



Roj: **STS 350/2019 - ECLI:ES:TS:2019:350**

Id Cendoj: **28079120012019100113**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/02/2019**

Nº de Recurso: **1916/2018**

Nº de Resolución: **47/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2464/2018,**
STS 350/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 47/2019

Fecha de sentencia: 04/02/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1916/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/01/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

Procedencia: Audiencia Nacional

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1916/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 47/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet



D^a. Susana Polo Garcia

En Madrid, a 4 de febrero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por las representaciones legales de los encausados **DON Fructuoso y DON Gabriel**, contra Sentencia núm. 1/2018, de 21 de mayo de 2018 de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional dictada en el recurso de apelación 2/2018 contra Sentencia núm. 10/2018 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictada en el Rollo de Sala 18/2016, dimanante del Sumario 13/2016 del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, seguido por delito de integración en organización terrorista contra Fructuoso e Gabriel. Los Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido partes en el presente procedimiento el Ministerio Fiscal, como recurrentes Don Fructuoso representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Alicia Porta Campbell y defendido por la Letrada Doña María Virginia Alonso Álvarez y Don Gabriel representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Marta Saint-Aubin Alonso y defendido por el Letrado Don José Ángel Pérez Tomás; y como recurrida la Asociación de Víctimas el Terrorismo representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Esperanza Alvaro Mateo y defendida por la Letrada Doña Carmen Ladrón de Guevara Pascual.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 3 instruyó Sumario núm. 13/2016 por delito de integración en organización terrorista contra **DON Fructuoso y DON Gabriel**, y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que con fecha 9 de marzo de 2018 dictó Sentencia núm. 10/2018, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

<<PRIMERO.- Fructuoso e Gabriel, han sido objeto desde, al menos el primero desde junio de 2014, de un amplio seguimiento policial de su actividad en las redes sociales que operan en internet, por tenerlos como sospechosos de integración en la organización terrorista de carácter jihadistas "Estado Islámico", dado el alto nivel de radicalización que ambos mostraban en los contenidos laudatorios de la Jihad violenta y de diversos grupos, organizaciones y personajes terroristas que continuamente publicaban y renovaban en las redes, especialmente en sus sucesivos perfiles Facebook, a través de los que compartían con otras personas, habiendo interactuado ambos en las redes en alguna contada ocasión, sin que conste que más allá de esto tuvieran entre ellos alguna relación o contacto personal, telefónico o por correo electrónico y ni tan siquiera se conocieran personalmente o incluso que conocieran sus identidades reales detrás de los apelativos o nombres de los indicados perfiles.

La actividad descrita realizada por ambos acusados en las plataformas digitales se extendió durante todo el periodo de vigilancia policial, en el periodo comprendido entre junio de 2014 y hasta la fecha de su detención, el 19 de noviembre de 2016. Durante dicho tiempo se controlaron por la policía actuante sus comunicaciones telefónicas y la de sus parientes cercanos, fueron también objeto de seguimiento policiales personales, además de registros domiciliarios en donde se incautaron sus teléfonos móviles de uso personal, que fueron los dispositivos electrónicos con los que se conectaban a internet y llevaban a cabo su actividad en las redes sociales, además de diversos dispositivos de memoria digital legibles en dichos dispositivos móviles. También se incautaron en el caso de Fructuoso otros teléfonos móviles.

En ambos casos, en el análisis pericial de dichas memorias, en las internas de los teléfonos y en el seguimiento de las páginas por las que habían navegado, se determinó que dichos dispositivos electrónicos servían de repositorios de cuantiosa información de carácter jihadistas de la que disponían los dos acusados consistente en imágenes solas de personas, soldados y situaciones bélicas, imágenes con leyendas, videos, grabaciones sonoras, textos, etc., de las que alimentaban sus perfiles en las redes sociales de la manera que luego se dirá.

Sin embargo, fuera de esta actividad de abundante almacenaje y consumo propio de información de carácter jihadistas radical y violenta y de la inclusión de alguno de ese material (imágenes, videos, composiciones), su muestra, difusión, propagación, confección de comentarios e intercambio de información, todo ellos con indudable carácter laudatorio de las actividades de organizaciones, significados y personajes terroristas del Estado Islámico y de otros, en redes sociales abiertas, accesibles por ello a otras personas, singularmente Facebook, no consta de ninguna manera, tampoco del examen de los dispositivos de almacenaje de información digital que poseían, que tuvieran alguna clase de implicación en las actividades de organizaciones terroristas, ni relación con ellas, ni con sus miembros o integrantes, ni que tampoco tuvieran ninguna intención ulterior de colaborar o participar en sus actividades, viajar a territorios en conflicto, ni en la realización de ningún

acto o actividad de carácter terrorista, ni estuvieran obteniendo información para dichos fines, ni para formarse ni capacitarse en tal sentido, o que con sus publicaciones pretendieran o buscaran contribuir o contribuyeran de hecho a reclutar, formar o capacitar a otras personas para actividades terroristas o para su integración en grupos terroristas de carácterihadista.

SEGUNDO.- Así, por lo que respecta a Fructuoso , éste abrió sucesivamente varios perfiles en Facebook con las denominaciones DIRECCION000 , DIRECCION001 , DIRECCION002 (en letra árabe), siéndoles cerrados por razón de sus contenidos por los administradores de la red social siguiendo sus políticas de vigilancia sobre contenidos admisibles.

Sin carácter exhaustivo, como actividad significativa de su actividad en dichas redes se dan por acreditadas las siguientes:

En la página inicial DIRECCION004 con la numeración ID NUM000 , clausurada el 28-11-2015, se reproduce la bandera de la Jihad utilizada por el autodenominado Estado Islámico, con la inscripción en árabe *"No hay más divinidad que Allah y Mahoma es su profeta. Estado Islámico en Irak y Levante"*..- y una foto de portada en la que se observa a varios combatientesihadistas armados.

El día 23 de octubre de 2014, en este perfil personal de Facebook aparecen varias actuaciones. Se incorpora una imagen con un texto en árabe "Allah es grande", junto con una fotografía en la que se observa aihadistas subidos en varios vehículos portando banderas del autodenominado Estado Islámico. En esa misma fecha, incluyó también en el referido perfil un vínculo a una dirección de la plataforma Youtube donde se accedía a un vídeo titulado Estado Islámico en Irak y Levante en el corazón de Kobane, realizado y difundido por la agencia de noticias Aamaq, y otra imagen simbólica de jinetesihadistas del Estado Islámico enfrentándose con soldados de países occidentales, en la que aparece escrito:

"El Estado Islámico se acerca a la gran batalla en el Sham contra los cristianos de Europa>>.

El día 1 de noviembre de 2014, en el mismo perfil se incorpora una imagen publicitaria donde se facilitaba información para adquirir camisetas con el anagrama del Estado Islámico a través de un teléfono móvil de Australia.

El día 8 de noviembre de 2014, aparece escrito el comentario en árabe "El Estado Islámico permanecerá con la voluntad de Allah", encima de una imagen en la que se observa a un grupo de combatientes del Estado Islámico con frases laudatorias dentro de la composición.

El día 8 de diciembre de 2014, a través del mismo perfil publicó tres fotografías representativas y alegóricas del Estado Islámico con banderas y una persona representativa de dicho grupo terrorista.

El día 5 de enero de 2015, una sucesión de tres fotografías que muestran varios grupos de combatientes identificables por las banderas y por el texto como del Estado Islámico en distintos escenarios.

El día 18.03.2015 Fructuoso abre otra cuenta, a través del teléfono + NUM001 usado por él, con la misma denominación, " DIRECCION004 ", esta vez con la numeración ID NUM002 , registrada en la dirección URL facebook. DIRECCION003 , que pasa a denominarse posteriormente DIRECCION001 , con la misma numeración ID NUM002 , y fue clausurada el día 08.03.2016. Fructuoso utiliza igualmente el perfil denominado DIRECCION001 , en la cuenta registrada en la con NUM003 , registrado el día 02-08-2015 la dirección URL numeración ID a través del teléfono+ NUM004 del que era usuario, siendo clausurada el día 24.02.2016.

En esta otra cuenta se siguen publicando la misma clase de contenidos. La imagen biográfica de esta cuenta contiene una imagen fotográfica que se atribuye al líder del Estado Islámico Augusto y la leyenda en árabe *"Extraños son los libres en un mundo de esclavos"*.

También abrió el perfil DIRECCION001 ubicado en la dirección URL con la ID: NUM005 en el que se publican contenidos semejantes a los que se vienen describiendo.

El día 30 de enero de 2015, en este nuevo perfil personal, Fructuoso publica una imagen en la que se observa la bandera del Estado Islámico y una leyenda en árabe cuya traducción es "El Estado Islámico se instauró gracias a la sangre de los muyahidin sinceros". En la parte superior derecha aparece impreso el logotipo de Al Hayat Media Center.

El día 2 de febrero de 2015 también en su perfil DIRECCION004 , Fructuoso incluyó un vídeo difundido en la plataforma Youtube, titular en inglés <<De ISIS hasta llegar al Estado Islámico: Dentro del Califato, trailer", que consiste en un documental realizado en la ciudad siria de Raqqa por el canal de noticias digital Vice News sobre el Estado Islámico, que recoge los juramentos de lealtad de los combatientes europeos al grupo yihadista, el adoctrinamiento al que someten a los niños, la implantación de la nueva policía de la Sharía y la instauración

de tribunales y prisiones. En relación con este vídeo Fructuoso escribió el comentario "Permanecerá con la voluntad de Allah".

El 7 de junio de 2015, en el mismo perfil publicó una fotografía con dos imágenes de Bin Laden, además de una bandera con la leyenda: "No hay más divinidad que Allah y, Mahoma es su profeta" y una inscripción en árabe que decía: "Adiós, ¡Oh héroe!". En referencia a esta fotografía, Fructuoso escribió el comentario en árabe: "Misericordia de Allah para ti, ¡Oh, león de Allah!".

El día 20 de diciembre de 2015, en un grupo público denominado Tabi3ath, a través de su perfil DIRECCION004 , difundió una imagen en la que se observaba a un yihadista con un megáfono diciendo en árabe: "Permanecerá, permanecerá, permanecerá" (en referencia al Estado Islámico), mientras varias personas occidentales huyen corriendo, generándose un debate en el que Fructuoso , frente a las críticas afirmaba la pertenencia a Allah del Estado Islámico y que no era terrorista.

El día 31 de enero de 2016, Fructuoso actualizó su foto del perfil DIRECCION004 , incluyendo una del líder militar de origen checheno, Alonso , alias Augusto , perteneciente al Estado Islámico, imagen que también utilizó en su perfil Whatsapp tras la muerte de éste.

El 26 de mayo de 2016, en su perfil personal DIRECCION001 escribió en su perfil en árabe: "Tienes a Allah, ¡Oh Faluya!", acompañado de una imagen con varios combatientes del Estado Islámico disparando sus fusiles junto al texto en árabe: "Al Faluya, con la resistencia de los muyahidines y su lucha en el campo de batalla será el cementerio de los nietos de los zoroastras, con el permiso de Al/ah>", en clara alabanza a la resistencia de los muyahidines del EI que se defienden en la ciudad de Faluya (Iraq), bajo control de la organización terrorista, de una ofensiva protagonizada por el ejército iraquí en esa fecha para recuperar ese enclave estratégico.

El 11 de julio de 2016, en su perfil personal DIRECCION001 escribió: "Oh Allah, que dé la victoria a los muyahidines en Irak y Sham, Palestina y Afganistán", como comentario a la publicación en la cadena de televisión Al Jazeera de la etiqueta 'Va a seguir el hijo de Bin Laden, los pasos de su padre?.

El 13 de julio de 2016, escribió en su perfil personal DIRECCION001 : "Que Allah lo acepte con los mártires", junto con una imagen del referido dirigente del Estado Islámico Augusto , y el texto laudatorio: "Cuando se va un líder nuestro, se eleva, detrás de él deja nobleza y un caballo. La lucha para los honrados no tiene motivos. El profeta dijo que ojala se repitiese la lucha". El 14 de julio de 2016 siguiente escribió en el mismo sentido: "Martirio del héroe Augusto , que Allah lo acepte", junto con una nueva imagen y el texto:

"Se ha marchado el mártir, mis lágrimas para ti ¡Oh mártir! Te has ido antes que yo y me has dejado solo, pero todavía sigo vuestro camino de la Yihad y no hay marcha atrás. #Martirio_del cheij OmaLAISHisani".

El 30 de agosto de 2016, publicó en su perfil personal DIRECCION001 una fotografía del dirigente y portavoz del Estado Islámico Florian , conocido como Sheij Hermenegildo , empuñando un fusil con el comentario: "La muerte del Sheij Hermenegildo , que Dios le acepte" y, posteriormente, en el debate suscitado tras la publicación realiza alegatos de alabanza considerándolo un "mártir, un mujahidin que ha gastado su vida haciendo la yihad por Allah".

El día 7 de septiembre de 2016 en su perfil personal DIRECCION001 en el curso de un debate publicó una composición fotográfica de varios líderes yihadistas del EI con el comentario en árabe: "La victoria vendrá de la mano del Emir de los creyentes Maximiliano , que Allah le proteja", en clara loa de este líder y autoproclamado califa de la organización yihadista Estado Islámico.

El día 17 de octubre de 2016, publicó una fotografía representativa de la ciudad de Mosul bajo el control del EI y superimpreso el lema: Mi querida Mosul y respecto de la que escribió mensaje en árabe: "Mosul, cementerio de los rafidfes y de los herejes" refiriéndose a quienes intentan liberar esa ciudad del control del EI.

Al día siguiente continuó con el mensaje en lengua árabe: "#Mosul no se inclinará, con el permiso de Allah", que suscitó un debate en el que participaron simpatizantes del EI, participando en ellos Fructuoso , quien afirmó que el EI no perdería la ciudad "porque ahí hay hombres que no temen a la muerte, como el enemigo que ama la vida".

TERCERO. - En que respecta a Gabriel , ha utilizado los perfiles de FACEBOOK DIRECCION005 y DIRECCION006 .

La primera denominación asignada por Gabriel al perfil registrado en la red social Facebook con la numeración ID NUM006 fue el nombre traducido del árabe Luis Francisco , al que añadió también el sobrenombre en árabe Pedro Jesús . Tanto el nombre identificativo del perfil, como las fotografías que aparecen en la imagen biográfica del mismo se corresponden con la figura de Luis Francisco , quien ejerce como portavoz

de las Brigadas de Ezzeldin Al-Qassam (organización catalogada como terroristas por la Unión Europea en su listado).

Igualmente, en su otra cuenta personal de Facebook, denominada DIRECCION005 , registrada en la dirección URL con la numeración ID NUM007 , el acusado también utilizó apodos y fotografías identitarias del grupo armado de Hamas. Como sobrenombre utilizó la denominación en árabe Al Asad Al Muslim Al Qasami cuya traducción es El León Musulmán de las Brigadas Al Qassam, y en su foto de portada incluyó una imagen de Luis Francisco ,acompañado de otros dos terroristas, eligiendo como foto de perfil la imagen de una persona encapuchada con las siguiente frase sobreimpresa *"Mohamed, mensajero de Allah y Marroquí con corazón de palestino"*.

Asimismo, efectuó las siguientes publicaciones en Internet que se tienen por significativas:

El 10 de octubre de 2015, Gabriel con ocasión de la publicación de dos fotografías de combatientes yihadistas fallecidos durante un combate, comentó la primera escribiendo un texto en lengua árabe que decía textualmente: "Dime por Allah, ¡Oh mártir!, ¿Qué has visto para sonreír? La alegría de la foto nos hace dudar de que realmente esté muerto. ¡Oh Allah! Haz que muramos como mártires, yo y todos los que creemos en Allah. La yihad es nuestro camino y la muerte por Allah es nuestro deseo más sublime".

El 3 de diciembre de 2015, en su perfil personal de Facebook denominado DIRECCION005 , escribió un comentario en árabe ensalzando a Primitivo : "Ciertamente, estoy de acuerdo con cualquier persona de que Primitivo es un terrorista!!! Sí, es un terrorista que ha atemorizado a los americanos, atemorizó a los enemigos de Allah y a los semejantes musulmanes hipócritas. Allah dijo: Y no penséis que quienes han caído por Allah hayan muerto. ¡Al contrario! Están vivos y sustentados junto a su Señor, contentos por el favor que Allah les ha hecho y alegres por quienes aún no les han seguido, porque no tienen que temer y no estarán tristes, alegres por una gracia y favor de Allah y porque Allah no deja de remunerar a los creyentes". Corán, 3/ 169. "Que Allah sea misericordioso contigo ¡Oh león de la yihad! y que haga que mores en el paraíso eterno".

El 4 de diciembre de 2015, en el mismo perfil DIRECCION005 difundió la imagen de un combatiente armado con una espada y una pistola enarbolando la bandera del Estado Islámico comentando la imagen con el siguiente texto en árabe: "Que Allah ayude para que nuestros hermanos mujalidin triunfen en toda los lugares de la tierra, que están luchando para subir la bandera del Islam y la palabra de la unicidad (la Sahada)".

En la misma fecha publicó una composición de dos fotografías con un adolescente vistiendo uniformidad militar y armado en compañía de un combatiente yihadista, en el que escribió el texto en árabe: *"El chico más joven de origen marroquí y que está haciendo la yihad en Siria. De la inocencia de Jose Antonio a ser el chico yihadista más joven en Siria"*.

El 6 de diciembre de 2015, en el perfil DIRECCION005 publicó una foto de un niño leyendo el Corán y a su lado un fusil AK47, comentando la imagen con el texto en lengua árabe: "Foto del yihadista más pequeño " checheno" . Un niño pequeño yihadista en Chechenia leyendo el Corán y a su lado su arma, en un bosque de Chechenia".

El 9 de diciembre de 2015, en el mismo perfil DIRECCION005 , el procesado escribió el siguiente comentario en árabe "Allah es nuestro objetivo, el profeta es nuestro guía, el Corán nuestra constitución, la yihad es nuestro camino y la muerte por Allah es nuestro deseo más sublime".

El día 13 de diciembre de 2015, en su perfil de Facebook DIRECCION005 escribió en árabe "¡Oh Allah!, si este Estado gobierna con tu libro y con la sunna de tu profeta y hace la yihad contra tus enemigos, haz que esté firme, dale gloria, dale victoria, dales poder en la tierra y haz que sean un Califato al estilo profético", en clara referencia al Estado Islámico.

El 1 de febrero de 2016, cambió la foto de portada de su perfil DIRECCION005 , incluyendo una imagen de varios combatientes del Estado Islámico desfilando a caballo y en vehículo con su bandera. Interactuaron noventa y tres personas mediante la opción "me gusta" de Facebook, entre ellas Fructuoso , mediante su perfil DIRECCION001 .

El mismo día y en ese mismo perfil personal, difundió una fotografía del combatiente yihadista checheno muerto en 2002 Cayetano , a la que acompaña el texto en árabe: *"Foto#. El héroe mártir Cayetano "*.

También en esa misma fecha, el procesado publicó una foto de Primitivo con el siguiente texto: "Hubo creyentes que se mantuvieron fieles a la alianza concertada con Allah. Algunos de ellos dieron ya su vida. Otros esperan aún, sin mudar su actitud" También interactuó con esta publicación Fructuoso , a través de su perfil DIRECCION001 , alabando la figura del terrorista con este comentario: "Que Allah sea misericordioso con nuestro Cheij Primitivo , y que Allah te acepte entre los mártires".

El día 22 de febrero de 2016, publicó en su perfil personal DIRECCION005 una fotografía en la que aparecían tres combatientes que acompañó de la siguiente cita del Corán: "El profeta Mahoma, con sus seguidores son fuertes sobre los infieles de tanto rezar e inclinar a Allah se le ve el aspecto. Es decir, son lo mismo en la Tora"; y en la Biblia. Los que hacen el bien, Allah - los recompensará". Un total de ochenta y dos personas interactuaron mediante la opción "me gusta", entre ellas Fructuoso , mediante su perfil DIRECCION001 .

En la misma fecha en su perfil personal de Facebook DIRECCION006 publicó la imagen de un combatiente subido en un caballo portando un fusil a la que acompaña el comentario en lengua árabe: "El mejor poema de la Yihad. " Porque he salido, porque soy libre y me siento al dolor de los libres...". Seguidamente, actualizó su foto de portada, incluyendo una imagen del Corán junto a un fusil de asalto AK-47 y la bandera del Estado Islámico.

En esa misma fecha 22 de febrero de 2016 después de los atentados de Bruselas, público en su perfil de Facebook DIRECCION006 , el siguiente texto en árabe:

"Despierta tú que estás adormecido: Hay gente que cuando escucha la palabra de la Yihad o la espada, se precipita al decir que el Islam es la religión de la misericordia, que el Islam es religión de la paz, y piensan que están defendiendo al Islam.

Si una persona tiene dinero en la mano, le dicen eres un ladrón, ¿Qué vas a decir?, ¿Vas a tirar el dinero de la mano? O le vas a decir que no soy un ladrón?, le voy a decir que es mi dinero. El Islam no es religión de paz, ni tampoco de guerra, el Islam es de aplicar lo que nos manda Al/ah y dejar los pecados. Allah nos manda a la Yihad contra los infieles, para que toda la religión sea para Allah. Estaremos en paz en el caso de que los enemigos, estén en paz, si eso es a favor del Islam y de los musulmanes.

El profeta Allah dijo: Mohamed es el profeta de Allah y sus seguidores son fuertes sobre los infieles, y la paz sea entre ellos. La espada del Islam, es la espada de la ley contra la espada de la injusticia. Si no, no estaría el Estado Islámico y no triunfarían los musulmanes sobre los infieles en la tierra, y la tierra se abre con la espada, pero los corazones se abren por los llamamientos, hay una diferencia entre la ética de los llamamientos y la ética de la Yihad. La ética de la Yihad: La Yihad contra los infieles y los hipócritas. La ética del llamamiento: Si sientes la superioridad del corazón, se escapan los de tu alrededor. Lo que quieren los infieles es que dejemos la espada de la ley del derecho que nos protege y luchemos contra ellos con la ley de la injusticia que tienen a mano. El profeta (que la paz sea con él) dijo: Soy profeta de paz y profeta épico.

Allah dijo: Mohamed es el profeta de Allah y sus seguidores son fuertes sobre los infieles, y la paz sea entre ellos. La espada del Islam, es la espada de la ley contra la espada de la injusticia. Si no, no estaría el Estado Islámico y no triunfarían los musulmanes sobre los infieles en la tierra, y la tierra se abre con la espada, pero los corazones se abren por los llamamientos, hay una diferencia entre la ética de los llamamientos y la ética de la Yihad. La ética de la Yihad: La Yihad contra los infieles y los hipócritas. La ética del llamamiento: Si sientes la superioridad del corazón, se escapan los de tu alrededor. Lo que quieren los infieles es que dejemos la espada de la ley del derecho que nos protege y luchemos contra ellos con la ley de la injusticia que tienen a mano".

Ese mismo día 22 de febrero de 2016 de los atentados de Bruselas publica en su perfil DIRECCION005 una imagen de un jinete del Estado Islámico junto a la leyenda "Un día de Dios mejor que toda la vida y lo que está encima de la tierra" a la que añadió la cita: "La definición de Al-Yihad. La yihad en el lenguaje es un derivado de la fuerza y la energía, se dice: Que se ha esforzado como un animal y le puso una carga superior a su capacidad, se puede decir también que se ha esforzado o dado su capacidad"; Fructuoso , mediante su perfil DIRECCION001 , le escribió el siguiente mensaje "La yihad en nuestra época es terrorismo".

SEGUNDO. - La Audiencia de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

<<ABSOLVER a los acusados Fructuoso e Gabriel de los delitos de integración en organización terrorista, adoctrinamiento activo, pasivo y autoadoctrinamiento terrorista, descritos, objeto de acusación.

CONDENAR A Fructuoso e Gabriel por delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas, descrito, a la pena, a cada uno de ellos de DOS AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

Igualmente a la PENA DE MULTA DE DOCE MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE 6 EUROS.

Y a la pena complementaria de INHABILITACIÓN ABSOLUTA E INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA PROFESIÓN U OFICIO EDUCATIVOS EN LOS ÁMBITOS DOCENTE, DEPORTIVO Y DE TIEMPO LIBRE POR 6 AÑOS SUPERIOR A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD IMPUESTA Y LIBERTAD VIGILADA POR TIEMPO DE 5 AÑOS.

COMISO de los efectos utilizados para la ilícita llevada a cabo por ambos condenados.

Y al pago de las COSTAS por iguales mitades partes iguales.>>



TERCERO.- La anterior resolución fue recurrida en apelación ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, que con fecha 21 de mayo de 2018 dictó Sentencia núm . 1/2018, cuyo Fallo es el siguiente:

<<Que DESESTIMANDO los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de Fructuoso e Gabriel contra la sentencia 10/2018 de 9 de marzo de 2018 de la sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional , debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la misma, por sus propios pronunciamientos, asimismo e igualmente a las costas causadas en alzada, si las hubiere.

Remítase testimonio de esta sentencia a la Sección Segunda de lo Penal de esta Audiencia Nacional, con sus actuaciones, a los efectos que procedan en su causa Rollo n° 18/16, seguido contra Fructuoso e Gabriel .

Notifíquese la presente resolución a las representaciones procesales de los apelantes, al Ministerio Fiscal y a la Acusación Popular, indicándoles que contra esta Sentencia cabe interponer Recurso de Casación, por infracción de ley y por quebrantamiento de forma en los supuestos previstos en el Art. 847 LECrim , en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente al de la última notificación practicada de la presente Resolución, para su preparación conforme al Art. 856 LECrim , mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador.>>

CUARTO. - Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por las representaciones legales de los encausados **DON Fructuoso y DON Gabriel** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal de DON Fructuoso , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

Primer motivo.- Argumenta el recurrente la vulneración de precepto constitucional así como infracción de ley del art. 849.1 y 849.2 de la LECr ., sobre la base de una argumentación única para todas las razones de impugnación de la sentencia.

El recurso de casación formulado por la representación legal de DON Gabriel , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

Primer motivo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 de la LECr ., por error en la valoración de las pruebas evidenciada por documentos con efectos casacionales que obran en la causa no contradichos por otros elementos probatorios, y nulidad de actuaciones.

SEXTO. - Es recurrida en la presente causa la Asociación de Víctimas del Terrorismo que solicitan la inadmisión y subsidiaria desestimación del recurso por escrito de fecha 18 de julio de 2018.

SÉPTIMO.- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista, e interesó la inadmisión de todos los motivos del mismo y subsidiariamente su desestimación, por las razones expuestas en su escrito de fecha 23 de septiembre de 2018; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 20 de diciembre de 2018 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 15 de enero de 2019; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, confirmó la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que condenaba como autores criminalmente responsables de un delito de enaltecimiento del terrorismo a los acusados Fructuoso y Gabriel , a las penas que hemos dejado reflejadas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial han interpuesto este recurso de casación los aludidos acusados en la instancia, recursos que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

Antes de proceder al estudio y resolución de sus motivos, hemos de señalar que la sentencia de primer grado absolvió a los citados acusados de los imputados delitos de integración en organización terrorista, adoctrinamiento activo, pasivo u autoadoctrinamiento, en las fases en que fue acusado tal comportamiento delictivo, tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación popular, dejando el asunto enjuiciado en un delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas, aspecto éste que fue consentido por las acusaciones, recurriendo en apelación exclusivamente las defensas, y en aspectos adjetivos relativos a la falta de prueba de cargo, sin combatir propiamente la subsunción jurídica mediante un reproche por infracción de ley, aunque sí desde la perspectiva constitucional.



En esta instancia casacional, ocurre lo propio.

Recurso de Fructuoso .

SEGUNDO.- En sus dos motivos de contenido casacional, en el primero invoca el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos , y con anclaje en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se alega por el recurrente el derecho a la libertad de expresión que privaría de antijuridicidad, a las conductas que han sido calificadas como de enaltecimiento del terrorismo por la Audiencia Nacional.

A tal efecto, nuestra reciente STS 646/2018, de 14 de diciembre , nos dice al efecto que con respecto a la colisión con tal derecho fundamental, la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional es copiosa sobre su contenido esencial y las limitaciones al mismo. En el sentido indicado, hemos declarado que "el derecho a la libertad de expresión permite, inicialmente, no sólo asumir cualquier idea, y expresarla e, incluso, difundirla, siempre con los límites que imponga la convivencia respetuosa con los derechos de los demás. La restricción del derecho, y más aún cuando se recurre a la sanción penal, requiere de una justificación que sólo se encuentra, en palabras del Tribunal Constitucional, cuando colisiona con otros bienes jurídicos defendibles que se revelen acreedores de una mayor protección tras la necesaria y previa labor de ponderación. Y no sólo eso, sino que será preciso que las características de la colisión sean tales que justifiquen la intervención penal" (STS 259/2011, de 12 de abril). Continúa la Sentencia acotada afirmando que la Constitución no prohíbe las ideologías que se sitúan en los extremos del espectro político. Incluso aun podría decirse que tampoco prohíbe las ideas que por su extremismo, se sitúen fuera de ese amplio espectro político, por muy rechazables que puedan considerarse desde la perspectiva de los valores constitucionales. Lo que ocurre es que cuando se trata de conductas dotadas de una suficiente gravedad, el legislador puede limitar la intervención penal para aquellos hechos que supongan un resultado de lesión o la creación de un peligro, que aunque abstracto debe ser real, para la integridad de esos bienes jurídicos.

En parecidos términos se pronunció el Tribunal Constitucional, STC 235/2007 , que señala que "el artículo 20.1 de la Constitución , ofrece cobertura a las opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, por muy erróneas o infundadas que resulten siempre que no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro cierto para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos.". O la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1995, de 11 diciembre , "la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, también para aquéllos que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población", en referencia a la STDH *De Haes y Gijssels* c. Bélgica de 24 de febrero de 1997. También la Sentencia de esta Sala 4/2017, de 18 enero , en la que afirmábamos que la interpretación del artículo 578 CP . no está exenta de dificultades. De una parte, por la proliferación de tipos penales que convergen en la protección del denominado discurso de odio, enaltecimiento del terrorismo, vilipendio de las víctimas, provocación al genocidio, negación del holocausto (anterior a la reforma que lo suprimió), de los arts. 510 , 578 , 607 CP . De otra, por la necesidad ínsita de este tipo penal de ponderar el denominado discurso del odio con el alcance de la libertad de expresión, en ocasiones debiendo atender a una excesiva circunstancialidad, lo que dificulta determinar el alcance de lo intolerable. Es por eso que en esta Sentencia se aludía a la necesidad "de no convertir la libertad de expresión, y los límites que ésta tolera y ampara, en el único parámetro para discernir cuándo lo inaceptable se convierte en delictivo. No todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en la porción de injusto que abarca el artículo 578 del Código penal . Nuestro sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasa necesariamente por la incriminación penal... no todo mensaje inaceptable o que ocasiona rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo que lo que no es acogido en que la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo...".

Los límites de la punición respecto a la libertad de expresión parten de esa consideración del derecho fundamental como limitable y la necesidad de reservar lo punible no solo a la trasgresión del derecho fundamental requiriendo además aditamentos referidos a la generación de un peligro a la convivencia.

Nos adentramos en la tipicidad de los delitos de odio. El término discurso del odio tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, a su vez lo tomó de las resoluciones del Consejo de Europa. Los Estados han configurado tipos penales expresivos del discurso del odio. En realidad, no hay una figura típica del discurso del odio, sino que se trata de diversos tipos penales que recogen figuras de agresión a sujetos individuales o colectivos, especialmente vulnerables, a través de distintos vehículos de comunicación. El origen legal se encuentra en la Recomendación (97) 20 del Comité de ministros del Consejo de Europa, de octubre de 1997, que "insta a los Estados a actuar contra todas formas de expresión que



propaguen, inciten o promuevan el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiesta a través del nacionalismo agresivo, el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las medidas y los inmigrantes o personas de origen inmigrante". Esta recomendación tiene su origen en la interpretación del artículo 10 del Convenio Europeo de derechos humanos, de 1950 que, en su apartado primero, declara que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, matizando en su apartado segundo que el ejercicio de la libertad entraña deberes y responsabilidades, y podrá ser sometida ciertas condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial, la seguridad pública, la defensa del orden, en la protección de la reputación o de los derechos ajenos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo suya esta expresión en la Sentencia de 8 julio 1999, caso *Erdogdu contra Turquía*, donde argumentó que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado discurso del odio, esto es aquel desarrollado en términos que supongan una incitación violenta contra los ciudadanos en general, contra determinadas razas o creencias, en particular.

El ordenamiento español se ha hecho eco de esta modalidad agresiva a la convivencia y recoge en varios artículos, modalidades enmarcadas en el denominado discurso del odio. El art. 510 y del Código penal, como arquetipo del discurso que el odio; el artículo 578, el delito de enaltecimiento, y el de menosprecio a las víctimas; el art. 579, con un contenido que amenaza a la ejecución de delitos de terrorismo al exigir la incitación a la comisión de delitos de terrorismo; el artículo 607, en su redacción anterior a 2015, cuando acogía la provocación, incitación al delito de genocidio, y anteriormente, la negación al holocausto; así como otras manifestaciones en las cuales aparece, de alguna forma, concernida la libertad de expresión y ataque a instituciones.

El bien jurídico protegido por el tipo penal del art. 510 es la dignidad de las personas, y colectivos de personas, a los que por su especial vulnerabilidad el Código otorga una protección específica en el mencionado artículo. Cuando el discurso de odio se concreta en el terrorismo a la dignidad de la víctima, y de la sociedad en general, se une la finalidad terrorista cuyo contenido resulta de la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008, esto es, actividad delictiva realizada con la finalidad de subvertir el orden constitucional, alterar gravemente la paz pública, desestabilizar el funcionamiento de una organización internacional, o provocar un estado de terror.

El elemento que caracteriza a los delitos de odio es el ánimo subjetivo que conduce al autor a la comisión del hecho agresivo. El ánimo consiste en la animadversión hacia la persona, o hacia colectivos, que unificados por el color de su piel, por su origen, su etnia, su religión, su discapacidad, su ideología, su orientación o su identidad sexual, o por su condición de víctimas conforman una aparente unidad que permite configurar una serie de tipos de personas. Además, estos delitos se conforman sobre una acusada circunstancialidad de la tipología, lo que obliga a interpretar la calificación jurídica de los hechos en función de la realidad social del tiempo en el que ha de aplicarse la norma. Por otra parte, desde la tipicidad objetiva, las expresiones y actos han de tener una gravedad suficiente para lesionar la dignidad de los colectivos contra los que se actúa. Cuando la variedad del discurso del odio se concreta en el terrorismo, a ese ánimo subjetivo, agresivo, se suma la finalidad terrorista exigiendo la generación de un peligro que será concreto (art. 579 CP) o de aptitud de riesgo y peligro (art. 578 CP).

Lo que es objeto de castigo en los delitos de odio, no puede ser la expresión de una idea, sino cuando se haga de modo que incorporen una provocación al odio, a la discriminación, o a la violencia, infringiendo los valores constitucionales de la dignidad humana y de la no discriminación por causa de nacimiento, origen racial, sexo o religión, o por cualquier otra circunstancia de carácter personal o social a los que se refieren los artículos 10 y 14 de la Constitución. El problema de la tipicidad de estos delitos surge a la hora de dar contenido a la provocación al odio o a la comisión de delitos en concreto.

El tipo debe completarse con el riesgo que mantener ese tipo de comportamientos provoca para la colectividad social, dando lugar a que, por ellos mismos, o por otros sujetos, influenciados por ese mensaje, se originen actos que pongan en peligro valores esenciales del ser humano, como su vida, integridad física o su libertad. Es desde el punto de vista del riesgo, donde debe ponerse el acento de su tipicidad.

El ámbito de protección constitucional de los delitos de odio aparece enmarcado por el contenido de los artículos 16 de la Constitución, que proclama el derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto; el artículo 20 que consagra la libertad de expresión; el artículo 10.1 de la Constitución que enuncia la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y los derechos que son el fundamento del orden político y la paz social.

El discurso generador del odio y la discriminación no tienen amparo, ni cobertura en los referidos derechos constitucionales. A tal efecto son numerosos los Tratados Internacionales ratificados por España que, al



amparo del artículo 10 de la Constitución, ha de guiar la interpretación de la tipicidad de los delitos de odio en sus variadas manifestaciones típicas. Junto a la Convención de Naciones Unidas para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948; la Convención de Naciones Unidas sobre eliminación de toda forma de discriminación racial de 22 diciembre de 1965; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 diciembre de 1966; el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 noviembre de 1950; la Recomendación (97) 20, de 20 octubre 1997 y la de 3 octubre de 2002, de política general acerca de la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial en la Comisión europea contra el racismo e intolerancia (ECRI); la recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo sobre blasfemia, insultos religiosos y discurso de odio contra personas por razón de su religión; la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 noviembre 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal; la Convención sobre cibercrimen, de 23 noviembre 2011; la Recomendación 7 de la Comisión europea contra el racismo y la intolerancia, de 13 diciembre del 2002, que identifica el discurso del odio, como expresiones que intencionadamente difundidos implican a) una incitación pública a la violencia y el odio; y b) a través de las cuales insultan y difaman públicamente a personas o grupo de personas por razón de su raza, color, lengua, religión, nacionalidad, su origen, nación o etnia; la Convención del Consejo de Europa sobre prevención del terrorismo, de 16 mayo 2008, cuyo artículo 5 define la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo, disponiendo que la tipificación de las conductas requiere la creación de un riesgo para la comisión de un delito terrorista. Concretamente, la Convención del Consejo de Europa sobre prevención del terrorismo, de 16 de mayo de 2005 y la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, establece que en su punición los Estados miembros han de incorporar a su tipicidad una potencialidad de riesgo de que puedan cometerse actos terroristas.

En nuestro ordenamiento penal, las figuras previstas en los artículos 510, 578 y 579 CP, se corresponden con delitos de odio, el primero genérico, en tanto que los otros dos son específicos. Respecto al terrorismo, son dos las manifestaciones típicas del discurso de odio, el enaltecimiento del terrorismo y menosprecio a las víctimas del terrorismo del art. 578 CP, y la difusión de mensajes que incitan a la comisión de actos terroristas (art. 579 CP). Precisamente por tratarse de terrorismo la tipicidad requiere una específica potencialidad de riesgo en los términos anteriormente señalados.

Expuesto lo anterior, analizaremos, someramente los pronunciamientos jurisprudenciales, siguiendo a la STS 646/2018, de 14 de diciembre.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una profusa jurisprudencia de la que destacamos los casos *Garaudy contra Francia*, de 24 julio 2003; *Norwood contra el Reino Unido*, de 16 noviembre 2004; *Alinak contra Turquía*, de 29 marzo 2005; *Feret contra Bélgica*, de 16 julio 2009 y *Vejdeland y otros contra Suecia* del 9 febrero 2012. Esta jurisprudencia parte de la afirmación de que la libertad de expresión admite las limitaciones proporcionadas sobre "toda forma de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia". Consecuentemente, proclama la potencial limitación del derecho fundamental a la libertad de expresión y la libertad ideológica. En las dos últimas Sentencias el Tribunal Europeo señala que para que exista discurso de odio no es necesario que se incite a la violencia, basta que se incite al odio, a injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación: "El tribunal estima que la incitación al odio no requiere necesariamente un llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas, como injurias, o a ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población, y sus grupos específicos, o a la incitación a la discriminación, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad de partes o núcleos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales, representan un peligro para la paz social y la estabilidad política de los estados democráticos".

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional destacan, por su relevancia, tres Sentencias. La primera Sentencia la 285/2007, en la que el Tribunal Constitucional apartó del artículo 607 CP, la negación del holocausto. En esa Sentencia pondera esa tipicidad, la negación del holocausto, con el derecho fundamental a la libertad de expresión y señala la exigencia de que la descripción típica contenga conductas de suficiente gravedad al tiempo que exigió "la creación de un peligro, que aunque sea abstracto, debe ser real para la integridad de sus bienes jurídicos. Pero la expresión y difusión de ideas violentas no puede ser implicada con la violencia que permite su persecución". El Alto Tribunal consideró que la mera transmisión de ideas no era suficiente para su persecución penal, requiriendo que la conducta represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación.



Junto a esta Sentencia, otras sostienen una posición menos estricta del discurso del odio y ya no exigen, en los términos expuestos, esa creación de riesgo. La Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015, referida a los sucesos acaecidos por la visita del Rey a Gerona, con la quema de imágenes de su Persona.

Otra sentencia, la 112/2016, referida a un delito de enaltecimiento del terrorismo en el que se realiza un homenaje a un terrorista y en la cual una persona que hace uso de la palabra que expuso diversas expresiones objeto de censura penal. El Tribunal Constitucional al denegar el amparo, destaca "si el acusado se hubiera limitado a pronunciar un discurso estrictamente político en defensa de la independencia del País Vasco y el socialismo, su conducta no sería reprochable, porque España es una democracia tolerante, no militante, es decir, no se exige la adhesión a los postulados constitucionales... sin embargo, el acusado al no hacer eso sino que, con ambigüedad calculada, emplea una expresión para escoger el camino más idóneo, el camino que más daño haga al Estado que conduzca este pueblo a un nuevo escenario democrático".

Ese hecho es tenido por discurso del odio al estar presente los requisitos necesarios: expresión de odio y requerimiento al público a una reflexión para escoger el camino que más daño haga al Estado, lo que implica la justificación del terrorismo.

La jurisprudencia de esta Sala -destaca la Sentencia 259/2011, de 12 abril-, que en el supuesto de un librero que albergaba y vendía libros de ideología nazi, y que aprovechaba los espacios de la librería para la difundir los elementos ideológicos propios de una ideología nazi, absolvió a los condenados en aplicación de la doctrina contenida Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, que antes se expresó. Se argumenta "que la tipicidad no resulta de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege".

Esta línea jurisprudencial viene exigiendo la concreción de riesgo como elemento necesario para punición de los delitos de odio más allá de la represión a la libertad de expresión, exigiendo que junto a esa transgresión, grave, un riesgo para el bien jurídico en el que se ubican los tipos penales.

Una segunda línea jurisprudencial destaca la diferencia entre los dos apartados del artículo 578. De una parte, el enaltecimiento del terrorismo y, de otra, el menosprecio a las víctimas. En la sentencia 601/2017, de 11 julio, se hace esta distinción señalando que la primera conducta requiere la creación de un riesgo, en tanto que la conducta referida al menosprecio las víctimas, no lo exige. En la Sentencia 826/2015, del 30 diciembre, tras realizar un detallado estudio de la tipicidad, y con cita de la Sentencia 656/2007, incide en esta diferencia entre los dos apartados del artículo 578 y recuerda que el menosprecio a las víctimas no requiere la puesta en peligro "toda vez que el término descrédito, disminución o pérdida de la de la reputación de las personas, el menosprecio, equivalente a poco aprecio, o la humillación, la adhesión al amor propio o a la dignidad de alguien, hace referencia a las acciones realizadas contra las víctimas de acciones terroristas o sus familiares que son especialmente perversas como es la injuria o la humillación a las víctimas, incrementando el padecimiento moral de ellas y sus familiares, y ahondando en la herida que abrió el atentado terrorista", añadiendo que la justificación de la tipicidad de la conducta radica en la perplejidad e indignación que provoca en la sociedad.

En el mismo sentido, la Sentencia 72/2018, de 25 enero, en la que se aborda las diferencias entre las distintas modalidades de discurso del odio, afirmando la no necesidad de la creación de un peligro contra los bienes jurídicos personales a consecuencia del discurso del odio cuando se trata de menosprecio a las víctimas.

La STS 52/2018, de 18 de enero, desarrolla esta exigencia con cita de la normativa europea, exigiendo la conexión el delito de odio con la delincuencia terrorista, en los términos de los arts. 578 y 579 del Código penal y con cita argumental de la STC 112/2016 a 20 de junio, anteriormente expuesta. Del conjunto normativo resulta que si bien los Estados miembros de la Unión Europea tienen un cierto margen de discrecionalidad en la definición de las infracciones, la ubicación en la tipología de los delitos de terrorismo requiere que la tipicidad describa conductas ilegales e intencionadas que generen un riesgo de comisión de una infracción terrorista, "riesgo que ha de ser entendido no concreto, sino de aptitud, de que puedan cometerse actos terroristas" y para ello deben tenerse en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje así como el contexto y la importancia y verosimilitud del riesgo (considerando lo de la Directiva (UE) 2017/541 (art. 578 Cp). En el art. 579 CP, la tipicidad exige mayor concreción, en términos de idoneidad para incitar a la comisión de hechos terroristas.

La necesaria ponderación de los valores en juego, libertad de expresión y agresión a través de expresiones generadores de un odio, ha de realizarse a partir de la constatación de los siguientes elementos: a) en primer lugar, el autor debe seleccionar a sus víctimas por motivos de intolerancia, y dentro de los colectivos vulnerables a los que alude la norma, exigencia que también juega respecto de las víctimas de delitos terroristas; b) en segundo lugar, la conducta no sólo atemoriza a la persona destinataria del mensaje, sino a todo el colectivo al cual pertenece, creando sentimientos de lesión de la dignidad, de inseguridad y de amenaza; c) las expresiones realizadas deben agredir, también, a las normas básicas de convivencia basadas en el



respeto y la tolerancia, de manera que toda la sociedad se vea concernida por la expresión de las ideas que contrarían abiertamente los mensajes de tolerancia que el ordenamiento jurídico, como instrumento de control social, expone a la ciudadanía que los hace propios; d) Además, debe tratarse de mensajes que merezcan una calificación de graves y serios para la incitación a la comisión de actos terroristas (art. 579 CP), o la generación del sentimiento de odio, aptitud y seriedad para conformar un sentimiento lesivo a la dignidad; e) El ánimo que persigue el autor es el de agredir, lo que permitiría excluir las manifestaciones pretendidamente hilarantes y las que se efectúan desde la venganza puntual, desprovistas de la necesaria medida.

La necesaria ponderación que debe realizarse viene enmarcada por las anteriores premisas, la conexión con el terrorismo, cuando el odio se conecta a estos delitos, y con la valoración de elementos de contexto, de medio empleado, su difusión, la distinta valoración que ha de darse a la expresión escrita respecto de la expresión musical, la antigüedad, la afectación social, y también ha de ponderarse la proporcionalidad de la pena con la naturaleza del hecho. El tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia *Leroy contra Francia*, de 2 de octubre de 2008, afirmó esta necesaria ponderación teniendo en cuenta el contexto en el que se vierten las manifestaciones ofensivas, el tipo de escrito que los contienen, y valora, a la hora de comprobar la acomodación de la conducta al Convenio y a la libertad de expresión, que la pena de multa impuesta ha sido moderada, lo cual permite ponderar el reproche a la entidad de la consecuencia jurídica.

En el sentido indicado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, ha señalado en reiteradas ocasiones, que la libertad de expresión encuentra límites en el dominado discurso ofensivo del odio siendo preciso indagar elementos de interpretación de la norma que no lleven a una desmesura en su aplicación, tales como elementos de contextualización, el contenido del mensaje, su expresión oral o escrita, la intención, el impacto del texto y la proporcionalidad de la sanción. En todo caso, no ha de olvidarse que se trata de delitos circunstanciales y que han de ser interpretados de acuerdo a la realidad social del tiempo en que se aplica la norma.

TERCERO.- En la sentencia núm. 354/2017, de 17 de mayo, esta Sala enumeraba como elementos que conforman el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, concorde pacífica jurisprudencia, los siguientes:

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

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

a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 572 a 577.

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

3º Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser periódico o un acto público con numerosas concurrencia y hoy día, dada la evolución tecnológica, a través de internet.

Pero a su vez, precisábamos:

*No obstante, el art. 578 CP, precisa el Tribunal Constitucional, en su sentencia 112/2016, de 20 de junio, solo "supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, **aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.***

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

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

Conclusión que derivaba del considerando 10 de la Directiva: *Los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto*



de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población. Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. En cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional.

Ciertamente, como dijimos en STS 52/2018, de 31 de enero, el legislador español es autónomo a la hora de tipificar conductas; pero el análisis de la normativa convencional del Consejo de Europa (que determina conforme la propia jurisprudencia del TEDH el alcance de los derechos reconocidos en el CEDH) y de la Unión Europea, proyectados sobre la conducta tipificada en el art. 578, a la luz de la jurisprudencia constitucional, muestran que resulta una ilegítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores, la condena por esta norma, cuando ni siquiera de manera indirecta, las manifestaciones enjuiciadas, supongan una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades; de donde resulta exigible, concluye la referida STC 112/2016, como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad, que previamente a la imposición de una condena por el art. 578 CP, se pondere en la resolución judicial, si la conducta desarrollada por el acusado, integra una manifestación del discurso del odio, que incita a la violencia (FJ 4, in fine).

La STS 378/2017, de 25 de mayo, decía:

El tipo [del art. 578] exige formalmente una actuación del sujeto que suponga justificar delitos de terrorismo o enaltecer a los que hayan participado en ellos. Es decir proclamar que aquellos hechos tipificados como delitos deban considerarse admisibles y no censurable si no obstante su consideración legal, o decir alabanzas de quien se considera partícipe en su ejecución o atribuirle cualidades de gran valor precisamente, se sobreentiende, por razón de tal participación.

Pero no basta esa objetiva, pero mera, adecuación entre el comportamiento atribuido y la descripción que tales verbos típicos significan. La antijuridicidad, pese a ello, puede resultar excluida, incluso formalmente, es decir sin entrar en el examen de determinadas causas de justificación, si aquella descripción no incluye expresamente algún otro elemento que los valores constitucionales reclaman al legislador para poder tener a éste por legítimamente autorizado para sancionar esos comportamientos formalmente descritos como delito. Es decir, no se trata de que debamos examinar si concurre un elemento excluyente (negativo, si se quiere) de la antijuridicidad, como podría ser el ejercicio de un derecho a la libertad de expresión. Se trata, antes, de que se debe comprobar si en el comportamiento formalmente ajustado a la descripción típica concurre además algún otro elemento que haga constitucionalmente tolerable la sanción penal.

A tal elemento ha hecho referencia el Tribunal Constitucional en la sentencia nº 112/2016 en que aborda precisa y específicamente la legitimidad constitucional de la ley que amenaza con sanción penal los comportamientos enaltecedores o justificadores acomodados en principio al citado artículo 578 del Código Penal.

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

Y el Tribunal Constitucional proclama: a) El carácter institucional del derecho a la libertad de expresión; b) el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de manifestaciones que alienten la violencia y c) la proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Recuerda que en su doctrina sobre tipos penales semejantes ya adelantó respecto a los referidos a la negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio que es constitucional la sanción penal si aquella negación y justificación opera como incitación, aunque indirecta, a su comisión (STC 235/2007).

Esa salvación constitucional interpretativa del tipo penal se auspicia en la medida que el tipo acude a juicios de valor y por ello cabe reclamar lo que denomina "elemento tendencial", aunque éste no venga expresado en la literatura del precepto penal.

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



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

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

Contenido literalmente reproducido en las SSTS 560/2017, de 13 de julio ; y 600/2017, de 25 de julio .

CUARTO.- De los hechos probados se deduce la corrección de este planteamiento por el Tribunal sentenciador, destacado por la Sala de Apelación.

En efecto, las expresiones que se propagan por las redes sociales, a cargo de los mensajes elaborados por los recurrentes, se refieren claramente a una actividad de alabanza del Estado Islámico, por ejemplo, "el Estado Islámico se instaurará gracias a la sangre de los muyahidines sinceros", apareciendo los correspondientes logotipos que se describen en la resultancia fáctica de la Sentencia de instancia, confirmada en segundo grado jurisdiccional. De igual forma, la potencialidad de riesgo que rezuman tales mensajes, se encuentra fuera de toda duda. Por ejemplo: "Al Faluya, con la resistencia de los muyahidines y su lucha en el campo de batalla, será el cementerio de los nietos de los zoroastras", o bien: "Oh Allah, que dé la victoria a los muyahidines en Irak y Sham". O finalmente: "Mosul, cementerio de los rafidfes y de los herejes".

En suma, la claridad de la subsunción jurídica tanto del enaltecimiento del terrorismo de corte islamista, como la provocación a un riesgo real, se encuentra fuera de toda duda, razón por la cual el motivo ha de ser desestimado.

En su segundo motivo, no se reprocha aspecto jurídico alguno, sino sus posibilidades de pago de la multa impuesta, lo que se encuentra totalmente extramuros de cualquier ortodoxia casacional.

El recurso no puede prosperar.

Recurso de Gabriel .

QUINTO.- El recurrente realiza una serie de consideraciones acerca del procedimiento y de un incidente de nulidad de actuaciones, que desde luego no pueden formar parte de este reproche casacional, sin perjuicio de su inconcreta cita y existencia real del mismo. Tampoco la invocada "ausencia de motivación del Auto de transformación" del procedimiento, que el autor del recurso parece basarlo en la antijuridicidad de la acción.

De su escrito, parece referirse a la infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por error en la valoración de las pruebas, evidenciada por documentos, que ni siquiera son objeto de cita.

Considera errónea la apreciación de la Sala de instancia de que el acusado recurrente utilizara los perfiles de Facebook DIRECCION007 , DIRECCION008 y DIRECCION006 .

Indica que la sentencia aborda la participación de los dos acusados como si fueran lo mismo y sus intervenciones fueran indiferenciadas cuando eso no es así en su opinión. Sugiere que los contenidos de Facebook son replicables por cualquiera y niega la titularidad del acusado de las páginas con contenidos ilícitos, invocando la libertad religiosa como derecho fundamental, para señalar que nada tiene que ver la simpatía religiosa con la violencia terrorista.

Que las conductas de ambos acusados no estaban coordinadas, es algo que la sentencia ya reconoce, pero los contenidos de las páginas web que indica la sentencia se asocian al acusado a través de una serie de pruebas que se hacen constar en la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y que reproduce la sentencia recurrida dictada por la Sala de Apelación. Entre ellas, a las concreciones técnicas que realizó la policía en relación con las coincidencias sustanciales entre los varios perfiles atribuidos al acusado en Facebook (uno que el acusado reconoce bajo el nombre de DIRECCION005 , y otros que dijo que eran falsos, a nombre de DIRECCION007 , DIRECCION008 y DIRECCION006), en los que figuraban incluso fotografías personales del acusado habiéndose analizado también las direcciones de los correos electrónicos utilizados por el acusado y que se repiten en el uso en diferentes redes sociales.



Pues bien, como ya hemos señalado en otras ocasiones (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 225/2018, de 16 mayo), la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TTSJ o de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional es valorar el recurso que se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional.

En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior.

De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal sentenciador.

Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

De ello se desprende que la *questio facti* ha tenido ya dos instancias, y no puede ser de nuevo puesta en entredicho su valoración, sin perjuicio de la invocación de los reproches de contenido casacional que juzgue conveniente plantear el recurrente.

En el caso enjuiciado, ningún documento literosuficiente se ha destacado al efecto de cumplimentar el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que es el cauce casacional utilizado por el recurrente, por lo que desde esta perspectiva el motivo no puede prosperar.

Tampoco desde el ámbito suscitado por el anterior recurrente, puesto que sus mensajes no son menos peligrosos y enaltecedores que lo que ocurría con respecto a Fructuoso , toda vez que Gabriel proclama la yihad, mientras publica una foto de un niño leyendo el Corán y a su lado un fusil AK47, y escribe comentarios relativos a tal escena, por sí misma suficientemente explícita. Y en otros pasajes, se ensalza a Primitivo , o bien se envían mensajes de victoria (bélica, naturalmente, como corresponde a Primitivo): "[que Allah ayude para que nuestros hermanos mujahidin triunfen en todos los lugares de la tierra, que están luchando para subir la bandera del Islam y la palabra de la unidad (La Sahada)".

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

SEXO.- Al proceder la desestimación de los recursos, se está en el caso de condenar en costas procesales a los recurrentes (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.- DECLARAR NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por las representaciones legales de los encausados **DON Fructuoso y DON Gabriel** , contra Sentencia núm. 1/2018, de 21 de mayo de 2018 de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional dictada en el Rollo de apelación 2/2018 contra Sentencia núm. 10/2018, de 9 de marzo de 2018 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

2º.- CONDENAR a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus respectivos recursos.

3º.- COMUNICAR la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro

Vicente Magro Servet Susana Polo Garcia