



Roj: **SAN 494/2017 - ECLI:ES:AN:2017:494**

Id Cendoj: **28079220022017100004**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **21/02/2017**

Nº de Recurso: **20/2016**

Nº de Resolución: **4/2017**

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

Ponente: **CONCEPCION ESPEJEL JORQUERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 494/2017,**
STS 397/2018

AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL SECCIÓN 002

ROLLO DE SALA: 20/2016

ÓRGANO DE ORIGEN: JUZGADO CENTRAL INSTRUCCION nº: 5 PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: PA 21/2016

S E N T E N C I A nº 4 /2017

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DÑA. CONCEPCIÓN ESPEJEL JORQUERA (Presidenta y Ponente)

D. ENRIQUE LÓPEZ LÓPEZ

D. JUAN PABLO GONZALEZ GONZALEZ

En Madrid, a 21 de febrero de 2017.

Visto, en juicio oral y público, ante la Sección Segunda de esta Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el presente Rollo de Sala, dimanante del PA 21/2013 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, seguido por delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas, calumnias e injurias a la Corona y amenazas contra:

Blas , nacido el NUM000 de 1993 en Sineu (Mallorca) hijo de Gaspar y de Estefanía , con DNI NUM001 en libertad provisional por esta causa, cuya solvencia no consta, representado por el Procurador D. Miguel del Álamo García y defendido por el Letrado D. Aitor Jiménez Gonzalez.

Han sido partes el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. D. Pedro Martínez Torrijos y como Acusación Particular D. Pelayo , representado por la Procuradora Dª María del Carmen Giménez Cardona y defendido por el Letrado D. Julio Rico Esteban.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Dª CONCEPCIÓN ESPEJEL JORQUERA, que expresa el parecer unánime del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se incoaron a raíz de denuncia presentada con fecha 2 de agosto de 2012 por Pelayo , Presidente del Círculo Balear, por la publicación en Internet de un video clip y una canción titulada "Circo Balear" compuesta por Blas en la que se contenían amenazas contra su persona y otros integrantes de dicho Círculo. A raíz de la denuncia fue emitido un atestado ampliatorio por la Brigada Provincial



de Información de la Jefatura Superior de Policía de Baleares en el que se relataron las investigaciones realizadas y las capturas de contenidos publicados en Internet por dicho denunciado, lo que dio lugar a su detención por la posible comisión, entre otros, de delito de enaltecimiento del terrorismo.

Dichos hechos dieron lugar a la formación del PA 21/2013 del Juzgado Central de Instrucción 5, el cual fue elevado a esta Sección Segunda; incoándose el rollo de Sala 20/2016, en el que, previas las actuaciones oportunas, fue señalada fecha para el inicio de las sesiones del juicio oral.

SEGUNDO.- Por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas formuladas en el acto del Juicio Oral fueron calificados los hechos como constitutivos de los siguientes delitos: A) Un delito de calumnias e injurias graves contra la Corona del artículo 490.3 en relación con los artículos 205, 208 y 211 del Código Penal; B) Un delito de enaltecimiento y de humillación a las víctimas del terrorismo previsto y penado en los artículos 578 y 579 del Código Penal, de los que considera autor al acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, solicitando las penas: por el delito del apartado A) un año y tres meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena y por el delito del apartado B) dos años de prisión e inhabilitación absoluta por 8 años (artículo 579 del Código Penal); solicitando igualmente la imposición de las costas procesales.

TERCERO.- Por la Acusación Particular, ejercitada por la representación de D. Pelayo, fueron calificados los hechos como constitutivos de un delito continuado de enaltecimiento y de humillación a las víctimas del terrorismo previsto y penado en el artículo 578 y 579 del Código Penal, un delito continuado de

injurias graves contra la Corona del artículo 490.3 del Código Penal y un delito de amenazas del art. 169 CP, de los que reputa autor al acusado, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; interesando por el primer delito la pena de dos años de prisión; para el segundo la de dieciocho meses de prisión y para el tercer delito la pena de un año de prisión y en concepto de responsabilidad civil la suma de 3000 por daños morales y a la propia imagen.

CUARTO.- Por la defensa del acusado en sus conclusiones provisionales que fueron elevadas a definitivas en el acto de la Vista Oral, se mostró su disconformidad con las calificaciones del Ministerio Fiscal y de la Acusación Particular; por no ser los hechos constitutivos de los delitos imputados; por lo que no procede hablar de autoría ni de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, al no existir ésta; interesando la libre absolución de su representado de los delitos que se le imputan.

SE DECLARAN LOS SIGUIENTES HECHOS PROBADOS:

PRIMERO.- El acusado Blas, mayor de edad y sin antecedentes penales computables, utilizando el alias de " Pirata ", compuso diversas canciones, agrupadas en sendos discos que el mismo cantaba en sus recitales y que además publicó a través de Internet; consintiendo que otras personas también difundieran en la red social, diversos archivos de audio y/o vídeo, conteniendo canciones de su creación. Tales publicaciones se efectuaron durante los años 2012 y 2013 y eran de acceso libre y gratuito en la Red.

En concreto publicó a través de YouTube, en la página <http://www.hhgroups.com> <<http://www.hhgroups.com/>>" y en las páginas personales del apodado Pirata, <<http://www.myspace.com/> Pirata > <[http://www.youtube.com/user/ Ildefonso](http://www.youtube.com/user/Ildefonso) > Quince canciones agrupadas bajo el título "Residus de un poeta" y diez temas agrupados bajo el título "Mallorca es Ca nostra".

En dichas canciones, de las que es autor el acusado, que a su vez las canta en sus recitales públicos, aparecen las expresiones que seguidamente se explicitarán en apoyo y alabanza a las organizaciones terroristas GRAPO, ETA, y a algunos de sus miembros, justificando su existencia, ensalzando sus acciones e incluso instando a la comisión de las mismas y presentando a sus integrantes como víctimas del sistema democrático.

De igual modo se contienen en algunas de dichas canciones que las frases que también se especifican a continuación contra el titular de la Corona y sus familiares y contra determinados cargos del Gobierno Central y de los Gobiernos Autonómicos.

SEGUNDO.- En concreto, en el disco "Residus de un poeta" Pirata Nitroglicerina, aparecen, entre otras:

En el Tema 1, titulado "CIRCO BALEAR", canción en la que se contienen las siguientes frases (traducidas al español) :

" Pelayo merece una bomba de destrucción nuclear", "queremos la muerte para estos cerdos", "llegaremos a la nuez de tu cuello, cabrón, encontrándonos en el palacio del Jacobo, kalashnikov", "le arrancaré la arteria y todo lo que haga falta", "queremos la muerte para todos estos cerdos". El video clip fue publicado en Youtube

el 17 de febrero de 2012 usando como como portada una foto del referido Pelayo en el juicio celebrado contra varios integrantes del grupo Maulets por amenazas graves, juicio celebrado en julio de 2010.

En el tema 2, titulado "DEBERIAN TENER MIEDO2, entre otras, figuran las siguientes expresiones :

"Que tengan miedo joder. Que tengan miedo"; "Que tengan miedo como un guardia civil en Euskadi"; "Un pioletazo en la frente de tu jefe está justificado o siempre queda esperar a que le secuestre algún GRAPO"; "Dicen que pronto se traspasa la cloaca de Victorio y muchos rumorean que Amadeo merece probarla, complejo de zulo mi casa a ver si un día secuestro alguno y le torturo mientras le leo al Chili "; "Queremos que el miedo llame a sus puertas con llamas"; "O que explote un bus del PP con nitroglicerina cargada"; "Me cansa tanto silencio en medio de esta guerra";

"Y mira yo no tengo huevos a pillar una metralleta, pero al menos no condeno al que se atreve y al que a la lucha se aferra, partidos revisionistas me la coméis entera, no resistiréis ni la mitad de cadenas que arrastra Jacinto ".

En el Tema 3, titulado ESPAÑA0 GOMA2 se incluyen las siguientes expresiones:

" Adela en una moneda pero fusilada", "puta policía, puta monarquía", "a ver si ETA pone una bomba y explota", "para todos aquellos que tienen miedo cuando arrancan su coche, que sepan que cuando revienten sus costillas, exploten brindaremos con champán".

En el tema 8, titulado CAMINANDO POR LA CIUTAT se contienen, entre otras, las siguientes expresiones:

"Cuando digo Gora ETA delante de un guardia civil, por eso te encierran y no por ser un hijo de puta como Victoriano ".

En el tema 10 de dicho disco titulado "MICROGLICERINA" aparecen las siguientes frases:

"Quiero transmitir a los españoles un mensaje de esperanza, ETA es una gran nación"; "Tu bandera española está más bonita en llamas, igual que un puto patrol de la guardia cuando estalla"; "no voy a callar mas, voy a luchar aunque tenga que pillar una pipa como Argimiro "; "Si no tienes memoria se repetirá la historia y estarás condenado como un txacurra en Vitoria, Gloria!"; "Gloria! es Manuela durmiendo en la calle,y que un parado le rompa las costillas con un bate"; "Que no se alarme nadie la justicia es simple, pero está de vacaciones con Germán en el caribe"; "Asusta el salir a la calle y que te pongan una multa, si la policía usa la fuerza bruta y encima luego condenan a quienes entregan su vida a la lucha". "Esto no va hacer fiesta que pensabas tonto, es una bomba de relojería en una plaza de toros"; "Un atentado contra Ricardo otro logro pa nosotros, socialicemos los medios de producción a tiros y a la mierda los votos".

En el tema 12, titulado "DOLORES DE AMONAL", aparece lo siguiente: "Dudo que próximamente os peguen un tiro en la nuca, quizá cuando Pitufu diga quien tiene la culpa"; "Elijo el camino que me lleva a las cadenas, porque antes como trena que vender a la clase obrera";

"A ver si te enteras, como el caso Celestino , pierdo los papeles y en cuarteles grito GORA ETA"; "Nena, no apoyo la violencia gratuita, pero justicia sería pasarlos por la guillotina"; " Isabel no reiría tanto en un zulo a cuarenta grados"; "Por qué condenáis la puta lucha armada, contra la clase que tiene a la nuestra esclavizada"; "La dimisión de Landelino no será hoy, los asesinos no dimiten, ¡se les destierra!";

"Que pena que no haya cerca gulags como Siberia"; "¡Ah! un puto peperero con los sesos fuera, por la presión del banco al no poder pagar la hipoteca. Eso no pasará, pero que un Grapo los secuestre y no puedan pagar la fianza, ¿quién sabe? Quizá"; "Porque nos gobiernan terroristas,

en cambio quien hace política está entre rejas".

"Me la suda si la Audiencia Nacional me condena, hasta romperme las cuerdas ¡LIBERTAD Jacinto !".

En el Tema 13, titulado "**VALTONYC** Y MARCHENA,"QUE SE LEVANTEN LOS CAIDOS" Pirata , aparece lo siguiente:

"Mi puta lengua envenena la fuente de la que bebéis, si contagia la rabia resurgida del treinta y seis"; "El Rey tiene una cita en la plaza del pueblo, una sogá al cuello y que le caiga el peso de la ley"; "Mi ansia aumenta cada vez que reprimen comunistas y vuelan mis ganas de entrar en la guerrilla, así que, que sigan que sigan y el próximo paracuellos será en mi puta isla"; "Te quedas atrás reformista y eso me quema, entorpeces la lucha formando parte del problema, encima quieres dar lección al que anda en prisión, por combatir la opresión y dar su vida entera, cadena perpetua para los que no claudican, pero tu afirmas que no existen presos políticos"; "Hace más ruido un solo hombre rugiendo que todo un ejército pasivo callando y sirviendo";

"¿soy un molotov en la sede de UPyD?"; "siete tiros de la glock de Juan Luis al juez";



En el disco "Mallorca es Ca nostra", el Tema 2 es una canción titulada "EL REY Jacobo ", en la que se contienen diversas expresiones que traducidas al Español son del siguiente tenor:

"El Rey Jacobo y sus movidas no sé si era cazando elefantes o iba de putas, son cosas que no se pueden explicar, como para hacer de diana utilizaba a su hermano, ahora sus hermanastros son los árabes y les pide dineritos para comprar armas, le hacen hacer la cama y fregar los platos y de mientras Doña Adela en un yate follando y eso duele claro que si!!"; "Haremos que Victoriano curre en un Burguer King que la Infanta Claudia pida disculpas ,(puta), por ser analfabeta y no ir a estudiar a Cuba"; "Por qué no se fractura la cabeza y no la cadera"; "si no secuestraremos al capitán del Concordia para que coja el Fortuna y se pegue una ostia; "sarcástico como el Rey dando la mano a Jon y después celebrando tener petróleo fácil (hijo de puta), puede ser que de la república solamente queden fósiles, pero quedamos nosotros, y del Rey los negocios!!". "La tercera edad también pasa hambre pero aplauden a los monarcas, masoquistas ignorantes!!, no podemos escoger, no tenemos ninguna opción, pero un día ocuparemos Marivent con un kalasnikof"; "Él respetuoso con la Constitución, en cambio los derechos humanos se los pasa por los cojones"; "El Argimiro se da cuenta y se quiere morir, que su abuelo un dictador lo escogió, que pertenecía a los GAL y que no es democrático sino un dictador enmascarado".

En el tema 5, titulado "NOVES DEGENERACIONES DEL PP", se contienen las siguientes expresiones: "Parece que las balas de plata también os las tendré que dedicar, sois la misma mafia que Bankia"; "Un día coches volarán como Carlos Manuel y no colgaremos ningún lazo en el Ayuntamiento"; "Balas de plata para los fascistas".

En el Tema 7, titulado EXILIADO EN CABRERA, aparecen las siguientes menciones:

" Heraclio debería morir en una cámara de gas, pero va!. Eso es poco, su casa, su farmacia, le prenderemos fuego".

En el tema Tema 9, HERBES MESCLADES se contienen expresiones que, traducidas al Español, son del siguiente tenor:

"Burgués, ni tu ni nadie me harán cambiar de opinión, cabrón, seguir el acto de fusilar al Jacobo "

En el tema 10, titulado, MI FINAL, obran las siguientes expresiones:

"No soy ningún hipócrita pero a veces me cuesta dejar a la gente en evidencia, creo que debe ser por eso de que soy una buena persona, pero por mi el Heraclio habría muerto ya de una bomba";

En el Tema 11, titulado EL MUNDO DONA LLICENCA PER MATAR, se contienen expresiones que traducidas dicen:

"Del PP, lo que hizo el PSOE, terrorismo es el BOE y no callaré. Pondré cojones, aunque quieran criminalizar mis emociones, soy fuerte y lucharé"; "Mis compañeros están allí fuera, están luchando por la autodeterminación, de una lengua, de una cultura, de un país, somos fuertes y nosotros ganaremos..... (sonido de pasos, una puerta se abre," Luis Pedro " saber vivir es saber morir". A continuación se escucha el sonido de un tambor de revolver y seguido de un disparo dice "hijos de puta"; "Para no inmolarme necesito escribir, pero hay tanto hijo de puta que no merece vivir"; "Algún día haremos justicia, y diputados picarán

pedra a la sierra todo el día"; " Manuela se tragara sus palabras, y comerá del suelo porque no le quedará otra"; "La constitución se viola como una puta, pero, como con Germán , los GRAPO tienen la culpa"; "Mataría a Sofía , pero antes, le haría ver como su hijo vive entre ratas"; "Que beban agua con barro, no más Solan, (de cabras)que coman carne con lejía salpicada";

" Eladio , Carlos Manuel (suenan disparos), bah, ya no, ahora toca a Mario . La OTAN no bombardeará la Zarzuela, no ..., aquí lo único que explotan son los trabajadores"; "Licencia para matar, quedarán pocos vivos, acabaré con izquierda, PSOE, y también CiU"; "Merece la muerte todo aquel que se aprovecha de pisados, pobres, de quienes más lo necesitan"; "Que a n' Luis Manuel se le Tilde como un terrorista, pero quienes lo son estén en el parlamento haciendo política"; "A mí me toca la polla, toda la AVT, no tienen empatía con los que no pueden pasar es mes". "Pero bueno, tenemos goma2 y amonal, y así llegará un día que explotadores volarán, tan alto como obreros de derechas que ahora son empresarios, les cortare el cuello como recortan salarios";

"Esto no es violencia gratis, está justificada, como un antiodios que muere en una barricada"; "Cogeré un kalashnikov, una MP5, iré a Intereconomía, terminaré con este circo"; "Después mutilaré a la Isabel , con la rabia del pueblo Vasco a los GAL".

El Acusado también publicó en la dirección de internet <<http://www.youtube.com/watch?v=5buusY7ITho>> Pirata un tema con el título Yo reventé el culo de Eduardo Puelles (2011), en el que constan las siguientes expresiones:

"Somos temibles como bombas de racimo";

"Decapitando capitalistas en el centro de Cuba, alguno quiso callarme pero no pudo"; "Junto a Indalecio todos desfilareis de luto";

"No me quedaré mudo, no me callaré, aunque tenga que inmolarme en la sede del PP"; "Terrorismo invicto como los GRAPO";

"yo doy mas miedo que una pipa de fogueo"; "sin rodeos voy a asaltar el parlamento ya salen de mis heridas torturas franquistas dosis de poesía".

Con fecha 9 de marzo de 2013 publicó a través de youtube [http://www. <http://www/>Youtube.com/watch?v=4iBAUz12k5Y](http://www.youtube.com/watch?v=4iBAUz12k5Y) un tema titulado MARCA ESPAÑA, en el que aparecen las siguientes expresiones:

"Matando a Carlos Manuel ETA estuvo genial, a la mierda la palabra, viva el amonal"; "tenemos corazón grande y de justicia se enamora si explotan tropas españolas, no lloran. Kale borroka en el Ministerio de educación, esto es amor: goma2 y Kalashnikovs".

El día 27 de mayo de 2013 a través de [http://www. <http://www/> Youtube.com/watch?v=vJgyPzd4BtA](http://www.youtube.com/watch?v=vJgyPzd4BtA) publicó el título EL FASCISMO SE CURA MURIENDO, en el que aparecen las siguientes menciones:

"Amonal en coches oficiales, haciendo justicia poética por cada familia que esta pasando hambre".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo y de sus autores y de humillación a las víctimas, previsto y penado en los arts. 578 y 579 C.P. vigente en las fechas de comisión.

En efecto, las reiteradas expresiones detalladas en el factum contenidas en letras de las canciones de las que es autor el acusado, difundidas a través de Internet por el mismo, en abierto en diversas redes sociales y páginas de acceso público y cantadas por él en sus recitales tienen, de un lado, un indudable contenido laudatorio de las organizaciones terroristas ETA y GRAPO, de sus integrantes y de las acciones violentas desplegadas por los mismos, justificándolas e incitando incluso a su reiteración y comportan, de otro lado, un claro menosprecio y humillación de las víctimas del terrorismo, incardinables en el delito referenciado en su doble vertiente de enaltecimiento del terrorismo y sus autores y de humillación a las víctimas.

Sin embargo, no procede aplicar la continuidad delictiva, propugnada por la acusación particular, sino calificar los actos como un delito único, por cuanto, atendidos el contenido de las frases incluidas en las diversas canciones publicadas, en su mayor parte integradas en los dos discos mencionados y las circunstancias en que se difundieron, serían acreedores de ser valoradas como una unidad natural de acción, aplicable, conforme apunta, entre otras, la STS 585/2016 de 1 julio, cuando los actos que ejecuta un sujeto presentan una unidad espacial y una estrechez o inmediatez temporal que, desde una dimensión socio- normativa, permiten apreciar un único supuesto fáctico subsumible en un solo tipo penal. Aclara igualmente la mencionada resolución que, por el contrario, la apreciación del delito continuado exigiría la realización de varias acciones típicas individuales que, por la intensificación del injusto, sean acreedoras de la aplicación de una pena agravada con respecto al delito único.

En el caso examinado estimamos que no se produjo una interrupción de la acción posteriormente reiterada por un cese en la voluntad de ejecutar la conducta típica, de forma que los nuevos actos delictivos, similares al anterior, tuvieran su origen en una voluntad surgida de nuevo y se produjeran en un marco espacio temporal posterior y diferente, lo que habría sido preciso para excluir la apreciación de una unidad natural de acción y considerar que cada uno de esos actos integraría un delito independiente.

Consideramos, por ello, que estamos ante una única acción delictiva con diversas manifestaciones, conforme estimó la STS 820/2016 de 2 de noviembre.

Así ha sido igualmente declarado en la reciente STS 4/2017 de 18 enero, que resuelve un supuesto que guarda gran similitud con el que ahora nos ocupa, en el que la Sala Segunda del TS calificó los hechos como un delito único; razonando que cada una de las expresiones no integra un delito autónomo ni su conjunto puede recibir el tratamiento que el art. 74 del CP dispensa al delito continuado, atendiendo a que el propósito es el mismo y las distintas frases no son sino secuencias naturales - cronológicamente no coincidentes- de idéntico discurso.

Los hechos descritos en el factum se ajustan a los parámetros que tanto en TS como el TC establecen para incardinar la conducta en el delito del art. 578 CP, en la doble vertiente antes referida.



No cabe admitir que los mismos resulten amparados por el derecho a la libertad de expresión o de creación artística invocados por el acusado y su defensa.

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

Sin embargo, esa propia Jurisprudencia puntualiza el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de manifestaciones que alienten la violencia.

La citada 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.

La STC 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 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 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). Igualmente se puso de manifiesto que en el origen de la definición de esta conducta de provocación pública están los documentos elaborados por el grupo de trabajo sobre apología del terrorismo del comité de expertos sobre terrorismo del Consejo de Europa (Codexter- Apologie), quien había propuesto centrarse, entre otras conductas, en las expresiones públicas de apoyo a actos terroristas o grupos (§§ 86 a 88 del informe explicativo); teniendo para ello presente tanto las opiniones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa como del Comisionado para los Derechos humanos del Consejo de Europa que también habían sugerido que tal disposición podría cubrir, entre otras conductas, la difusión de mensajes de elogio al autor de un ataque terrorista (§ 95 del informe explicativo). De ese modo, se concluye en el informe explicativo que si bien finalmente en el art. 5.1 del Convenio se utiliza una fórmula genérica frente a otra más casuística, permite una cierta discreción a los países para definir este delito en relación con, por ejemplo, la conducta de difundir la idea de que un acto terrorista pueda resultar necesario y justificado (§§ 96 a 98 del Informe explicativo).

Por su parte, en el marco de la Unión Europea, si bien en la redacción originaria de la Decisión marco 2002/475/JAI (LCEur 2002, 1737) del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo ("DOCE" núm. L 164, de 22 de junio de 2002), se limitaba a incluir en el artículo 4.1 la obligación de tipificar como delito la inducción a la comisión de delitos terroristas. Con ocasión de la nueva redacción dada a su art. 3.1 a) por la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008 (LCEur 2008, 1988) ("DOUE" núm. L330, de 9 de diciembre de 2008), ya se establece que se entenderá por "provocación a la comisión de un delito de terrorismo" la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos".

Concluye la mencionada sentencia que, tomando en consideración la Jurisprudencia del TC sobre la incidencia de las manifestaciones del denominado discurso del odio en el derecho a la libertad de expresión -que está en línea con la preocupación que a nivel internacional y regional se ha desarrollado en relación con la necesidad de sancionar penalmente las conductas de provocación a la comisión de delitos terroristas y la eventual incidencia que ello podría tener sobre el derecho a la libertad de expresión y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular-, hay que concluir que la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578 -"el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código [delitos de terrorismo] o de quienes hayan participado en su ejecución"- supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades .

Apunta igualmente el TC en dicha resolución que puede afirmarse que hubo una instigación a la violencia; recordando que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 16 de julio de 2009 (TEDH 2009, 82), caso Feret c Bélgica, § 73, señala 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.

Igualmente la STS 820/2016 de 2 noviembre recuerda que el castigo del enaltecimiento del terrorismo persigue la justa interdicción de lo que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (v.gr . SSTEDH de 8 de Julio de 1999, Sürek vs. Turquía , y de 4 de Diciembre de 2003, Müslü m vs . Turquía), como nuestro Tribunal Constitucional (STC 235/2007, de 7 de Noviembre) y esta la propia Sala Segunda (STS 812/2011, de 21 de julio) vienen denominando en sintonía con una arraigada tendencia de política criminal «discurso del odio»: alabanza o justificación de acciones terroristas. Comportamientos de ese tenor no merecen la cobertura de derechos fundamentales como la libertad de expresión (art. 20 CE) o la libertad ideológica (art. 16 CE), pues el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de la comunidad que lo sufre; su discurso se basa "en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y, en definitiva, en generar un terror colectivo que sea el medio con el que conseguir esas finalidades" (STS 224/2010, de 3 de marzo). Como destaca la STS 676/2009, de 5 de junio , no se trata de criminalizar opiniones discrepantes sino de combatir actuaciones dirigidas a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y daño en la paz de la comunidad con sus actos criminales, atentando contra el sistema democrático.



Indica también la mencionada STS 820/2016 que la simple ligazón con la libertad ideológica o de expresión no legitima la conducta per se situándola por definición al margen del Código Penal, ya que el ejercicio de esos derechos está condicionado por otros derechos y exigencias constitucionales, entre los que se encuentra, entre otros, la prohibición de la alabanza de actividades terroristas que alimente un clima favorable a su reproducción; convirtiéndose en germen, más o menos remoto, de nuevas acciones de esa naturaleza.

Con cita de las SsTC 177/2015 y 139/1999, recuerda la STS 820/2016 que la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto colaborador de la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión.

Por su parte la STS 846/2015 de 30 de diciembre, citando las SSTS 224/2010, de 3 de marzo ó 752/2012, de 3 de octubre STS 656/2007, de 17 de julio señala que la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2000 de 22 de diciembre, que introdujo el art. 578 CP, permite vislumbrar el interés del Legislador por extender el radio de acción hacia dos esferas de protección diferentes, que bien hubieran podido merecer preceptos individualizados o, cuando menos, incisos separados, a saber una conducta de connotaciones prioritariamente públicas, como es el enaltecimiento y/o justificación del terrorismo, con otra de contornos mucho más sutiles e íntimos, como es el menosprecio o humillación de las víctimas; recogiendo el primer inciso del art. 578 CP una apología propiamente dicha, definida como enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución; obedeciendo a una concreta ratio legis: reforzar la tutela en los delitos de terrorismo, sancionando conductas que no son terroristas per se pero que las favorecen.

A mayor abundamiento, como se ha apuntado precedentemente, el caso que ahora examinamos es sustancialmente coincidente con el resuelto en la STS 4/2017 de 18 enero, en la que nuestro Alto Tribunal casó una sentencia absolutoria dictada por la Sección Primera de la AN, en la que habían sido acogidos argumentos exculpatorios idénticos a los esgrimidos por el actual acusado y su defensa, que fueron expresamente rechazados por TS. Aclara la mencionada STS 4/2017 que se ha de distinguir entre el dolo y el móvil del autor y que el art. 578 CP sólo exige el dolo, esto es, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo, en el caso examinado en aquella, tener plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica de las acciones violentas de un grupo terrorista que se menciona con sus siglas de forma expresa y en el que se invita a otro grupo terrorista, fácilmente identificable por la identidad de algunas de sus víctimas, a repetir el secuestro más prolongado de nuestra reciente historia. Concluye la sentencia que con ello queda colmada la tipicidad subjetiva del delito; añadiendo que la invocación de que el acusado no perseguía la defensa de los postulados de una organización terrorista y de que tampoco buscaba desprestigiar a las víctimas, es absolutamente irrelevante en términos de tipicidad, dado que la estructura típica del delito no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Señala contundentemente la sentencia que "Basta con asumir como propia la justificación de una forma violenta de resolver las diferencias políticas -siempre en el marco de referencia que ofrecen los arts. 572 a 577-; basta con la reiteración consciente de esos mensajes a través de una cuenta de twitter, para descartar cualquier duda acerca de si el autor captó con el dolo los elementos del tipo objetivo".

La Sala Segunda del TS concluye que la afirmación contenida en el factum de la sentencia casada relativa a que no ha quedado acreditado que "... con estos mensajes buscarse defender los postulados de una organización terrorista, ni tampoco desprestigiar o humillar a sus víctimas" no excluye la tipicidad de la conducta, dado que "no es necesaria la prueba de aquello que no exige el tipo subjetivo" y el hecho de que el acusado sea descrito como un "... cantante y letrista de los grupos de rap-metal Def Con Dos y Strawberry Hardcore", como un colaborador artístico de distintos medios de comunicación o que las letras de sus canciones tengan "... un marcado tono provocador, irónico y sarcástico, empleando recursos propios de las historias de terror y acción para envolver el mensaje de fondo", no dibuja, ni mucho menos, una causa de exclusión de la tipicidad. Tampoco la ironía, la provocación o el sarcasmo -en palabras del acusado, el nihilismo surrealista- que anima sus mensajes de humillación de las víctimas, hacen viable una causa suprallegal de exclusión de la culpabilidad. Añade también la STS 4/2017 que la Sala Segunda que no puede identificarse con la interpretación del Tribunal de instancia, basada en la etiqueta que el autor reivindica para su propia obra artística. "Entre otras razones, porque esos complementos explicativos no se incluyen en el mensaje de burla. Éste llega a la víctima en su integridad, sin matices aclaratorios de la verdadera intención del autor que los suscribe. La memoria de su propia tragedia no adquiere otra tonalidad cuando el dictamen pericial concluye que ha sido expresado con sátira o que es fruto de la crítica ácida".

Tras reiterar que es constante la doctrina del TS en la exclusión de las motivaciones de ordinario invocadas para justificar el enaltecimiento o humillación de las víctimas, la STS 4/2017, cita la STS 623/2016, 13 de julio recordando que "la libertad ideológica o de expresión no pueden ofrecer cobijo a la exteriorización de expresiones que encierran un injustificable desprecio hacia las víctimas del terrorismo, hasta conllevar su



humillación. No se trata de penalizar el chiste de mal gusto, sino que una de las facetas de la humillación consiste en la burla, que no está recreada en nuestro caso con chistes macabros con un sujeto pasivo indeterminado, sino bien concreto y referido a unas personas a quien se identifica con su nombre y apellidos. En el caso de la humillación y menosprecio a las víctimas del terrorismo, el desvalor de la acción que sanciona el art. 578 CP tampoco quedaría totalmente protegido mediante la sola figura de las injurias, siendo así que su contexto -que además justifica un mayor reproche penal- lleva a ubicar esta intromisión, entre los delitos de terrorismo. En el caso, de lo que se trata es comprobar si las expresiones que se difunden por la acusada pueden ser constitutivas de una ofensa, o una burla, en suma, de una humillación, a quien ha sufrido el zarpazo del terrorismo. Llevada a cabo esa comprobación en sentido afirmativo nos corresponde aplicar la respuesta penal que ofrece el Código Penal en represión de una acción típicamente antijurídica y culpable, esto es, de un delito".

Efectúa, además, la mencionada STS 4/2017 una minuciosa cita de las resoluciones dictadas por el TS en esta materia. Así, recuerda que el bien jurídico protegido ha sido descrito en la STS 812/2011, 21 de julio, como "... la interdicción de lo que las SSTEDH de 8 de julio de 1999, Sürek vs Turquía, 4 de diciembre de 2003, Müslüm vs Turquía -y también nuestro Tribunal Constitucional STC 235/2007 de 7 de noviembre- califican como el discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrizamiento (sic) colectivo como medio de conseguir esas finalidades". En el mismo sentido se había pronunciado la STS 299/2011, 25 de abril.

La STS 4/2017 igualmente recuerda que la STC 112/2016, 20 de junio -siguiendo la línea ya descrita en las SSTC 177/2015, 22 de julio (RTC 2015, 177) y 136/1999, de 20 de julio (RTC 1999, 136) - denegó el amparo y señaló que "... no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre". "Del mismo modo, la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre". Y, además, que "[e]s obvio que las manifestaciones más toscas del denominado 'discurso del odio' son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes".

La STS 4/2017, glosa también la STS 623/2016, 13 de julio en las que se calificó como delictivas las publicaciones twitter de diversos mensajes en los que se hizo mofa de diversas víctimas de atentados terroristas, con frases tales como "... voló, voló Manuel voló y hasta las nubes llevo. Ay Manuel el primer astronauta español. Arriba España con goma", " Manuel ministro naval tenía un sueño: volar y volar, hasta que un día ETA militar hizo su sueño una gran realidad". "¿En qué se parece Jesús Manuel a un delfín? En el agujero de la nuca" y en las que se justificó la violencia con expresiones tales como "kale borroka, herri borroka da/ la lucha callejera, la lucha del pueblo" y borroka da bidé bakarra/la lucha es el único camino".

Igualmente cita la STS 4/2017 la STS 820/2016, 2 de noviembre que reputó delictivos: "... aupa esa chavalería que ha arrasado con las sucursales capitalistas de medida (sic) ciudad de Bilbao. Joder, con noticias así da gusto empezar la semana" (...) Si al final Doroteo regresa de pleno a la política activa, espero que ETA lo haga también, para equilibrar la balanza. (...) Lástima que el terrorismo de estado le sesgara la vida tan pronto, más luchadores como Chili hacen falta, para la causa vasca y para el marxismo 2013. (...) Tengo la botella de champán preparada para el día que se retome la lucha armada, la idea de la muerte o el exilio no me asusta cuando se trata de pelear por una batalla justa. (...) En un país como el Estado español, donde ha existido y sigue existiendo de forma un poco reformada, un régimen de carácter fascista, la resistencia en todas sus formas no solo armada, es legítima. No es que nosotros la legitimemos, sino que se legitima a sí misma. (...) Afilando el hacha a falta de la serpiente. (...) ETA despellejaba a lo sumo a un par de concejales al año y el estado decía de ellos que eran unos malvados terroristas y los perseguía, torturaba, mataba y encerraba. Y sin embargo, los bancos asesinan a diario y aquí no pasa nada, el estado los ampara, protege y defiende. (...) Dos noticias, una buena y una mala: La buena, en La Carolina (Jaén) le han quemado el coche a un concejal peperero. La mala, el peperero no estaba dentro. (...) Por cada agresión a la clase obrera un coche- bomba. (...) Dice mi abuela que si apareciese un culpable ejecutado, un político del PP por ejemplo, se alegraría bastante, comparto su pensamiento (...) ¿ Manuel víctima? DAIS ASCO. (...) A mí no me da pena alguna Jesús Manuel



me da pena la familia desahuciada por el banco. (...) tanta tontería vinculando la FAH2 a ETA. OJALÁ así fuera y os metieran un bombazo, panda de genocidas".

Se glosa también en la STS 4/2107 la STS 846/2015, 30 de diciembre en que fue considerada constitutiva del delito previsto en el art. 578 del CP, la publicación en la red social Facebook de "...una fotografía de Jesús Manuel con las siguientes frases "Gora ETA libertad presos políticos, Jesús Manuel mejor muerto". (...) una fotografía con la leyenda "ETA Euskadi ta Askatasuna" añadiendo que el zulo de Severino tenía más metros cuadrados que donde viven muchísimos españoles".

La STS 984/2016, 15 de diciembre, reputó que colmaba el juicio de tipicidad la publicación en la red social Facebook de las siguientes imágenes y comentarios: "imagen de policías envueltos en llamas con comentarios "ke bien arde.... la madera jejejeje..". (...) Imagen de varios individuos sujetando una bandera de España que arde con el comentario "ke ben arde... a filla de puta... que bien arde la hija de puta". (...) Imagen del anagrama de la organización terrorista "Resistencia Galega (...) Imagen extraída de una película sobre el atentado terrorista contra el Almirante Manuel con el comentario "volandooooo voyyyy...volando vengoooo". (...) Comentario "Gora euskadi ta askatuta... gora euskal Herria sozialista, viva Euskadi ta askatasuna (ETA).. viva euskal herria socialista". (...) Imagen de 5 miembros de la organización terrorista Terra Wure con la leyenda (traducida: en memoria de los patriotas muertos en combate). (...) Comentario: "matar fachas y Txakurras no es delito...es mi deporte favorito". (...) Imagen del manual de la organización terrorista ETA Ikusi eta Ikasi (Mira y aprende. Manual básico de armas y explosivos de ETA)"

Se recoge también como delictivo el comentario "a ver si con un poco de suerte te pegan un tiro antes de la tregua definitiva y así te reúnes con "los tuyos", so zorra ... un besito" publicado en una página dedicada al hermano de la ofendida que fuera asesinado en Sevilla el 30 de enero de 1998, junto a su esposa por miembros del comando Andalucía de la organización terrorista ETA (STS 752/2012, 3 de octubre).

Aplicada la anterior doctrina al caso examinado, concluimos que la pluralidad de mensajes contenidos en las canciones publicados en Internet y con acceso abierto por el acusado tienen un indudable carácter laudatorio de las organizaciones terroristas GRAPO y ETA y de sus miembros, el cual va más allá de la expresión de coincidencia con objetivos políticos, solidaridad con los presos o camaradería nacida de vínculos ideológicos y que comporta una alabanza, no ya de los objetivos políticos sino de los medios violentos empleados por la citadas organizaciones terroristas y por sus miembros y contienen una incitación a su reiteración. Los referidos contenidos no quedan amparados por la libertad de expresión o difusión de opiniones invocada por el acusado y su defensa.

En efecto, el acusado en sus canciones ensalza reiteradamente a ETA y GRAPO con frases tales como "ETA es una gran nación", celebra el "terrorismo invicto de los GRAPO"; señala que grita "GORA ETA" en cuarteles y ante miembros de la Guardia Civil y critica que se condene por ello.

Ensalza actos de violencia terrorista: "Tu bandera española está más bonita en llamas, igual que un puto patrol de la guardia cuando estalla"; "...condenado como un txacurra en Vitoria, Gloria!"; "Tenemos corazón grande y de justicia se enamora si explotan tropas españolas, no lloran. Kale borroka en el Ministerio de educación, esto es amor: goma2 y Kalashnikovs".

Ensalza a terroristas como Chili, Luis Manuel, Jacinto e Juan Luis, justificando los "siete tiros de la Glock de Juan Luis al juez". Los califica como presos políticos y critica la prisión y la condena de los mismos, diciendo que "entregan su vida a la lucha". Indica que están en prisión por combatir la opresión. Sostiene que gobiernan terroristas y en cambio quien hace política está entre rejas por no claudicar y dar su vida entera por la lucha por la autodeterminación.

Refiriéndose a políticos, empleadores, policías, etc., señala que no merecen vivir y justifica la "licencia para matar", el tiro en la nuca, el pistoletazo en la frente, desea que se desparramen sus sesos, matarlos tras hacerles ver que sus hijos viven entre ratas, que mueran por una bomba, en la cámara de gas, que sean objeto de secuestro por algún GRAPO, alude a cortarles el cuello, mutilarlos, romperles las costillas con un bate, dispararles con un kalashnikov o una MP5, usar contra ellos cocteles molotov, que se quemen sus casas y sus negocios etc. Justifica la violencia con menciones tales como: "Y mira yo no tengo huevos a pillar una metralleta, pero al menos no condeno al que se atreve y al que la lucha se aferra", "Esto no es violencia gratis, está justificada, como un antidisturbios que muere en una barricada"; "no apoyo la violencia gratuita, pero justicia sería pasarlos por la guillotina"; "Pero bueno, tenemos goma2 y amonal, y así llegará un día que explotadores volarán"; "amonal en coches oficiales, haciendo justicia poética por cada familia que esta pasando hambre"; "Un atentado contra Ricardo otro logro pa nosotros, socialicemos los medios de producción a tiros y a la mierda los votos".



Anima el discurso del odio y la violencia: "Me cansa tanto silencio en medio de esta guerra"; "hace más ruido un solo hombre rugiendo que todo un ejército pasivo callando y sirviendo".

Pide que dichos colectivos tengan miedo: "Que tengan miedo como un guardia civil en Euskadi"; "Queremos que el miedo llame a sus puertas con llamas"; "O que explote un bus del PP con nitroglicerina cargada"; "Para todos aquellos que tienen miedo cuando arrancan su coche, que sepan que cuando revienten sus costillas, exploten brindaremos con champán"; "Somos temibles como bombas de racimo"; "Decapitando capitalistas en el centro de Cuba, alguno quiso callarme pero no pudo".

Por otro lado, se recogen en el factum contenidos que comportan humillación y desprecio de las víctimas del terrorismo. Entre otros: "Matando a Carrero ETA estuvo genial, a la mierda la palabra, viva el amonal"; "dicen que pronto se traspasa la cloaca de Victorio y muchos rumorean que Amadeo merece probarla"; "junto a Indalecio todos desfilareis de luto"; "que no se alarme nadie, la justicia es simple, pero está de vacaciones con Germán en el caribe"; "un día coches volarán como Carlos Manuel y no colgaremos ningún lazo en el Ayuntamiento"; "balas de plata para los fascistas"; " Eladio , Carlos Manuel (suenan disparos), bah, ya no, ahora toca a Mario . La OTAN no bombardeará la Zarzuela, no ..., aquí lo único que explotan son los trabajadores"; "a mí me toca la polla, toda la AVT, no tienen empatía con los que no pueden pasar es mes".

Resulta indudable que dichos contenidos, que se reproducen en la totalidad de las canciones publicadas por el acusado, objetivamente encierran una clara carga laudatoria de ETA y GRAPO y de sus miembros, una justificación de las Organizaciones terroristas y de sus métodos, una incitación a la violencia y al odio y un grave desprecio a las víctimas que a nadie escapa.

Las expresiones incardinables en el tipo contenidas en sus canciones no son aisladas sino muy reiteradas y se publicaron en abierto por el acusado en diversas redes sociales y en páginas que eran de acceso público, sin ningún tipo de restricciones y tuvieron miles de visitas.

En relación con esta cuestión la STS 19 de febrero de 2015 (que cita las de 26 de febrero de 2007 , 20 de junio de 2007 y 23 de septiembre de 2008), tras señalar que, partiendo del hecho indiscutible de que el terrorismo constituye la más brutal negación de los derechos humanos, resulta más que aceptable que las expresiones de alabanza a los autores de delitos terroristas o de sus actos, en la medida que integran hechos tipificados como delitos en el art. 578 CP , se hagan merecedores de la respuesta penal prevista en el mencionado precepto penal, precisó que Internet ha supuesto una revolución en el mundo de las comunicaciones y del conocimiento; destacando la importancia de las redes sociales que permiten divulgar en pocos segundos mensajes a usuarios de cualquier parte del mundo, con lo que se obtiene una publicidad impensable hace unos años, por lo que, frente a la difusión de mensajes inaceptables penalmente, la política de prevención del crimen debe ir por delante del uso delictivo de las tecnologías.

Igualmente la tantas veces mencionada STS 4/2017 de 18 de enero alude a que la extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios. Añade que "quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad. Además, carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión. Los modelos comunicativos clásicos implicaban una limitación en los efectos nocivos de todo delito que hoy, sin embargo, está ausente. Este dato, ligado al inevitable recorrido transnacional de esos mensajes, ha de ser tenido en cuenta en el momento de ponderar el impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico-penal".

Todo ello resulta predicable en el caso ahora enjuiciado.

SEGUNDO.- Los hechos contenidos en el factum son también constitutivos de un delito de calumnias e injurias graves al Rey y a los miembros de la Familia Real tipificado en el art. 490.3 CP .

No ignora esta Sala la reiterada doctrina del TEDH y del TC que señalan que no bastan para incardinar en el referido delito expresiones o discursos que pinten cuadros negativos de Rey como Institución, adquiriendo así una connotación hostil; razonando que el hecho de que el Rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político, de árbitro y de símbolo de la unidad del Estado español, no lo pone al abrigo de todas las críticas en el ejercicio de sus funciones oficiales o en su condición de representante del Estado, al cual simboliza, de las procedentes de aquellos que se oponen legítimamente a las estructuras constitucionales de dicho Estado, incluido su régimen monárquico. Efectivamente ha declarado el TEDH que 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 de el TEDH Sección 3ª Caso Otegi Mondragón contra España. Sentencia de 15 marzo 2011. TEDH 2011\30.

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).

Tiene en consideración igualmente el TEDH que las declaraciones del demandante se realizaron en un ámbito de carácter público y político, ajeno al «núcleo último de la dignidad de las personas» (apartado 14 supra) y que, por otra parte, que tales declaraciones tampoco cuestionaban la manera en la que el Rey desempeñaba sus funciones oficiales en un ámbito concreto, ni le atribuían ninguna responsabilidad individual en la comisión de un delito concreto. Las expresiones empleadas por el demandante se referían únicamente a la responsabilidad; refiriéndose a la responsabilidad institucional del Rey como jefe y símbolo del aparato del Estado y de las fuerzas de Seguridad que, según las declaraciones del demandante, habían torturado a los responsables del periódico Egunkaria. Incluso valora el Tribunal que las declaraciones orales fueron realizadas durante una rueda de prensa, lo que no dio al demandante la posibilidad de reformularlas, perfeccionarlas o retirarlas antes de que se hicieran públicas (glosa en este punto Sentencias Fuentes Bobo contra España [TEDH 2000, 90] , núm. 39293/1998, ap. 46, 29 febrero 2000 , y Birol contra Turquía , núm. 44104/1998, ap. 30, 1 marzo 2005 [JUR 2005, 61528]).

Finalmente el TEDH fundó su decisión en el caso Luis Manuel citado en el hecho de que las manifestaciones del mismo no exhortaban al uso de la violencia ni se trata de un discurso de odio; indicando que ello "a juicio del Tribunal es el elemento esencial a considerar (véase, a contrario, Sentencia Sürek contra Turquía (núm. 1) [GS][TEDH 1999, 28] , núm. 26682/1995, ap. 62, TEDH 1999- IV)".

Así, tras puntualizar que ni los tribunales internos ni el Gobierno habían justificado la condena del demandante mencionando la incitación a la violencia o el discurso de odio, razonó que " El Tribunal ha considerado ya que si bien la fijación de las penas compete, en principio, a los tribunales internos, la imposición de una pena de prisión por una infracción cometida en el ámbito del discurso político sólo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del Convenio en circunstancias excepcionales, especialmente cuando se han el 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(Sentencias Bingöl 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, TEDH 2004- XI)".

De dicha doctrina del TEDH hemosde extraer 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.

Tampoco ha reputado el TEDH amparada por dicho derecho la imputación personal al mismo de un delito concreto; poniendo el acento diferenciador en el dato de que se haya producido una afectación de otros derechos fundamentales, como ocurre cuando la crítica contiene una incitación a la violencia o introduce un discurso de odio, supuestos en los que estima proporcionada la imposición de una pena de prisión.

Dichos criterios son igualmente los empleados por nuestro Tribunal Constitucional a la hora de examinar la constitucionalidad de las condenas por el delito que nos ocupa.



Entre otros el ATC 231/2006, de 3 de julio, con cita de las SsTS 120/1990 de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio, señala que "la libertad ideológica comporta la adopción o el mantenimiento de una determinada ideología o pensamiento e indudablemente no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones, sino que comprende además una dimensión externa de agere licere con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos. En las manifestaciones que conlleva esa dimensión externa de agere licere, se encuentra la libertad de expresión y muy principalmente figura la de expresar libremente lo que se piense". Naturalmente, dice el Auto ya citado 213/2006, "en una sociedad democrática, con libertad ideológica y de expresión, la caracterización del Rey y de la Institución que encarna en su persona como símbolo de la unidad y permanencia del Estado, confiándole el arbitrio y moderación del funcionamiento de las instituciones (art. 56.1 CE), posición que le hace acreedor de un respeto institucional cualitativamente distinto al de las demás instituciones del Estado, no le hace inmune a la crítica de su persona ni en relación al ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de estas".

Sin embargo, el propio ATC citado añade: "si bien tal eventual crítica no puede servir de pretexto para menospreciar gratuitamente su dignidad o su estima pública, afectando al núcleo último de su dignidad".

Más recientemente la STC 177/2015 de 22 julio desestimó el recurso de amparo en un supuesto en el que los condenados con la cara tapada en el transcurso de una concentración portaron una fotografía de los Reyes poniéndola boca abajo y le prendieron fuego entre la algarabía general, para seguidamente, retirarse e intentar confundirse con el resto de los asistentes. Concluyó el TC que dicha acción era innecesaria para defender la opinión de los concentrados y es formalmente injuriosa, sobrepasa los límites amparados por el derecho fundamental a la libertad de expresión y lesiona el derecho al honor de la Institución, la Corona, como institución constitucional democrática.

Recuerda el TC que el mismo viene 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 (RTC 2006, 174) FJ 4, y 77/2009, de 23 de marzo (RTC 2009, 77) FJ 4). De modo que, como subraya la STC 235/2007, de 7 de noviembre (RTC 2007, 235) 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 (TEDH 1997, 12) § 49).

Ello no obstante, la propia sentencia también recuerda que "la libertad de expresión no es 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» (SSTC 29/2009, de 26 de enero (RTC 2009, 29) 77/2009, de 23 de marzo (RTC 2009, 77) y 50/2010, de 4 de octubre (RTC 2010, 50) .

En consecuencia, el Tribunal Constitucional 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».

Señala, además dicha STC 177/2015 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 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".

Subraya también el TC la singular y reforzada protección jurídica que el legislador penal otorga a la Corona, al igual que hace con otras altas Instituciones del Estado, para defender el propio Estado Constitucional, pues así lo corrobora el hecho de que el delito de injurias a la Corona no figure en el título XI del Código Penal, relativo a los delitos contra el honor, sino en el título XXI, dedicado precisamente a los delitos contra la Constitución; añadiendo que el art. 490.3 del Código Penal "tipifica un delito de naturaleza pública, a cuyo través se protege el mantenimiento del propio orden político que sanciona la Constitución, en atención a lo que la figura del Rey representa. No obstante, el honor y la dignidad del monarca también forman parte del bien jurídico protegido por el precepto, siempre que la ofensa tenga que ver con el ejercicio de sus funciones o se produzca con ocasión de dicho ejercicio. Ahora bien, la protección penal que ofrece el art. 490.3 CP no implica que el Rey, como máximo representante del Estado y símbolo de su unidad, quede excluido de la crítica especialmente por



parte de aquéllos que rechazan legítimamente las estructuras constitucionales del Estado, incluido el régimen monárquico. Y ello a pesar de la posición de neutralidad que el monarca ocupa en el debate político y del hecho de no estar sujeto a responsabilidad, pues tales circunstancias no pueden suponer un obstáculo al libre debate sobre su posible responsabilidad institucional o, incluso, simbólica, dentro de los límites del respeto a su reputación (caso Luis Manuel c. España, § 56)".

Remarca también la STC 177/2015 que, "desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, la formulación de críticas hacia los representantes de una institución o titulares de un cargo público, por desabridas, acres o inquietantes que puedan resultar no son más que reflejo de la participación política de los ciudadanos y son inmunes a restricciones por parte del poder público. Sin embargo, esa inmunidad no resulta predicable cuando lo expresado, aun de forma simbólica, solamente trasluce ultraje o vejación".

Puntualiza, seguidamente la Sentencia que "De ahí, precisamente, la importancia de calibrar el significado de la conducta llevada a cabo por los demandantes, a fin de determinar si dicho comportamiento expresa un pensamiento crítico contra la Monarquía y los Reyes, -si bien exteriorizado a través de una puesta en escena caracterizada por la aspereza y la acritud- que merece la protección constitucional que brinda el art. 20.1 a) CE o, por el contrario, se trata de un acto que incita a la violencia o al odio hacia la Corona y la persona del monarca, instrumentado mediante una liturgia truculenta".

Insiste el TC en la necesidad 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". Añade que "no es jurídicamente indiferente manifestar la protesta o el sentimiento crítico utilizando medios o instrumentos inocuos para la seguridad y dignidad de las personas, que hacerlo incitando a la violencia o al menosprecio de las personas que integran la institución simbolizada o sirviéndose del lenguaje del odio".

Declara la mencionada STC 177/2105 que la escenificación del acto simbólico de poner boca abajo la fotografía de los Reyes y prenderle fuego entre aplausos generales de los asistentes traslada a quien visiona la grabación videográfica la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados, sin que deba dejar de advertirse además que el lóbrego acto provoca un mayor impacto en una sociedad democrática, como la española, que de forma expresa excluye en su Constitución la pena de muerte.

Concluye así el TC que "Quemar en público, en las circunstancias descritas, la fotografía o la imagen de una persona comporta una incitación a la violencia contra la persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza". "En definitiva, quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio".

Subraya además el TC las diferencias entre el supuesto que enjuicia y el que dio lugar a la STEDH, de 15 de marzo de 2011 (caso Otegui c. España), en el que el referido Tribunal consideró que la conducta del recurrente estaba amparada por el derecho a la libertad de expresión.

Así señala que los recurrentes en amparo no eran representantes electos, ni formaban parte de ningún grupo parlamentario, que tampoco concurren las singulares circunstancias especialmente valoradas en la Sentencia citada, acerca del contexto en que se produjeron las declaraciones del entonces demandante (sospecha de torturas con motivo del cierre del diario «Egunkaria»), que en aquel supuesto el recurrente expresó su opinión sobre un asunto sujeto al debate político, y sus manifestaciones, en palabras del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, venían referidas a una cuestión de interés público en el País Vasco aunque fueran expuestas de manera provocativa y exagerada.

Razona el TC que "Sin embargo, en el presente caso no concurre ninguna de las circunstancias indicadas, ni ninguna otra de similar naturaleza que permita reconducir la quema de los retratos al contexto de crítica política que los demandantes invocan. Por tanto, la acción merecedora de reproche penal ha de ser valorada conforme a su naturaleza intrínseca, es decir, como una muestra de exclusión de quienes los recurrentes identifican con la Corona. En estas condiciones, debemos concluir que la vertiente expresiva de la acción queda extramuros del legítimo ejercicio del derecho consagrado en el art. 20.1 a) CE ". "En suma, pues, la condena penal carece del proscrito efecto disuasorio respecto de la exteriorización de un determinado credo político en torno a la institución monárquica o, más concretamente, respecto de la figura del Rey, ya que tal condena se anuda, exclusivamente, al tratamiento de incitación al odio y a la exclusión de un sector de la población mediante el acto de que fueron objeto los retratos oficiales de los Reyes".



Señala igualmente el TC la necesidad de advertir "sobre el riesgo evidente de que el público presente percibiera la conducta de los recurrentes como una incitación a la violencia y el odio hacia la Monarquía y hacia quienes la representan. Aunque no consta que se produjeran incidentes de orden público, la connotación destructiva que comporta la quema de la fotografía de los Reyes es innegable y, por ello, tal acción pudo suscitar entre los presentes reacciones violentas e «incompatibles con un clima social sereno y minar la confianza en las instituciones democráticas» (STEDH de 16 de julio de 2009 (TEDH 1999, 28) caso Feret c. Bélgica § 77), o, en fin, avivar el sentimiento de desprecio o incluso de odio hacia los Reyes y la institución que representan, exponiendo a SS.MM. «a un posible riesgo de violencia» (STEDH de 8 de julio de 1999, caso Sürek c. Turquía § 62), pues, como ha advertido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo» (STEDH de 16 de julio de 2009 (TEDH 2009, 82) caso Feret c. Bélgica § 73)."

Desde dicha perspectiva han de ser analizadas las frases contenidas en las canciones del acusado.

El acusado en sus temas, cantados en recitales y publicados en abierto en varias redes sociales, en las que se registraron más de cinco mil descargas, entre otras menciones, imputa a D. Mario de Jacobo que "para hacer de diana utilizaba a su hermano"; que "ahora sus hermanastros son los árabes y les pide dineritos para comprar armas" y que pertenecía a los GAL, conductas que revestirían los caracteres de delito.

Por otro lado, vierte afirmaciones injuriosas contra el Rey y otros miembros de la Familia Real directamente atentatorias contra su dignidad personal. Entre otras, le atribuye "ir de putas"; indica que "los derechos humanos se los pasa por "los cojones", que "no es democrático, que es un dictador enmascarado"; que "le hacen hacer la cama y fregar los platos y que mientras Doña Adela en un yate follando". llama al Rey "hijo de puta" y califica de "puta" y "analfabeta" a la infanta Claudia .

Todas esas expresiones, en terminología del TEDH, constituyen un "ataque personal gratuito a su reputación como persona", "afectan a los aspectos íntimos de la vida privada del monarca" y de su familia, "atacan a su honorabilidad personal" y obviamente no son necesarios para criticar el sistema monárquico ni para defender la República.

Por otro lado, se vierten reiteradamente en las canciones amenazas, tales como "un día ocuparemos Marivent con un kalasnikof"; "encontrándonos en el palacio del Jacobo , kalashnikov". Se reitera la frase "Burgués, ni tu ni nadie me harán cambiar de opinión cabrón... seguir el acto de fusilar al Jacobo " .

Dichas frases incitan claramente a la violencia y constituyen un discurso de odio, al igual que otras, como las relativas a que "el Rey tiene una cita en la plaza del pueblo, una soga al cuello y que le caiga el peso de la ley"; " Adela en una moneda pero fusilada" "puta policía, puta monarquía, a ver si ETA pone una bomba y explota"; "por qué no se fractura la cabeza y no la cadera"; "si no secuestraremos al capitán del Concordia para que coja el Fortuna y se pegue una ostia"; " Eladio , Carlos Manuel (suenan disparos), bah, ya no, ahora toca a Mario . La OTAN no bombardeará la Zarzuela, no....aquí lo único que explotan son los trabajadores".

En dicho contexto añade menciones relativas a la Guerra Civil: "Mi puta lengua envenena la fuente de la que bebéis, si contagia la rabia resurgida del treinta y seis"; "mi ansia aumenta cada vez que reprimen comunistas y vuelan mis ganas de entrar en la guerrilla, así que, que sigan que sigan y el próximo Paracuellos será en mi puta isla".

Considera esta Sala que ese gran número de expresiones, no aisladas sino muy reiteradas, exceden de la crítica política y se introducen en el campo del atentado contra la dignidad personal, en el de la imputación de delitos, en el de las amenazas de muerte, en el de la incitación a la violencia y en el discurso del odio; no pudiendo considerarse amparadas por la libertad de expresión, ni por lo que el acusado considera "creación artística"; constituyendo el delito de calumnias e injurias graves previsto en el art. 490.3 CP .

TERCERO.- Los hechos referidos al acusador particular constituyen un delito de amenazas no condicionales del art. 169. 2 CP vigente en la fecha de comisión.

En efecto, en la canción publicada por el acusado en diversas redes sociales titulada "Circo Balear", dirigida contra D. Pelayo , presidente del Círculo Balear, se contienen, entre otras, las siguientes menciones: " Pelayo merece una bomba de destrucción nuclear"; "queremos la muerte para estos cerdos"; "llegaremos a la nuez de tu cuello, cabrón, encontrándonos en el palacio del Jacobo , kalashnikov"; "le arrancaré la arteria y todo lo que haga falta"; "queremos la muerte para todos estos cerdos".

En dicho texto se incluyen reiteradas amenazas de muerte dirigidas nominativamente contra el Presidente del Círculo Balear, Pelayo , e innominadamente contra otros posibles miembros del Círculo o personas a las que se considera de la misma ideología.



A este respecto la defensa invocó que las amenazas no podían considerarse como verosímiles, dado que el acusado no podía disponer de una bomba de destrucción nuclear; invocando el acusado que se ha cruzado con el acusador particular y nunca le ha hecho nada.

A este respecto se ha de tener en consideración que, como apunta, entre otras la STS 609/2014 de 23 septiembre, el delito de amenazas no exige un ánimo específico distinto del dolo genérico. Basta con que quien vierte las expresiones conozca su contenido intimidatorio y su idoneidad para ocasionar temor o zozobra en otra persona. Añade la mencionada sentencia que "el significado de las expresiones solo puede ser captado contextualmente. No se trata de analizarlas aisladamente, como en un laboratorio lingüístico, sino de calibrar cómo había de interpretarse la persona a la que iban dirigidas, proviniendo de quien las profería y teniendo en cuenta todas las circunstancias (antecedentes y concomitantes)". Así señala la resolución que no puede prescindirse del contexto y, en concreto de episodios previos o de otros mensajes emitidos por el mismo acusado, a la luz de los cuales hay que interpretar las concisas o incluso a veces confusas frases si se contemplan en sí mismas.

Puntualiza la STS 609/2014 que "el lenguaje no está constituido solo por palabras. Está formado por palabras en un contexto y en un entorno; y en el lenguaje verbal (éste no es el caso) también por gestos, entonación, expresiones...". Razona también la sentencia que, para analizar el acierto de la subsunción jurídica de las frases proferidas en el delito de amenazas, se ha contextualizar las expresiones e indagar en el entorno concreto su idoneidad para considerarse creíbles, no en el sentido de que el acusado estuviese decidido a llevar a cabo los propósitos exteriorizados, lo que no es requisito de las amenazas, ni de que la víctima considerase factible o probable que se materializasen esas amenazas; lo que se exige es que la víctima perciba las amenazas como reales, es decir, como manifestación de que el emisor quiere amedrentarle, más allá de que se pueda sentir más o menos atemorizada o incluso nada atemorizada por esas expresiones"; aclarando el TS en dicha resolución que el delito de amenazas no es de resultado: no exige un efectivo amedrentamiento de la víctima.

En el caso enjuiciado la seriedad de las amenazas no queda excluida por el hecho de que el acusado no dispusiere de la bomba de destrucción masiva que anuncia en la canción dirigida contra el Circulo Balear y en concreto contra su presidente. La citada mención de la bomba, no puede valorarse aisladamente. En el propio texto se dice reiteradamente que "queremos la muerte para estos cerdos"; "queremos la muerte para todos estos cerdos"; siendo obvio que dicho resultado puede lograrse por otros muchos medios, como son los enunciados en la letra, que recoge otras posibles formas comisivas, a saber, "llegaremos a la nuez de tu cuello", "le arrancaré la arteria y todo lo que haga falta".

Por otro lado, no cabe olvidar los episodios previos que dieron lugar a la publicación, reconocidos por el propio acusado, y evidenciados por la publicación de la canción a través de Internet con un video clip en el que aparece una imagen del amenazado Sr. Pelayo durante la celebración de un juicio, en el que fue testigo y denunciante, por otras amenazas sufridas por el mismo y en el que recayó sentencia condenatoria contra varios integrantes del grupo "Maulets".

El acusado admitió que confeccionó la canción precisamente en respuesta a la referida condena de los miembros de los "maulets" entre los que dijo tener amigos; añadiendo que, a su vez, estos se solidarizaron con él una vez que se abrieron las Diligencias que han dado lugar a la presente causa.

Incluso en la letra de la canción se emplean verbos utilizando el plural ("queremos la muerte para estos cerdos", "llegaremos a la nuez de tu cuello"...), lo que apunta que el autor de la canción refería la posible causación del mal que anunciaba tanto a sí mismo como a otros, que podían lógicamente interpretarse como miembros del colectivo "Maulets", en relación con cuya condena se compuso y publicó el tema "Circo Balear".

Por otro lado, de la testifical del agente de la Policía que depuso en el Plenario se infiere el contexto en el que se produjo la publicación; habiendo el mismo relatado que el Circulo Balear y su presidente habían sufrido diversos ataques por parte de grupos independentistas radicales con los que, según investigaron, tenía relación el acusado.

Dicho contexto fue igualmente relatado por el denunciante que indicó haber sufrido roturas de cristales en su despacho, daños e intentos de agresión; refiriendo que no podía ir libremente por Mallorca y que las Fuerzas de Seguridad le advirtieron de que corría peligro.

Finalmente, es de indicar que, además de la canción dirigida contra el denunciante y el Círculo Balear, el autor de la misma publicó otras muchas a las que se ha hecho precedente referencia, las cuales tienen un fuerte contenido amenazante para integrantes de diversas Instituciones del Estado Central y Autonómico y numerosos políticos y un claro tenor de laudatorio de organizaciones terroristas, sus acciones violentas y de sus integrantes, a los que califica en varias ocasiones como compañeros; solicitando incluso la reproducción



de acciones terroristas. Contienen las mismas, al igual que la dirigida contra el acusador particular, una clara incitación a la violencia; enmarcándose en el mencionado discurso de odio, antes aludido.

En tales circunstancias, no cabe discutir que el acusado, aunque dijera que no pretendía amenazar, no podía ignorar el contenido intimidatorio del texto de su canción y su idoneidad para ocasionar temor o zozobra en las personas contra las que se dirigía; no siendo necesario que se propusiera llevar a cabo el mal anunciado, ni que la víctima considerase factible o probable que se materializaran esas amenazas, lo que, como se ha apuntado, no es requisito de las amenazas.

Atendidos los antecedentes del hecho y las circunstancias concurrentes, la víctima percibió las amenazas como reales, en los términos referidos en la STS 609/2014, "como manifestación de que el emisor quiere amedrentarle", por lo que resultan incardinables en el delito mencionado.

CUARTO.- De los mencionados delitos es responsable en concepto de autor el acusado, por haber ejecutado voluntaria, directa y materialmente los hechos que lo constituyen, convicción a la que llega esta Sala a la vista de la documental unida al expediente, en la que aparecen las letras de las canciones publicadas e imágenes de los videoclip capturados, de las manifestaciones del acusado y de las declaraciones testificales practicadas en el juicio.

El acusado fue interrogado en el plenario y reconoció que compone canciones con el nombre de Pirata, que las que se contienen en los escritos de calificación son suyas, al igual que las letras. Admitió haberlas publicado en abierto en varias redes sociales y ser la persona que gestionaba el perfil y las cuentas a través de las cuales se publicaron. Admitió que sabía que cualquiera puede descargarlas por Internet. Reconoció también que actúa en espectáculos públicos y canta los temas mencionados. Admitió ser autor de la totalidad de las frases recogidas en el factum. Indicó que "son metáforas" y que lo que quiere es provocar, como todo arte; que se considera poeta, artista.

Respecto de las víctimas del terrorismo mencionadas en sus canciones reconoció conocer dicha condición. Igualmente afirmó saber que los terroristas que menciona en sus letras son miembros de ETA.

En cuanto a las frases proferidas en sus canciones contra el Rey, los miembros de la Familia Real y la Monarquía reconoció también su autoría y dijo que lo que quería era también "provocar". Relató que desde La Tuerca, programa liderado por Francisco, le propusieron hacer una canción rapera y le pidieron un tema sobre la Monarquía por ser el día de la República y que la canción sigue en la red y nadie la ha retirado.

Respecto de las frases contenidas en la canción titulada Circo Balear, dirigida contra Pelayo, presidente del Círculo Balear, igualmente reconoció su autoría, aunque indicó que no pretendía amenazarlo. Dijo tener amigos entre los Maulets, que se enteró de que en 2011 fueron condenados por amenazar al Sr. Pelayo y que entonces decidió publicar el disco. Adveró que igualmente dichos colectivos se solidarizaron con él tras la denuncia; añadiendo que Maulets es un grupo legal.

Reconoció la foto tomada en la Sala de vistas el día del juicio celebrado por las amenazas vertidas por los citados "maulets", en cuya imagen aparece el denunciante. Indicó que no la colgó él personalmente pero admitió que sabía que figuraba en el video clip de su canción.

Adveró igualmente que conoció la existencia de pintadas con balas de plata a las que alude en sus canciones.

De otro lado, declaró como testigo en el plenario Pelayo, que aseveró que el acusado formuló amenazas de muerte contra su persona; que en su canción el denunciado le amenazó con matarle y ponerle una bomba; que el origen de la canción fue un juicio previo en el que él denunció a los independentistas de Maulets que le amenazaron y que fueron condenados. Añadió que ha sufrido roturas de cristales de su despacho, amenazas e intentos de agresión; que no puede ir a determinadas zonas de Mallorca ni hacer vida normal con su familia; que la Policía Nacional y la Guardia Civil le dicen que corre peligro. Indicó que él es el presidente de la Fundación Círculo Balear, que es una asociación cívica cultural, que defiende el régimen constitucional y que propugna, entre otros postulados la ayuda a víctimas del terrorismo y que por ello los independentistas no le dejan vivir en paz.

Prestó también declaración el agente de la Policía Nacional con carnet profesional número NUM002, que actuó como instructor de la investigación. Refirió que esta se inició a raíz de la denuncia formulada Pelayo; que a raíz de la misma investigaron y descubrieron muchas canciones contra la Casa Real y a favor del terrorismo; que estas están alojadas en distintos Servidores de Internet y en páginas del acusado en Facebook, Myspace, HHGroups y YouTube. Relató las acciones anteriores contra el denunciante llevadas a cabo por grupos independentistas radicales y la vinculación con los mismos del acusado, a raíz de lo cual este publicó la canción que dio origen a la denuncia. Indicó que las letras ponían en peligro a las personas contra las que



se dirigen porque incitan a la violencia. Apuntó que cuando se cerró la investigación policial había habido unas cinco mil descargas de los dos discos y que después habría más.

De dichas pruebas se infiere sin género de dudas la autoría del acusado de los hechos constitutivos de los delitos por los que se dirige la acusación, a cuya comisión no obstan las alegaciones del mismo relativas a que se considera un artista y un poeta y a que las letras eran metáforas, de que pretendía "provocar", como toda manifestación artística. Tampoco quedan amparadas las conductas por el concreto género musical al que se adscriben las canciones y en contexto socio temporal en que surgió, ni por el invocado carácter satírico, de mera hipérbole o crítica inmoderada contra instituciones políticas invocada por la defensa. Tales alegatos no excluyen el indudable contenido objetivo de aquellas ni el dolo exigido para el perfeccionamiento de los tipos.

Por otro lado, es de destacar que del propio contenido de las letras de las canciones se evidencia que el acusado era plenamente conocedor de la ilicitud de su conducta.

En alguna de sus canciones vierte frases como las siguientes: "No callaré"; "pondré cojones, aunque quieran criminalizar mis emociones, soy fuerte y lucharé"; "no pienso aflojar, lucharé hasta el final"; "elijo el camino que me lleva a las cadenas, porque antes como trena que vender a la clase obrera". Llega a afirmar: "Me la suda si la Audiencia Nacional me condena".

Finalmente, es de recordar que son reiteradas las resoluciones del TS que rechazan argumentos semejantes a los vertidos por el acusado y la defensa, entre otras las SsTS 820/2016 de 2 noviembre y 4/2017 de 18 de enero, reiteradamente analizadas en fundamentos precedentes.

QUINTO. - No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que, a tenor de lo normado en el art. 66.6º C. P., el Tribunal podrá imponer las penas en la extensión que estime conveniente, en atención a la personalidad del culpable y a la mayor o menor gravedad de los hechos.

Respecto del delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas, considerado, de un lado, el medio elegido para la publicación de los mensajes en varias redes sociales y la difusión alcanzada, de otro, el gran número y reiteración en el tiempo de los mensajes, la grave incitación al odio y la violencia que los mismos comportan y finalmente el hecho de que las numerosísimas expresiones difundidas abarcan las dos figuras contenidas en el tipo, a saber, enaltecimiento del terrorismo y de sus autores y menosprecio y humillación a una pluralidad de víctimas, se estima proporcionada la pena de dos años, solicitada tanto por el Ministerio Fiscal como por la Acusación Particular; procediendo imponer además la de inhabilitación absoluta por ocho años, en aplicación del art. 579.2 CP.

Respecto del delito de calumnias e injurias graves al Rey y otros miembros de la Familia Real, atendiendo a la pluralidad de ofensas proferidas, al contenido de las mismas, tanto de ataque innecesario a la dignidad personal, como de calumnia, amenaza e incitación al odio y a la violencia, a que se dirigieron contra el Rey, contra la Reina y contra algunos de sus descendientes, se estima proporcionada la pena de un año de prisión, que se mantiene dentro de la mitad inferior de la prevista para el delito.

Respecto del delito de amenazas, atendido que la naturaleza y circunstancias en que se produjeron las mismas ya han sido consideradas para la tipificación de las conductas, la Sala no estima méritos para establecer una pena superior al mínimo legalmente establecido, a saber, seis meses de prisión.

SEXTO.- Todo declarado criminalmente responsable de un ilícito penal lo será también civilmente en los términos prevenidos en los arts. 109 y siguientes del C.P.; fijándose en el presente caso el importe de la indemnización por responsabilidad civil a favor del perjudicado por las amenazas en la suma de tres mil euros solicitados, que se estima ajustada a los daños morales producidos, atendido el grado de temor y zozobra que para el amenazado debieron suponer las amenazas recibidas y a la afectación de su vida personal y familiar.

SÉPTIMO.- Procede imponer al condenado el pago de las costas procesales, en virtud de lo dispuesto en los arts. 123 C.P. y 239 y ss. de la L.E.Cr ..

Respecto de las costas de la Acusación Particular, no habiéndose interesado por el Ministerio Fiscal ni por dicha acusación la inclusión de las mismas, siendo reiterada la doctrina del TS que declara que, en ausencia de petición y tratándose de una pretensión propia de justicia rogada y afectante al principio dispositivo, el Tribunal no puede pronunciarse sobre la misma, porque no se le ha dado al acusado la posibilidad de defenderse de aquella, STS 446/2016 de 25 de mayo, que glosa las SS.T.S. 560/2002 de 27 de marzo; 744/2002 de 23 de abril; 1571/2003 de 25 de noviembre; 911/2006 de 2 de octubre; 37/2006 de 25 de enero; 135/2011 de 15 de marzo; 1338/2011 de 12 de diciembre; 1455/2004 de 13 de diciembre; 755/2012 de 10 de octubre y 774/2012 de 25 de octubre.

FALLAMOS



Que debemos condenar y condenamos a Blas , en concepto de autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo y de sus autores y de humillación a Las víctimas, previsto y penado en los arts. 578 y 579 CP vigente en la fecha de comisión, de un delito de calumnias e injurias graves a la Corona del art. 490.3 CP y de un delito de amenazas no condicionales del art. 169.2 CP C.P ., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de dos años de prisión e inhabilitación absoluta durante ocho años, por el primer delito; un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el segundo delito y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el tercero de los delitos mencionados y a indemnizar a Pelayo , en concepto de responsabilidad dimanante del delito de amenazas, en la suma de tres mil euros. Imponemos al condenado las costas procesales, sin inclusión de las de la Acusación Particular. Reclámese del Juzgado Instructor la urgente emisión de la pieza de responsabilidad civil debidamente concluida.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Doña CONCEPCIÓN ESPEJEL JORQUERA estando la misma celebrando Audiencia Pública en el día de su fecha, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEJPOJ