un tiempo de 10 años superior al de la pena impuesta.

La defensa solicitó la absolución de su defendido

HECHOS PROBADOS

1.- Probado y así se declara como en el marco de las investigaciones realizadas por la Unidad Central Especial número 1 de la Jefatura de Información de la Guardia Civil, tendentes a la detección e identificación de usuarios de las diferentes redes sociales que pudieran haber incurrido o estar incurriendo en un delito de enaltecimiento de terrorismo, se localizó la publicación de múltiples comentarios emitidos por el usuario del perfil de Facebook " DIRECCION001 ", y que posteriormente se consignarán.

Las redes sociales en general (Facebook, Twitter, Tuenti, Instagram, Flickr, etc) están destinadas a compartir información entre los usuarios que las utilizan y que " suben " a ella la información que desean compartir y transmitir.

El acceso del usuario se efectúa a través de una dirección IP (Internacional Protocol), mediante una contraseña y una denominación o Nick que puede ser figurada y que le conduce a una pagina Web que le proporciona distintas utilidades organizadas mediante distintas pestañas. Las redes sociales generalmente permiten que la información facilitada por un usuario pueda ser conocida por una multitud de personas. Entre las utilidades que suelen facilitar las redes sociales , es la de "subir" o difundir fotografías que son vistas por otros usuarios de estas redes sociales, las cuales pueden ser comentadas por cualquiera que accede a éstas, y los comentarios son conocidos por todos aquellos que acceden a la citada utilidad.

2.- Relacionado con lo anterior, tras las oportunas investigaciones realizadas por la fuerza policial, resultó como Julián , mayor de edad, nacido el NUM001 -1990 en Talavera de la Reina (Toledo), hijo de Melchor y Ariadna , con D.N.I. Nº NUM000 , sin antecedentes penales, con el nombre de usuario " **DIRECCION001** " , a través de la página Web alojada en la dirección de Internet www.facebook.com , (que sirve para que los distintos usuarios se comuniquen entre sí y puedan compartir fotografías y/o comentarios), ha estado subiendo y compartiendo distinto tipo de información.

El perfil Facebook " DIRECCION001 " , cuya URL de conexión es [https://www.facebook.com/ DIRECCION001](https://www.facebook.com/DIRECCION001) , cuenta con una intensa actividad en esta red social materializada en la difusión de comentarios e imágenes de un modo habitual.



En lo que respecta al perfil Facebook éste comenzó su actividad en el año 2011, destacando el hecho de haber compartido las siguientes manifestaciones:

2.1.- En fecha 22-12-12, comparte una imagen donde puede verse el anagrama de la organización terrorista ETA y el mapa de "Euskal Herria", sobre el puede leerse " **EUSKADI TA ASKATASUNA** ".

2.2.- En Fecha 4-10-12, difunde una imagen en la que se pueden ver una gran cantidad de presos de la organización terrorista **GRAPO**, solicitando una amnistía total.

2.3.- En fecha 27-9-2012, publica una imagen en la que puede verse a un grupo de encapuchados realizando la quema de una bandera de España, durante un tipo de reivindicación. Junto a la imagen escribe el texto: " **esto es lo que hago con la puta bandera burguesa española** ".

"2.4.- En fecha 22-7-2012, publica el enlace a una noticia de la puesta en libertad de dos miembros del grupo terrorista **GRAPO**, y a la misma le añade el texto: "**Viva los G.R.A.P.O**" .

2.5.- En fecha 21-7-2012, difunde el texto : "**Llamame terrorista si grito VIVA LOS GRAPO!!!**". Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre".

2.6.- En fecha 4-7-2012, publica una imagen en la que aparecen representados varios empresarios y donde se puede leer "**¡Ojalá vuelvan los GRAPO, y os pongan de rodillas!** ". Resaltar que durante el ejercicio de su actividad terrorista, los GRAPO se dedicaron a extorsionar y secuestrar en repetidas ocasiones a empresarios."

2.7.- En fecha 4-7-2012, publica una imagen con el anagrama de la organización terrorista **GRAPO**.

2.8.- En fecha 21-5-2012, difunde una imagen en la que puede verse a Eduardo conocido como " Gamba ", ex dirigente del "**GRAPO**", **Grupos de Resistencia Antifascista Primero Octubre** , quien se encuentra cumpliendo condena por varios delitos de terrorismo.

2.9.- En fecha 8-4-2012, publica el texto: " Feliz día del país Vasco Euskadi Ta Askatasuma ", nombre de la organización terrorista cuyo acrónimo es ETA.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1.- SOBRE LA PRUEBA

1.1.- EL HECHO PRINCIPAL OBJETO DE ACUSACION CONSISTENTE EN LA EXPOSICION PUBLICA DE DISTINTAS INFORMACIONES GRAFICAS Y/O ESCRITAS A TRAVES DE REDES SOCIALES, EN CONCRETO FACEBOOK RELATIVAS A DISTINTAS ORGANIZACIONES TERRORISTAS Y SU EXPRESION COMO ENALTECIMIENTO DE SUS ACTIVIDADES Y MENOSPrecio DE LAS VICTIMAS DE TALES CRIMENES

Son varias las fuentes de conocimiento sobre el hecho principal que sustentan el relato anterior. Así:

(i)En primer lugar hemos de hacer referencia a la captación de las imágenes en la red social Facebook, en la cuenta perteneciente al acusado, y en concreto como las mismas se difundían al conjunto de usuarios, no solo a quienes figuraran como amigos del titular del perfil. Destacar que la titularidad de la cuenta es reconocida por el propio acusado, quien incluso refiere haber subido a su perfil la imagen nº 2 (punto 2.2 relato hechos probados). Lo anterior, el que la ideas reflejadas en el relato de hechos probados son difundidas a través del perfil acusado se confirma por el agente GC NUM003 quien declaró en tal sentido en el acto del juicio oral. El citado agente subrayó como estas conductas se detectan a través de seguimientos en las redes, y, en concreto, también en base a colaboración diversa de los ciudadanos. Como una vez que les consta lo anterior, cual fue el caso de auto, se dedicaron al seguimiento de dicho perfil.

(ii)Salvaguada judicial de las publicaciones aludidas, cuya realidad ha quedado declarada probada, habiéndose dictado auto en tal sentido (auto 3 de noviembre de 2014 , f. 15 ss). En cumplimiento de dicho acuerdo se procede a la descarga judicial de dicha información a presencia del Secretario Judicial, actualmente letrado de la Administración de Justicia.

Los anteriores extremos acreditan la existencia del perfil en facebook, " **DIRECCION001** ", así como que a través del mismo se había procedido a difundir en abierto las expresiones de todo tipo recogidas en el relato de hechos probados. Destacar en ese sentido las manifestaciones en el acto del juicio oral del agente GC NUM004 .

(iii) Sin perjuicio de lo que se explicará en el momento de analizar la prueba sobre la participación del acusado en los hechos, éste, en el acto del juicio oral, como se ha expuesto, reconoció la titularidad del perfil Facebook donde se difundieron las ideas recogidas en el relato de hechos probados, asumiendo como de propia mano la n. 2 (punto 2.2 relato hechos probados).



2.2.- PRUEBA SOBRE LA PARTICIPACION DEL ACUSADO EN LAS

CITADAS PUBLICACIONES A TRAVES DEL PERFIL QUE SE REFIERE, "XABI CANARIAS GALIZA"

(i) Manifestaciones en el acto del juicio oral de la agente de la GC nº NUM003, subrayando como del conjunto de datos, fotografías personales, etc., consiguieron identificar al titular del perfil desde el que se publicaron aquellos eventos, y como entre uno y otro de los últimos aparecían aquéllas (fotografías personales). Esto último concluye necesariamente que el acusado tuvo conocimiento, en todo momento de lo que se publicaba a través de su perfil.

(ii) Prueba pericial practicada por los agentes GC NUM005 y NUM006 (informe obrante a los folios 201-207), quienes comparecieron al acto del juicio oral, refiriendo como la publicación a través de un perfil exige necesariamente el conocer dos datos precisos: nombre de usuario y contraseña. Es cierto que pueden ser terceros distintos del titular, pero, en ese caso, aquél hubiera tenido que proveerles de dichos elementos de conocimiento. Incluso en el supuesto de que se tuvieran, por las razones que fueran esos conocimientos, caso de utilizarse en un dispositivo distinto al habitual, sería detectado y comunicado.

(iii) El propio acusado en el desarrollo de sus declaraciones durante la tramitación de la causa, principalmente, como corresponde, en el acto del juicio oral, no negó ser el titular, más bien lo reconoció, limitándose a afirmar un supuesto uso indebido del perfil por un tercero. Pero nunca refirió que hubiera entregado la contraseña a nadie.

De lo anterior únicamente podemos concluir como el acusado era el titular del perfil de Facebook desde donde se realizaron las publicaciones objeto de acusación, como era quien tenía su dominio (nombre usuario y contraseña), y como nunca perdió su poder de gestión. Habiéndose publicado en el perfil, e intercaladas con las ideas transmitidas y objeto de acusación, fotografías de carácter personal pertenecientes al acusado, mal puede entenderse su uso fraudulento por un tercero, sin que exista denuncia previa y referente a su perfil en la red Facebook.

2.3.- FINALIDAD DE LA ACCIÓN

La finalidad de la acción se conforma en base al propio contenido de algunas de las publicaciones, ajenas a cualquier interpretación que puedan eludir la intención de ensalzar los comportamientos terroristas, el ejercicio de la violencia para la consecución de fines políticos; como veremos manifestación del ejercicio del denominado "discurso del odio", extramuros del ejercicio de la libertad de expresión, limitaciones que se recogen debidamente en los arts. 16 y 20 CE, así como en el art. 10.2 CEDH. En concreto, y como veremos posteriormente, las expresiones/publicaciones identificadas en el relato de hechos probados como 2.4, 2.5 y 2.6 devienen, a diferencia del resto, extramuros del ejercicio de libertad de expresión, concluyendo una voluntad precisa de ensalzar esos comportamientos violentos en parámetros de legitimación del ejercicio de la violencia para la consecución de fines políticos. Así:

"2.4.- En fecha 22-7-2012, publica el enlace a una noticia de la puesta en libertad de dos miembros del grupo terrorista **GRAPO**, y a la misma le añade el texto: "**Viva los G.R.A.P.O**".

2.5.- En fecha 21-7-2012, difunde el texto: "**Llamame terrorista si grito VIVA LOS GRAPO!!!**". Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre".

2.6.- En fecha 4-7-2012, publica una imagen en la que aparecen representados varios empresarios y donde se puede leer "**¡Ojalá vuelvan los GRAPO, y os pongan de rodillas!**". Resaltar que durante el ejercicio de su actividad terrorista, los GRAPO se dedicaron a extorsionar y secuestrar en repetidas ocasiones a empresarios."

Las anteriores publicaciones devienen suficientemente expresivas de una voluntad concreta de alabar y justificar las acciones de concretas organizaciones terroristas: en concreto del GRAPO. Se ensalza determinadas acciones contra quienes han sido sus objetivos principales: empresarios, lo que complementa la justificación de la violencia para la consecución de concretos objetivos.

La confrontación de las anteriores publicaciones con aquellas otras que este Tribunal encuentra, por muy detestables que nos puedan parecer, las restantes que se recogen en el relato de hechos probados, legitimadas en el ejercicio de la libertad de expresión, deja a las claras como el Estado de Derecho, respalda no solo los discursos que pudiéramos entender como agradables, sino aquellos otros también hostiles e hirientes, quedando a salvo aquéllos otros que devienen incitación y ensalzamiento del uso de la violencia. Y no puede deducirse otra cosa de loar a una organización terrorista, justificar e incluso desear el retorno a determinadas prácticas violentas, independientemente de la utilización de una viñeta, pero donde es expresivo quienes serían sus víctimas (empresarios).

3.- TIPICIDAD, AUTORÍA Y CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS



3.1.- Así, hay que recordar, de entre los numerosísimos pronunciamientos del T.S. en relación con la materia que nos ocupa (SsTS de 21 de diciembre de 2004 , 26 de febrero , 20 de junio y 17 de julio de 2007 , 23 de septiembre de 2008 , 5 de junio de 2008 , 5 de junio y 21 de diciembre de 2009 , 3 de marzo y 2 de junio de 2010 o las más recientes de 2 de febrero , 25 de abril de 2011 y 1 de abril de 2013), lo siguiente:

- Que el delito que se contiene en el artículo 578 del Código Penal , redactado conforme a la LO 7/2000, de 22 de diciembre, supone la inclusión de una actividad, como el enaltecimiento, en relación con figuras delictivas, las comprendidas en los artículos 571 a 577 , y de quienes hayan participado en su ejecución, tipos, todos ellos, incluidos dentro del Capítulo dedicado a las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo, comprendiendo la promoción y constitución de organizaciones terroristas, los delitos de estragos, depósitos de armas, municiones y explosivos, delitos cometidos con la finalidad de subvertir el orden constitucional, lo que se denomina como atentados contra el patrimonio, actos de colaboración activa, como la recaudación de fondos o financiación, e incluso los que, sin pertenecer a organización terrorista realicen actos encaminados a atemorizar a miembros de una población o de un colectivo social, político o profesional.

- Que, por lo que se refiere al bien jurídico protegido por este delito, la propia Exposición de Motivos de la Ley 7/2000 nos ofrece un criterio negativo y otro positivo para su determinación, cuando dice que "... No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que estas se aleguen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional....", sino que consiste en algo "... tan sencillo como perseguir la exaltación de métodos terroristas....", realizada mediante actos "... que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal..." (Vid. STEDH de 15 de marzo de 2011, caso "Otegui Mondragón vs Espagne").

No supone en modo alguno, por tanto, la criminalización de opiniones discrepantes, ni el fundamento y el bien jurídico protegido en este caso es la defensa de la superioridad de ideas contrarias a aquellas que animan a esta clase de delincuentes, sino que, antes al contrario, la finalidad de la tipificación de tales conductas es combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, abortando toda clase de justificación y apoyo para lo que no son sino cumplidos atentados contra la significación más profunda del propio sistema democrático.

De esta manera el bien jurídico protegido y el fundamento de este tipo, estaría en la interdicción de lo que el TEDH - SSTEDH de 8 de julio de 1999 , Sürek vs Turquía, 4 de diciembre de 2003, Müslüm vs Turquía -y también nuestro Tribunal Constitucional - STC 235/2007 de 7 de noviembre - califica como el "discurso del odio", es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica en la medida en que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrorizamiento colectivo como medio para conseguir esas finalidades.

- Que los elementos que integran esta infracción son los siguientes:

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

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

a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577.

b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o a varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

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

- Que se trata de una figura delictiva consistente siempre en un comportamiento activo, excluyendo por tanto la comisión por omisión, tanto propia como impropia, siendo además un delito de mera actividad, carente de resultado material y de naturaleza esencialmente dolosa o intencional.

- Que, además, ostenta una sustantividad propia respecto de la apología contemplada en el artículo 18 del Código Penal , aunque no se puede desconocer que el enaltecimiento es una forma específica de apología. En tal sentido, la apología del art. 18, de acuerdo con el propio tenor del tipo, exige una invitación directa a cometer un delito concreto, y solo entonces será punible, y lo mismo puede predicarse del art. 579 CP que se refiere a la provocación, conspiración y proposición para la comisión de acciones terroristas.



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

En apoyo de esta teoría de la sustantividad de esta específica apología "in genere", operaría el argumento de que su respuesta punitiva es también autónoma e independiente -prisión de uno o dos años-, frente a las "apologías" clásicas de los arts. 18 y 579 en las que la pena lo es por referencia a la que corresponda al delito a cuya ejecución se incita -pena inferior en uno o dos grados-.

La propia Exposición de Motivos de la Ley apunta en esta dirección cuando se dice que "... las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el art. 18 del CP . "

- Que, así mismo, no debe confundirse este delito de enaltecimiento o justificación, que es por el que aquí se condenó, con el de realización de actos con el propósito de " desacreditar, menospreciar o humillar " a las víctimas del terrorismo, modalidad alternativa y completamente independiente aunque contemplada en el mismo precepto, que exige un dolo específico o ánimo directo, de desprestigiar o rebajar la dignidad de las víctimas, cuya comisión no puede consistir en la ejecución de actos que, teniendo una finalidad específica distinta, de alguna manera y de forma indirecta, puedan producir dolor o angustia en las víctimas o sus familiares, cuyo sosiego y paz merece la consideración de bien jurídico protegido específico en esta concreta figura penal distinta de la del enaltecimiento.

3.2.- Pues bien, como queda dicho, en el caso que nos ocupa, remitiéndonos al punto 2.3 de esta resolución, el "factum" que hemos declarado probado, y en los términos que se han limitado, excluyendo los que se han entendido ejercicio de la libertad de expresión, y de conformidad a la prueba materializada en el acto del juicio oral deviene constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo y menosprecio o humillación a las víctimas, previsto en el artículo 578 del Código Penal vigente al momento de la comisión de los hechos, redacción dada por L.O. 7/2000 por entenderla más beneficiosa que la actual (LO 2/2015).

3.3.- De los citados hechos, y en base a la prueba formalizada en el acto del juicio oral, ya analizada en lo que se refiere a este extremo, resulta Julián autor criminalmente responsable (art. 28 C.P .)

3.4.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad

4.- DETERMINACION DE LA PENA

Teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos, su entidad y gravedad, definida en esta resolución, a como gran parte de las publicaciones que se imputaban se han entendido quedar amparadas por la libertad de expresión, se estima proporcional fijar la pena privativa de libertad en su límite inferior de un año de prisión.

Igualmente, por las mismas razones de entidad de la conducta declarada probada, y en aplicación del art. 579.2, vigente al momento de comisión de los hechos, procede imponerle la pena de inhabilitación absoluta por un tiempo de 6 años superior al de la pena privativa de libertad fijada.

Lo anterior sin perjuicio de que este Tribunal informará favorablemente a una petición de indulto parcial de la pena de inhabilitación absoluta como consecuencia de observar que la conducta antijurídica no reviste una especial gravedad, y lo que es más relevante no se desarrolla en un tramo de tiempo importante, más bien es un acontecimiento esporádico en sus relaciones a través de las redes sociales.

5.- COSTAS

Procede su imposición al acusado en aplicación del art. 123 C.P . En razón a lo expuesto

FALLAMOS:

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS A** Julián como autor criminalmente responsable de un delito de enaltecimiento del terrorismo del que venía siendo acusado, a la pena de **UN AÑO DE PRISIÓN** e inhabilitación absoluta por un tiempo de seis años superior al de la pena privativa de libertad, condenándole finalmente al pago de las costas.

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

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo acordamos, mandamos y firmamos, de lo que doy fe



PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

Rollo de Sala 4/2016

Sección 1ª

Enaltecimiento del terrorismo

Voto particular

que formula el magistrado Ramón Sáez Valcárcel a la *sentencia de condena dictada en este procedimiento* .

1.- Manifiesto mi discrepancia ante la condena del Sr. Julián al entender que los hechos no son subsumibles en el tipo del enaltecimiento de los delitos de terrorismo o de sus autores en la medida que, según ha establecido la doctrina constitucional que interpreta la figura, la conducta es inadecuada para propiciar o alentar, aún de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema.

2.- La causa de mi disensión es no haber tenido en cuenta que entre los elementos del tipo objetivo que describe el artículo 578 Cp hay que constatar, además de una acción de ensalzamiento o alabanza de las acciones terroristas o de sus autores cometida con publicidad, que se trata de la manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, al menos de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema, con la finalidad de cohonestar el castigo del enaltecimiento del terrorismo con el derecho fundamental a la libertad de expresión. Así lo ha dicho la Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2016, de 20 junio , y que desconocemos cuando consideramos que el delito solo exige " la mera alabanza/ justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los efectuaron". A partir de esta sentencia interpretativa se configura como uno de los elementos del tipo, que los órganos jurisdiccionales deben analizar al subsumir los hechos objeto del juicio, la instigación o incitación pública a la violencia, incluso indirecta, que debe ser comprendido por el conocimiento y la voluntad del autor. Para ello es preciso constatar una acción de enaltecimiento que *ex ante* implique un incremento del peligro de que se produzcan atentados terroristas, es decir la conducta ha de ser idónea para propiciar o contribuir a perpetuar una situación de violencia terrorista. De esa manera se restringe el ámbito de lo prohibido en términos parecidos a la apología del artículo

18 Cp, que requiere de provocación, o de la justificación del genocidio del artículo 607.2 Cp .

3.- Son tres las acciones que hemos considerado enaltecedoras del terrorismo. La primera publicación reproduce una noticia del Periódico de Aragón cuyo título dice "La puesta en libertad de dos de los Grapos indigna a la familia Cordón", junto a la fotografía del juez de página, el acusado habría escrito "Viva los Grapos". La segunda publicación es un comentario que reza: "Llamadme terrorista si grito Viva los Grapos". La tercera consta de una viñeta de una publicación humorística que pretende reproducir a tres comensales ante una mesa, dos de ellos mantienen este diálogo: "Salud amigos empresarios y no hagan caso de los perros del hortelano: como ellos no comen, no quieren dejar comer", "Ja, ja, muy buena". Abajo aparece el texto "Ojalá vuelva los Grapo y os pongan de rodillas".

4.- Para analizar si esos mensajes tienen capacidad para incitar a la violencia terrorista hemos de tener en cuenta diversos datos. En primer lugar, la inexistencia de un contexto de violencia terrorista relacionado con los Grapo. Esta organización desapareció hace años y no comete atentados. Al menos en la última década solo ha aparecido en la escena con ocasión de juicios por hechos anteriores en el tiempo. Luego, las publicaciones que se atribuyen al acusado, en el año 2012, no coincidían con acciones de esta organización terrorista (un criterio utilizado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos, ver caso *Leroy contra Francia* , de 2.10.2008 , párrafo 45, acerca de la publicación de una viñeta humorística sobre el atentado del 11/S el día siguiente del suceso, en un semanario de la región vasco- francesa, zona sensible al terrorismo donde el mensaje podría incitar a la violencia).

5.- En ninguna de las tres publicaciones de la página de facebook del acusado aparece la réplica de algún internauta. Lo que significa que no consta si dichos mensajes han sido leídos por otras personas, ni siquiera que tenga seguidores. El acusado habita en una pequeña localidad de Toledo y puede haber operado en un inmenso silencio dentro de la red. No se ha acreditado que tuviera un auditorio, lo que nos sitúa ante un comunicante aislado, sin público. En la redacción del tipo antes de la reforma de 2015 se exigía que la conducta se emitiera por cualquier medio de expresión pública o difusión, requerimiento que la red social que nos ocupa podía cumplir. Pero, hay un dato relevante para ponderar la idoneidad de las publicaciones para generar un riesgo de producción de violencia: no consta que hubieran sido leídas. Es decir, podrían haber carecido de publicidad, que solo fuera potencial. Y, por ello, no sería posible afirmar su capacidad para alentar o incitar a la violencia de cualquier manera imaginable.



6.- Su acción ha consistido en replicar una noticia y una viñeta, tomadas de publicaciones periódicas digitales, y añadirles unos vítores a una organización terrorista del pasado en su perfil de la red social facebook, sin que conste le sigan lectores o amigos. Por otro lado, han pasado cuatro años desde que el acusado publicara esos sueltos, sin que se haya constatado impacto alguno en el espacio público en respuesta a sus mensajes provocadores. Un espacio público que debemos, en alguna medida, circunscribir a su Comunidad Autónoma, algo paradójico la delimitación espacial de la red pero que exige la ponderación sobre la capacidad de la acción, que no ha sido escenario en los últimos años de violencia terrorista.

7.- La conducta enjuiciada no cumple los elementos del tipo, porque -a la vista de la ausencia de publicidad efectiva, referirse a una organización terrorista fenecida y por lo términos de los mensajes- no tiene idoneidad para incitar a la violencia terrorista ni para generar un riesgo de que se produzcan actos de terror como consecuencia de aquella.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS