



Roj: **SAN 846/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:846**

Id Cendoj: **28079220022018100006**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **15/03/2018**

Nº de Recurso: **8/2017**

Nº de Resolución: **11/2018**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **JOSE RICARDO JUAN DE PRADA SOLAESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL SECCIÓN 002

20107

N.I.G.: 28079 27 2 2016 0001668

ROLLO DE SALA: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 8 /2017

PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 58 /2016 ÓRGANO DE ORIGEN: JUZGADO CENTRAL INSTRUCCION nº: 003

La Sección segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional constituida por los Magistrados: D. Julio de Diego López como Presidente; D. José Ricardo de Prada Solaesa como ponente, y D. Juan Pablo González y González, previa la oportuna deliberación, ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 11 /2018

En Madrid, a quince marzo de dos mil dieciocho.-

Se ha venido siguiendo causa penal por delito de enaltecimiento del terrorismo, contra:

Carlos Antonio , nacido el NUM000 de 1993, hijo de Abel y Fátima , con D.N.I. NUM001 y domicilio en Santa Cruz de Tenerife, en libertad provisional por esta causa, de estado de solvencia no acreditado.

Ha comparecido personalmente al acto del juicio, asistido por su letrado defensor D. Felipe Sánchez-Chiquito Morón.

Como acusación pública ha intervenido la representante del Ministerio Fiscal Dª María Antonia Sanz Gaité.

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se iniciaron como consecuencia de atestado remitido por la Policía al Juzgado de Instrucción nº 4 de Santa Cruz de Tenerife, que incoo Diligencias Previas en fecha 26.02.2016, inhibiéndose en favor de la Audiencia Nacional, correspondiendo su conocimiento al Juzgado Central de Instrucción nº 3 que incoo en fechas 21.06.2016 Diligencias Previas nº 58/2016 y posteriormente abriéndose juicio oral en fecha 26.09.2017, remitiéndose a esta Sala que abrió Rollo de Sala 8/2017.

Se celebró el día 21.02.2018 la vista pública correspondiente a las presentes actuaciones que se siguen contra el acusado **Carlos Antonio** en el procedimiento que consta en el encabezamiento.

SEGUNDO.- Tras la práctica de la prueba propuesta y admitida, no renunciada el Ministerio Fiscal calificó los hechos que considera que han quedado probados como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578. 1 y 2 del Código Penal . Alternativamente un delito de odio del art. 510.2º.b y 3º del mismo Código Penal , de los que es autor el acusado, a tenor de las previsiones de los artículos 27 y 28 del Código Penal , sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que procedía imponerle la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio

del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la pena de inhabilitación absoluta durante ocho años más que la duración de la pena privativa de libertad impuesta, de conformidad con el artículo 579 bis 1 del Código penal vigente en el momento de los hechos). Así como al pago de las costas causadas. Alternativamente, en caso del segundo delito descrito, la pena de un año y cuatro meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la pena de multa de 10 meses a razón de 6 euros diarios, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del art 53 del CP, así como al pago de las costas causadas.

TERCERO.- Por la defensa se solicitó la libre absolución de su defendido.

II.- HECHOS PROBADOS.

PRIMERO.- El acusado Carlos Antonio, nacido el NUM000 de 1993, hasta su identificación en Marzo de 2017 como usuario del perfil de Twitter DIRECCION000 con DIRECCION001, publicó entre los años 2012 y 2016 en la referida red social, los mensajes que se especificaran a continuación:

- El 29 de marzo de 2012: «Qué tiro en la nuca tienes, cabrón», en referencia a otro perfil de Twitter de nombre @ DIRECCION002 .

- El 15 de abril de 2012, «Policía bueno policía muerto», #polibuenopolimalo

#Salvados; «Perros guardianes del orden y la ley, asesinos a sueldo abuso de poder... » #polibuenopolimalo #Salvados»

- El 4 de mayo de 2012, el acusado retuiteó un mensaje publicado por otro perfil en el que se decía: «¡QUE VUELVA YA, EL MPAIAC! »

- El 20 de junio de 2012, «1, 2, 3 maderos muertos arden bancos y banqueros, movimiento sanguinario y odio revolucionario!!!»

- El 9 de julio de 2012, «Ponte una capucha y apuñala al nazi que veas en tu calle haciendo apología de su lucha»

- El 10 de julio de 2012, «La próxima visita será con dinamita» #nocheminera

#marchaminera

- El 13 de julio de 2012, «Y eso que dice la gente que somos los borrachos los más delincuentes y yo me levanto todos los días a ver si han matado a un policía!!!»

- El 14 de julio de 2012, «Entro en tu mansión y los billetes no te salvan, político hipócrita te disparo por la espalda!»

- El 19 de julio de 2012: « Buena manita hoy en Santa Cruz me recordó a la de la huelga general. MENOS BATUCADAS Y MÁS LUCHA ARMADA»

- El 25 de julio de 2012, «Soy del GRAPO puta España», «Ladra perro, ladra capta su atención y sigue sembrando odio a tu alrededor » #ACAB

#PolicíaBuenoPolicíaMuerto;

- El 29 de julio de 2012, «Representación parlamentaria, Amanecer Dorado? Valentín hijo de puta exijo tu cuello cortado»;

-El 30 de julio de 2012, «Discurso racista me pone de los nervios, un tiro en la cabeza a todos esos cerdos!»

-El 31 de julio de 2012 «Colgaremos al último político con las tripas del último policía»

- El 5 de agosto de 2012: «De siempre antiespañol solo mira mis letras, anticonstitucional yo como la ETA!», «No descansaré hasta ver por los aires el Mercedes del alcalde», «Borroka da bide bajarra (la lucha es el único camino)»

«Hacen falta más comandos, más atracos y por mí, que fusilen a Pedro Antonio y Arcadio »

-El 15 de agosto de 2012, «Las redes para difundir, las calles para pelear»

-El 17 de agosto de 2012, «Un tiro en la cabeza a todos esos cerdos hijos de puta. Perros guardianes del orden y la ley, asesinos a sueldo abuso de poder »

#ACAB

-El 21 de agosto de 2012, «Bidón de goma 2 en el plató de Telecinco ya »l

#FrancoGenocida»

- El 21 de agosto de 2012. «El terrorismo hoy por hoy parece ser la única opción pa que puedan entender que Canarias no se vende, lucha por defender»

-El 23 de agosto de 2012 «Escupo en tu placa»

-El 7 de septiembre de 2012 «Debiste tomar nota del partido en el que voló Mario ... Resultado Goma 2 España 0»

-El 8 de septiembre de 2012 «Si te veo sin la porra lo mejor será que corras»

#ACAB

-El 10 de septiembre de 2012, «El 11-S no fue un drama fue justicia»

-El 19 de noviembre de 2012 «Si nosotros atacamos la jodida policía no es para hacerla salir de los barrios, sino para hacerla salir de nuestra vida»,

-El 14 de febrero de 2013 «Por cada familia desahuciada, una sucursal quemada! Hijos de puta!!!»

-El 10 de agosto de 2013 «Ni bueno ni malo eso es un cuento, si sos policía te quiero ver muerto!!!» youtu.be/xx0o_JNjvTQ

-El 1 de octubre de 2013 «ALGUNAS PERSONAS SOLO ESTÁN PORQUE ES ILEGAL DISPARARLES»

-El 12 de noviembre de 2015, «A ver si sales a defender la Constitución cada vez que desahucien a una familia, gilipollas», en respuesta a un comentario A3Noticias sobre la afirmación del Basilio , referido a que: «la Constitución prevalecerá, que nadie lo dude».

-El 21 de enero de 2016 « Dionisio es ETA»

-El 1 de febrero de 2016 «La derecha rancia ladra. Pero ojo, si pides un tiro en la nuca para este individuo tendrás que explicarlo en la AN» youtu.be/IOL_MmzauR0, en referencia al periodista del canal de televisión Intereconomía Gonzalo .

SEGUNDO .- El número de seguidores en Twitter del perfil del acusado era en torno a los 250 usuarios. Ninguno de los anteriores tuits recibió muestras de adhesión según consta en los contadores de "retuitos", "me gusta" o "respuestas" tenidas.

TERCERO .- No resulta acreditada otra finalidad distinta de los tuits publicados que la de dar rienda suelta por parte del acusado de forma airada y exagerada a su protesta y disconformidad con la sociedad en la que vive, sin que las expresiones impliquen un discurso de incitación al odio, a la violencia o al terrorismo, ni que tales expresiones sueltas hayan supuesto algún riesgo o incremento de éste de comisión de posibles delitos.

II.- RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- PRUEBA PRACTICADA Y SU VALORACION. SOBRE LA ATRIBUCION DE LOS MENSAJES AL ACUSADO. SOBRE LA INTENCION DELACUSADO. El acusado Carlos Antonio reconoció en el acto del juicio la autoría de los mensajes que fueron publicados a través de su cuenta en la red social Twitter. Manifestó que con ellos solo pretendía llamar la atención y hacer crítica a la sociedad y al Estado, pero sin ninguna intención violenta ni justificar postulados de organizaciones violentas

El testimonio del Policía con carnet profesional NUM002 , por videoconferencia refirió las investigaciones policiales llevadas a cabo para identificar la pertenencia del perfil Twitter donde se habían publicado los Tuits o mensajes a que se refiere la acusación, coincidiendo plenamente su testimonio con lo admitido al respecto por el acusado. En el atestado policial ratificado constan las actas de capturas de pantallas con los tuits atribuidos al acusado y que este reconoce como de su autoría, divulgados a través de su perfil de tuit: DIRECCION000 .

SEGUNDA. CALIFICACION JURIDICA.- La acusación se refiere a la incorporación en la red social de Twitter a través del perfil del acusado **Carlos Antonio** de la treintena de mensajes significativos que se hacen constar en los hechos probados, emitidos entre los años 2012 a 2016, respecto de los que el acusado ha manifestado que su única intención con ellos era hacer crítica social y del Estado, pero sin ninguna intención violenta ni de justificar postulados de organizaciones violentas.

Considera que los hechos son constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578. 1 y 2 del Código Penal o alternatively de un delito de odio del art. 510.2º.b y 3º del mismo Código Penal .

A la hora de determinar la posible inclusión de los declarados probados en algún tipo penal de los propuestos por el Ministerio Fiscal, la primera y previa a cualquier análisis en concreto consideración que debemos hacer es sobre la fecha de los tuits significativos y los tipos penales existentes en el momento de su realización.

Los tuits que se hacen constar como de la autoría del acusado abarcan un periodo temporal muy amplio, desde el 29.03.2012 hasta el 01.02.2016, pudiendo distinguirse claramente dos grupos: uno que abarca desde el indicado 29.03.2012 hasta el 19.10.2012, con dos tuits sueltos en febrero y agosto de 2013 y luego otro grupo tres tuits a partir del 12.11.2015 hasta 1.02.2016. Es decir, estando ya vigente el artículo 510.2.b y 3 del CP introducidos por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo), con entrada en vigor el 1 julio 2015 y lo mismo los nº 1 y 2 del art 578 del CP tras L.O. 2/2015, de 30 de marzo por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo («B.O.E.» 31 marzo) con entrada en vigor el 1 julio 2015; por lo que la primera conclusión a realizar en abstracto es que estas modificaciones penales posteriores no son de ninguna manera aplicables a hechos anteriores, sino que en todo caso lo serían respecto de los tres últimos tuits efectuados bajo su vigencia.

A) Respecto de la consideración de los hechos consistentes en la publicación de los tuits como delito de enaltecimiento del terrorismo.

Previamente a entrar en otras consideraciones respecto a su posible justificación o cobertura o tensión por ser expresiones al amparo del derecho a la libertad de expresión y a la libertad ideológica, debemos analizar si potencialmente el contenido de los tuits se ajusta, si quiera externamente, a la descripción del art. 578 del CP (la redacción anterior a la actual no difiere en aspectos esenciales y se refiere al "enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión" de los delitos terroristas 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").

La primera consideración resultado del puro examen textual, de la literalidad de los tuits, es la de que muy pocos de ellos se refieren, aunque sea tangencialmente al terrorismo, grupos terroristas en concreto o personas terroristas, y ninguno de ellos a juicio de la Sala aparece ya en este primer análisis que contengan elementos significativos para estimar que constituyan una exaltación o glorificación del terrorismo.

Descendiendo al análisis de lo concreto, uno de ellos, el del 4 de mayo de 2012, no es más que es un mero retuiteo de un lema referido a un desaparecido hace años grupo terrorista canario, sin comentario alguno por parte del acusado. En otros, en los que específicamente se contienen referencias a grupos terroristas - ETA, GRAPO-, éstas son puramente tangenciales y se limitan a recoger una mera referencia al nombre o la "marca" del grupo terrorista para componer un mensaje, al margen, con otros significados políticos distintos, de la concreta actividad de estas organizaciones sin nada que ver con la exaltación ni el enaltecimiento del Grapo o de ETA o de sus miembros o actividades.

Por último, en el mensaje del 21 de agosto de 2012, se contiene una alusión genérica al terrorismo, del siguiente tenor: «El terrorismo hoy por hoy parece ser la única opción pa que puedan entender que Canarias no se vende, lucha por defender», pero que debe entenderse igualmente en clave de reflexión política, sobre métodos políticos con evidente exageración en el planteamiento y en la conclusión que de ninguna manera se puede compartir, pero sin pretender enaltecer, alentar o postular ningún terrorismo concreto, ni tener cualidad para hacerlo.

Integraría, pues, el mero comentario genérico a que se refiere la jurisprudencia (FJ Unico de la STS 72/2018 de 9.02.2018 pon. Sr Martínez Arrieta ..), que no se corresponde, lo mismo que los otros analizados, con el concepto jurídico penal de la exaltación o enaltecimiento, en la forma en que este concepto ha venido siendo perfilado por la jurisprudencia del TS a partir de la STC 112/2016 de 20.06 (SSTS 354/2017 de 17.05 ; 378/2017 de 25.05 ; 560/2017 de 13.07 ; 600/2017 de 25.07 ; 52/2018 de 31.01 ; AN Sección Segunda 3/2018 de 2.02), que exige, 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 a la libertad de expresión, como tal injerencia en dicho derecho y ello de acuerdo con lo que al respecto establece la reiterada jurisprudencia del TEDH en el análisis del art. 10 del CEDH .

Damos aquí por reproducido, evitando reiteraciones innecesarias, la abundante jurisprudencia tanto del TEDH, del TC como del TS en relación con el concepto que se encierra bajo la denominación de "discurso del odio" (TEDH: Lehideux y Isorni c. Francia; WP y otros c. Polonia; Norwood c Reino Unido, etc; SSTC 177/2016 , 112/2016 ; SSTS 354/2017 ; 376/2017 ; 560/2017 ; 600/2017 ; 52/2018), con referencia a la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa en su resolución (20) de 1997 definiendo el Discurso de Odio: "abarca todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras las formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia

expresada por agresivo nacionalismo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante"; concepto complementado por otras declaraciones posteriores, que necesariamente ha de servir de referencia para cualquier invocación que se haga del mismo.

Una interpretación contextualizada del conjunto de los tuits de la primera época

- tuits desde el 29.03.2012 hasta el 19.10.2012, con dos tuits sueltos en febrero y agosto de 2013, ya que el resto, los de 2015 y 2016, resultan absolutamente irrelevantes-, publicados cuando el acusado (nacido en NUM000 de 1993) tenía entre 18 y 19 años, nos permite afinar y corrobora la impresión del carácter objetivamente no enaltecedor del terrorismo de los tuits en cuestión, además de que ello quedaba claramente fuera de la intención del sujeto; y que la intención de sus mensajes no era diferente de la de expresar de una forma airada y exagerada su posición política, manifestando de una forma viva y rotunda, pero sin discurso elaborado ni matices, ya que el medio (Twitter) no lo permite, su protesta y disconformidad, como de un joven, con la compleja y poco acogedora sociedad en la que en aquella época se encontraba irrumpiendo.

Desde luego no ha quedado acreditada que fuera otras esta expresada la intención del acusado, y así se deduce tanto de la consistencia de sus declaraciones, de la naturaleza y contenido de sus mensajes y la objetiva falta de seguimiento real de los mismos por parte de cualquier grupo o personas, que no interactuaron de ninguna manera con ellos.

Igualmente nos permiten rechazar que conformen ni se integren en un discurso del odio. Los tuits y las expresiones utilizadas fuera de enunciar planteamientos tocados de una cierta, torpe, agresiva radicalidad política antiautoritaria, carecen de cualquier densidad, consistencia o hilazón y no implican la elaboración de un verdadero discurso tendente a ninguna finalidad, sino, como decimos, de mera protesta abrupta, a modo de grito, que se engancha en los acontecimientos de la realidad, y que focaliza en determinadas instituciones, como las fuerzas de seguridad del estado, en determinados momentos puntuales coincidiendo con ciertos acontecimientos sociales (debate televisivo "salvados" sobre la actuación de las FFSSEE en determinadas situaciones de conflictividad social provocada por la crisis económica), pero sin que pueda hablarse de ninguna manera de incitación, si quiera indirecta, al odio, a la violencia o al terrorismo, ni como discurso, ni por medio de ninguna de las expresiones o mensajes individualmente considerados sueltos; sin que impliquen en absoluto un riesgo, o un incremento de él, si quiera genérico, de comisión de posibles delitos, y menos de carácter terrorista.

Insistimos en que la STC 112/2016, ampliamente analizada en otras por la reciente del TS - ST 52/2018 de 31.01., hace especial hincapié en la necesidad de existencia de elementos complementarios en el mensaje que exceden de la simple utilización de un determinado lenguaje o expresiones y que se refieren a alguna forma de incitación indirecta a la comisión de delitos (STC 235/2007), mediante la elaboración de un discurso en algún grado eficaz para implicar un riesgo, como elemento justificador o legitimante de una limitación o injerencia en la libertad de expresión, dándose la particularidad en el presente caso, muy relevante desde la perspectiva de la proporcionalidad exigida por la propia jurisprudencia constitucional recogiendo la del TEDH (Sürek c. Turquía), de que la injerencia esta conminada con pena privativa de libertad, incluso en la regulación actual de una pena privativa de libertad de hasta tres años, no susceptible de suspensión condicional cuando la idea o mensaje se difunde a través de internet.

Por tanto, desde la perspectiva del juez aplicador de la norma penal, a la hora de determinar qué conductas han de quedar incursas dentro de ella, la respuesta es que necesariamente deben ser aquellas de una especial entidad, no meras extralimitaciones en el derecho a la libertad de expresión, sino las que por sus especiales características el derecho penal este legitimado para actuar su función de ultima ratio.

Este razonamiento nos lleva a reiterar que aunque las expresiones realizadas por el acusado en la primer época en la red social TWITTER difícilmente puedan considerarse como socialmente admisibles ni tolerables, surgiendo dudas sobre si estarían amparadas por una visión razonable de la libertad de expresión, que es la tesis que mantiene el Ministerio Fiscal, sin embargo tampoco a juicio de la Sala integran un discurso que propale la violencia ni promueva el odio y menos en relación con determinados colectivos perseguidos o vulnerables ni tampoco el terrorismo, ni que por ello puedan ser susceptibles de una sanción penal.

B) Respecto de la calificación jurídica alternativa por delito de odio del artículo 510.2.b y 3 del CP, introducida por el Ministerio Fiscal atendiendo a la reciente STS 72/2018 de 9.02.2018.

La cuestión primera y fundamental a plantear en línea con lo antes señalado es que esta calificación únicamente puede referirse a los tres últimos tuits posteriores a la entrada en vigor de la norma penal, y debemos afirmar categóricamente que estos tuits correspondientes a la última época, desde el 12 de noviembre de 2015 hasta 1 de febrero de 2016, son absolutamente irrelevantes en relación con los delitos examinados, por los que acusa el Ministerio Fiscal, como también de cualquier otro.



Los hechos imputados al acusado deben considerarse por tanto atípico penalmente, por lo que procede su libre absolución.

TERCERO.- COSTAS. Las costas procesales deben ser impuestas por ministerio de la Ley a los criminales responsables de todo delito o falta (artículo 123 del código Penal), por lo que deben declararse de oficio las correspondientes al delito o delitos del que sean absueltos.

Por todo ello, **LA SALA ACUERDA**

III.- PARTE DISPOSITIVA

ABSOLVER LIBREMENTE a Carlos Antonio de los delitos de que era acusado por el ministerio fiscal en el presente procedimiento.

Alzar cuantas medidas cautelares existan contra Carlos Antonio en el presente procedimiento. Declarar las COSTAS de oficio.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que cabe contra ella recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional, a interponer en plazo legal.

Por esta sentencia, de la que unirá certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto particular

que formula el Ilmo. Sr. Magistrado don Juan Pablo González y González, respecto de la sentencia nº 11/18 de fecha 15 marzo 2018, recaída en Rollo de Sala 8/2017.

Desde el respeto que me merecen los compañeros del tribunal que firmaron la decisión por la que se absuelve libremente al acusado Carlos Antonio de los delitos de enaltecimiento/justificación del terrorismo y, alternativamente, del delito de odio del que era acusado por el Ministerio Fiscal, discrepo de tal decisión, y por el contrario considero que debió ser condenado por el delito de enaltecimiento/justificación del terrorismo previsto en el artículo 578 del Código Penal .

PRIMERO.- La sentencia sale al paso de las alegaciones de la acusación, afirmando que las expresiones realizadas por el acusado en la red social twitter no integran un discurso que propale la violencia ni promueva el odio y menos en relación con determinados colectivos perseguidos o vulnerables ni tampoco el terrorismo, por lo que no pueden ser susceptibles de una sanción penal.

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 principio, se pudiera considerar necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia y que, del mismo modo, la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios.

En relación con este elemento caracterizador, en la *STC 177/2015* de 22 de julio 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."

La *STC 112/2016, de 20 de junio* señala 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.". Recuerda también dicha sentencia que igualmente la jurisprudencia constitucional también ha abordado la cuestión relativa a los límites que impone el principio de proporcionalidad a la injerencia que en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión supone la sanción penal de determinadas expresiones.

Igualmente es conveniente recordar que en el **marco del Consejo de Europa** 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".

Por su parte el TEDH ha declarado en numerosas sentencias, entre otras, **STDH 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 (*SSTEDH 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."

En la misma línea, debemos citar la reciente **Directiva UE 2017/541** cuyo considerando 10 establece "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 han 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".

Seguidamente, hemos de aludir a la reciente **STS de fecha 31 enero de 2018**, en la misma línea que las STS, 378/2017, 600/2017, y 52/2018, que declara que "el tipo- en cuanto a su primera conducta típica- 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 si no obstante su consideración legal, 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 nº 112/2016* Por lo que concluye: la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el artículo 578 suponen una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que podrán 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 efecto de tipificación, como cuestión de legalidad ordinaria, pero bajo exigencias constitucionales, de la acreditación de que con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Y de la valoración del riesgo que se crea con el acto imputado. Por más que **tal riesgo, allá de entenderse como aptitud insita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo**, acotado en tiempo, , por referencia a personas concretas"

En definitiva, a la exigencia referida a la intención del sujeto activo, se une otra exigencia que, además de 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 se advierte de la trascendencia de esa exigencia como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad del tipo penal.

En definitiva, **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.

SEGUNDO.- En nuestro caso, *basta leer los hechos declarados probados, para comprender la gravedad de las expresiones contenidas y su correcto encaje en el tipo penal de referencia, por concurrir cuantos elementos adicionales o complementarios exige la jurisprudencia* que acabamos de citar.

Pues bien, es conveniente para una adecuada comprensión del sentido este voto reproducir el contenido de los mensajes más significativos emitidos por el acusado en fechas comprendidas entre el 29 marzo 2012 y el 1 de febrero de 2016: "policía bueno, policía muerto", "que vuelva ya, el MPAIAC", "1,2,3 maderos muertos, arden bancos y banqueros, movimiento sanguinario y odio revolucionario", "yo me levanto todos los días a ver si han matado a un policía", "soy del GRAPO, puta España", "ladra perro, ladra capta su atención y siguen sembrando odio, policía bueno policía muerto", "más lucha armada, ", "hacen falta más comandos, más atracos, y por mi que fusilen a Pedro Antonio y Arcadio ", "el terrorismo hoy por hoy parece ser la única opción", "si te veo sin la porra lo mejor será que corras", "el 11-S no fue un drama, fue justicia", "si nosotros atacamos la jodida policía no es para hacerla salir de los barrios, sino para hacerla salir de nuestra vida," "por cada familia desahuciada, una sucursal quemada, hijos de puta", " si eres policía te quiero ver muerto".

Como ha señalado el TS en reciente **sentencia nº 79/18, de 15 febrero** , confirmando sentencia de la AN condenatoria por delito de enaltecimiento de terrorismo nº 4/2017 dictada en fecha 21 febrero de 2017 , en un supuesto en que las expresiones utilizadas tenían menor contenido enaltecedor que las que en este supuesto se analizan " 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"** reiterando, en cuanto al concepto de riesgo que " de ahí la relevancia 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 había de entenderse en abstracto como aptitud insita en la actuación imputada, pero noreferida a un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo , espacio, por referencia a personas afectadas".

Se advierte pues en esta reciente sentencia la exigencia para constituir el tipo penal previsto en el artículo 578, del elemento del riesgo generado como elemento sustancial del mismo, y habida cuenta de la naturaleza del delito de actividad debe considerarse suficiente con la generación en abstracto.

Afirma la Sentencia que muy pocos de los mensajes se refieren al terrorismo, grupos terroristas en concreto o personas terroristas, considerando que sólo pudiera ser delito las manifestaciones referidas a concretos grupos terroristas o a personas terroristas. Basta un análisis detenido de la doctrina del TC y del TS, o del contenido de la Directiva 2017/541 , o de la Exposición de Motivos de la LO 7/2000 de 22 diciembre que introdujo el artículo 578, para llegar a la conclusión de que **no es preciso para colmar las exigencias del tipo referencia a grupos o terroristas concretos, sino que es suficiente que las manifestaciones relativas a la actividad terrorista, o a los métodos terroristas, siempre y cuando sea manifestación del discurso del odio basado en la intolerancia, hayan sido realizados con la intención de incitar, directa o indirectamente a la comisión de actos terroristas, y provoquen una situación de riesgo abstracto** para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

La pluralidad de los mensajes , el largo período durante el que fueron emitidos, la palmaria manifestación de odio de raíz ideológico hacia determinados colectivos, en especial policías y banqueros, la invitación explícita a la comisión y reiteración de actos terroristas, con expresiones como "hacen falta más comandos" o "más lucha armada", la justificación de los métodos terroristas, "el terrorismo parece ser la única opción" o de la comisión de brutales atentados como el del 11 S, "no fue un drama, fue justicia" va más allá de la expresión de coincidencia con objetivos políticos, o expresión de vínculos ideológicos y, sin lugar a dudas comporta una justificación de los medios violentos , y una invitación a la utilización de métodos terroristas , presentando el terrorismo como merecedor de elogio, y el asesinato de policías y banqueros como algo necesario.

Las expresiones incardinables en el tipo del artículo 578 del Código Penal no son además aisladas, fruto de un momento de ofuscación, sino muy reiteradas en el tiempo y se publicaron en abierto por el acusado en una red social que era de acceso público, sin ningún tipo de restricción.

Afirmar, como hace la Sentencia que " se trata de una mera protesta abrupta, a modo de grito ", o que "no puede hablarse de ninguna manera de incitación, siquiera indirecta, al odio, a la violencia o al terrorismo", supone desconocer el significado propio de las palabras en la búsqueda de una justificación o disculpa.

Se nos dice que el comportamiento enjuiciado no se ajusta formalmente la descripción típica, conforme a parámetros constitucionales, negando la concurrencia de aquellos elementos complementarios del tipo que exige la jurisprudencia de nuestro TS, discurso de odio, incitación directa o indirecta al delito, y riesgo abstracto de comisión de delitos.

Si los colectivos a los que van dirigidos las expresiones de violencia hubieran sido mujeres, homosexuales o inmigrantes, nadie hubiera cuestionado que eran manifestación de un discurso de odio y por ello merecedoras de reproche penal. La diferencia en el supuesto contemplado es que el acusado tiene una ideología radical y antisistema, lo que la sentencia denomina "radicalidad política antiautoritaria", orientación ideológica que actúa como un elemento negativo del tipo o causa de justificación que la ley no contempla.

En definitiva, es evidente que **hay intención de provocar o incitar** como elemento tendencial, pues ninguna otra explicación podemos encontrar a una actividad tan prolongada en el tiempo y tan explícita en los contenidos, y **existe también un riesgo abstracto**, teniendo en cuenta el contexto que se producen las manifestaciones, en fechas próximas a la declaración de cese permanente de la actividad por la organización ETA, coincidentes con el grave atentado cometido en Madrid el 11 M, y en un momento de grave crisis económica en el que fue muy frecuente la comisión de **actos violentos relacionados con la ejecución de sentencias de desahucio**. Es conveniente recordar que la misma época en la que se emitieron los mensajes se produjeron diversos **atentados en entidades bancarias, que fueron atribuidos a grupos terroristas de ideología anarquista**, e investigados por el Juzgado Central de Instrucción nº 3, así como **numerosos actos violentos contra miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado**. En ese contexto se produjo la reforma por LO 5/2015 de la Ley de Seguridad Ciudadana.

CUARTO.- En base a lo expuesto, resulta indudable que **los contenidos transcritos en este Voto Particular, y que se recogen en el antecedente de hechos probados, constituyen una manifestación del discurso del odio, encierran una evidente carga de justificación de las organizaciones terroristas y de sus métodos, y una grave incitación a la violencia y al terrorismo, con riesgo de lesión de personas y bienes.**

Firmado.

Juan Pablo González y González.

PUBLICACIÓN.- En fecha 21 de marzo de 2018, la anterior Sentencia y el Voto Particular han sido leídos y publicados en la forma establecida por la Ley. Doy fe.