

Estándares legales relativos al enaltecimiento

Análisis jurisprudencial del delito de enaltecimiento del
terrorismo en España



ANEXOS

rights
international
spain

ÍNDICE

Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.....	4
1.SAN 25/2016, de 3 de junio.....	5
2.SAN 24/2016, de 19 de julio.....	7
3.SAN 28/2016, de 21 de septiembre.....	9
4.SAN 30/2016, de 22 de septiembre.....	11
5.SAN 36/2016, de 16 de noviembre.....	12
6.SAN 39/2016, de 30 de noviembre.....	14
7.SAN 2/2017, de 26 de enero.....	16
8.SAN 4/2017, de 28 de febrero.....	18
9.SAN 9/2017, de 29 de marzo.....	19
10.SAN 15/2017, de 29 de marzo.....	20
11.SAN 11/2017, de 21 de abril.....	21
12.SAN 13 /2017, de 9 de mayo.....	22
13.SAN 14/2017, de 14 de junio.....	23
14.SAN 22/2017, de 25 de julio.....	24
15.SAN 34/2017, de 4 de diciembre.....	26
16.SAN 39/2017, de 15 de diciembre.....	30
17.SAN 3/2018, de 15 de enero.....	31
18.SAN 6/2018, de 1 de marzo.....	33
19.SAN 3/2018, de 2 de marzo.....	35
20.SAN 10/2018, de 9 de marzo.....	39
21.SAN 11/2018, de 15 de marzo.....	41
22.SAN 10/2018, de 6 abril.....	44
23.SAN 12/2018, de 26 de abril.....	45
24.SAN 15/2018, de 11 de mayo.....	47
25.SAN 12/2018, de 25 de mayo.....	50
26.SAN 30/2018, de 28 de junio.....	52
27.SAN 21/2018, de 29 de junio.....	54
28.SAN 23/2018, de 9 de julio.....	56
29.SAN 26/2018, de 24 de julio.....	57
30.SAN 28/2018, de 21 de noviembre.....	59
31.SAN 40/2018, de 22 de noviembre.....	60
32.SAN 2/2019, de 23 de enero.....	62
33.SAN 3/2019, de 23 de enero.....	63
34.SAN 6/2019, de 19 de febrero.....	65

Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional	67
35.3/2018, de 6 de junio.....	68
36.4/2018, de 7 de noviembre.....	70
Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional	72
37.1/2018, de 21 de mayo.....	73
38.4/ 2018 de 10 de julio de 2018.....	75
39.5/2018, de 14 de septiembre.....	77
40.6/2018, 18 de septiembre.....	81
41.8/2018, de 21 de septiembre.....	85
42.3/2019 de 19 de marzo.....	87
Tribunal Supremo	89
43.STS 206/2017, de 28 de marzo.....	90
44.STS 221/2017, de 29 de marzo.....	92
45.STS 354/2017, de 17 de mayo.....	95
46.STS 72/2018, de 9 febrero.....	98
47.STS 95/2018, de 26 de febrero.....	100
48.STS 334/2018, de 4 de julio.....	102
49.STS 47/2019, de 4 de febrero.....	104
Tribunal Constitucional	106
50.STC 112/2016, de 2 de junio de 2016.....	107
51.STC 35/2020, de 20 de febrero de 2020.....	112

SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia nº 25/16 de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 3 de junio de 2016

Resumen de los hechos probados

El 25 de julio de 2015, durante las fiestas patronales de Otxandio, Bizkaia, los cuatro acusados, colocaron una placa conmemorativa y celebraron un homenaje recordando a una miembro del comando Donosti de ETA fallecida en 1987 en un enfrentamiento con la Guardia Civil. A lo largo del homenaje se pusieron pancartas con fotos de otros miembros de ETA en prisión, se tocó música y se depositaron flores en la placa conmemorativa.

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 5. El Ministerio Fiscal solicita sean condenados por enaltecimiento del terrorismo en aplicación del artículo 578 del Código Penal.

Fundamentos de la sentencia

Durante la celebración de la vista oral los inculpados prestaron conformidad a la acusación formulada por el Ministerio Fiscal, y a las penas que se solicitaban. La Audiencia confirma que las mismas corresponden a las legalmente previstas.

La Audiencia hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 523/2011, de 30 de mayo según la cual la finalidad de la existencia del delito enaltecimiento es “combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, abortando toda clase de justificación y apoyo para lo que no son sino cumplidos atentados contra la significación más profunda del propio sistema democrático.”

La Audiencia entiende que la redacción actual del artículo 578 del Código Penal no tiene por objeto prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se aleguen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, sino que consiste en perseguir la exaltación de métodos terroristas, realizada mediante actos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal.

La Audiencia igualmente cita varias STS (121/2015, de 5 de marzo, 843/2014, de 4 de diciembre, y 180/2012, de 14 de marzo) que concluyeron que el fundamento de este tipo penal se ubica en la interdicción de lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sürek vs Turquía y Müslüm Gündüz vs Turquía) y también el Tribunal Constitucional (STC nº 235/2007, de 7 de noviembre) califican como el “*discurso del odio*”, es decir, “*la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no puede ampararse dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica, en la medida en la que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre. Porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y, en definitiva, en el aterrorizamiento colectivo como medio para conseguir esas finalidades.*”

La Audiencia, siguiendo las STS. nº 481/2014, de 3 de junio, y nº 843/2014, de 4 de diciembre, hace una descripción de los elementos que integran el delito de terrorismo, y que resumidamente son: 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 aquí supone presentar o hacer aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que es un claro comportamiento criminal de carácter terrorista. 2º.- El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser cualquiera de las conductas definidas en

el Código Penal (artículo 571 a 577) como delitos de terrorismo, o bien cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos, de manera individual o como colectivo. 3º.- Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión o difusión que otorgue cierta publicidad, como puede ser un periódico, un acto público o un lugar con numerosa concurrencia. Y 4º.- Ha de tratarse de un comportamiento activo sin que se exija un resultado material, (delito de mera actividad) y es de naturaleza esencialmente dolosa o intencional, que constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito.

Fallo

Por existir acuerdo entre el Ministerio Fiscal y la defensa, se condena a los cuatro acusados como responsables de un delito de enaltecimiento del terrorismo, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Tres de los acusados son condenados a dos años de prisión, multa de doce meses, además de la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación absoluta por el tiempo de ocho años, con expresa imposición de las costas procesales generadas.

Además, se impone a una de las acusadas la medida de Libertad Vigilada por un periodo de un año.

Se condena a la cuarta acusada a las penas de un año y nueve meses de prisión y multa de doce meses.

Sentencia nº 24 / 2016 de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2016

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El caso fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 4. En el procedimiento participaron como acusación el Ministerio Fiscal, una de las víctimas que se sintió humillada por el acusado al sentirse identificado en los Tweets y la Asociación Dignidad y Justicia (acusación popular).

Según el Ministerio Fiscal los hechos integrarían un delito de enaltecimiento del terrorismo y de humillación o menosprecio a las víctimas del terrorismo y a sus familiares del artículo 578.1, 2 y 4 del Código Penal. Asimismo, considera existe la concurrencia de alteración psicológica y solicita se aplique una medida de seguridad consistente en el internamiento en centro psiquiátrico durante un máximo de 2 años y 2 meses.

La acusación particular y la Asociación Dignidad y Justicia solicitan pena de prisión y que no se acepte la concurrencia de alteración psíquica. Adicionalmente, la Asociación Dignidad y Justicia solicita sea condenado por un delito de amenazas. La acusación particular solicita sea condenado por injurias graves con publicidad.

Resumen de los hechos probados

Entre los años 2013 y 2015, el acusado publicó de forma reiterada mensajes en la red social Twitter, en los que justificaba la actuación de la organización terrorista ETA y su propia existencia, al tiempo que realizaba comentarios vejatorios sobre las víctimas de los delitos cometidos por la organización.

La localización de estos mensajes publicados en la red social Twitter se obtuvo por dos fuentes de investigación diferentes. Los dos agentes investigadores declararon en el juicio. También prestó testimonio un tercer agente que analizó el contenido de los mensajes, lo que resulta suficiente para considerar que dicha acción difusora fue obra del acusado.

El joven presenta un trastorno emocional de la personalidad, antisocial y del control de impulsos ante hechos concretos y puntuales, si bien presenta suficientes recursos psicológicos para comprender la ilicitud de las conductas descritas.

Fundamentos de la sentencia

La Audiencia Nacional considera que el contenido de los comentarios es naturalmente ofensivo para cualquier sensibilidad, y constituye un menosprecio para la memoria de las víctimas y sus familiares. Las alabanzas a ETA tienen por objeto la loa de sus acciones delictivas. Todo lo cual cumple los requisitos de tipicidad.

Entiende igualmente la sentencia que ha de aplicarse el tipo agravado por haber sido difundidos los mensajes utilizando dos cuentas de Twitter, habiendo constatado en alguno de los atestados el número de seguidores de los dos perfiles, y uno de los perfiles por la prolongación de la actividad en el tiempo.

La Audiencia Nacional descarta la existencia de amenazas no condicionales según solicitaba la Asociación Dignidad y Justicia. De igual manera entiende que no existe el delito de injurias graves solicitado por la acusación particular.

Fallo

El acusado es condenado como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo agravado por el uso de tecnologías de la comunicación, concurriendo la circunstancia atenuante modificativa de la responsabilidad penal, por trastorno mental, a la pena de un año y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta durante siete años y seis meses.

En el momento de la ejecución, se determinará la procedencia de cumplir (i) medida de internamiento en centro psiquiátrico que nunca podrá exceder de tres años; o, alternativamente, (ii) la medida de libertad vigilada que no podrá rebasar los tres años y comprenderá, en su caso, la obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

Sentencia nº 28/ 2016 de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 21 de septiembre de 2016

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 3. La investigación se dirige contra dos investigados, uno de ellos de nacionalidad marroquí.

El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo previsto en el art. 578.1 y 2 y 579 bis 1 y 2 del Código Penal, solicitando pena de dos años y seis meses de prisión y 5 años de libertad vigilada; para el acusado de nacionalidad marroquí, su sustitución por la expulsión del territorio nacional una vez cumplidos los dos tercios de la pena.

Con anterioridad a la vista, la defensa y la acusación llegaron a un acuerdo de conformidad admitiendo los hechos y aceptando su participación.

Resumen de los hechos probados

A lo largo del año 2015 uno de los acusados publicó, y el otro compartió comentarios, a través de Facebook videos en los que se pueden ver entrenamientos de ISIS, fotografías de ejecuciones, así como comentarios de apoyo a ISIS, al califato y la destrucción de la humanidad.

El segundo acusado a lo largo del 2013 había publicado videos entre los que se observa la preparación de explosivos antes de la inmolación en atentado terrorista y de entrenamientos del ISIS. La Audiencia Nacional entiende que al compartir comentarios en Facebook con el otro acusado en 2015 estos hechos anteriores a la modificación del Código Penal (2015) quedan incorporados como antecedentes y se les puede aplicar la modificación.

Fundamentos de la sentencia

En relación con las pruebas: Los acusados han reconocido los hechos declarados probados. Uno de los acusados manifestó desconocía que las publicaciones pudieran ser un delito, que eran barbaridades sin ningún sentido, que estaba arrepentido y pedía perdón. El otro acusado añadió que cuando realizó los hechos no se encontraba bien anímica ni mentalmente. Como no eran publicaciones suyas, pensaba que estaba permitida su distribución, y que no iban a tener tanta trascendencia. En cuanto se dio cuenta de lo que había hecho lo borró. Su intención era decir y enseñar a la gente lo que estaba pasando en el mundo.

Durante la vista se presentaron informes periciales, se tomó declaración a los investigadores y se visionaron las imágenes publicadas.

En relación con el delito de enaltecimiento: Entiende la Audiencia Nacional que es de aplicación a este caso lo dicho por la STS nº 623/2016, de 13 de julio, con remisión a la STS 224/2010, de 3 de marzo, al confirmar que el precepto “viene a sancionar como delito dos conductas claramente diferenciables, ambas relacionadas con el terrorismo: por un lado, el enaltecimiento o justificación del terrorismo o sus autores; por otro, la realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas, figura ésta que cuenta con perfiles propios, definidos y distintos de la anterior”.

Entiende la Audiencia que el tipo penal pretende reforzar la tutela, sancionando conductas que no son terroristas en sí mismas, pero que apoyan estas graves infracciones al tener por

objeto ensalzar o justificar cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo o de las personas que hayan participado en su ejecución. Este delito puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

También pretende perseguir la realización de actos que entrañen disminución o pérdida de la reputación de las personas o del valor y estima de las cosas, o herir el amor propio o dignidad de las víctimas o en sus familiares.

En relación con la libertad de expresión y el discurso del odio: Se dan por cumplidos la totalidad de los requisitos debido a las alabanzas del terrorismo islamista contenidas en los mensajes y en las publicaciones, así como de humillación a las víctimas del terrorismo, y que exceden de la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y la libertad de expresión (20.1 a) CE).

Tal y como expone la Sentencia TS 623/2016, de 13 de julio: "El castigo del enaltecimiento del terrorismo persigue la justa interdicción de lo que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 8 de julio de 1999, Sürek vs. Turquía, y de 4 de Diciembre de 2003, Müslüm vs. Turquía), como nuestro Tribunal Constitucional (STC 235/2007, de 7 de noviembre) y esta misma Sala (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)".

Fallo

Se condena a ambos acusados por delito de enaltecimiento a las penas de 1 año y 6 meses de prisión, al ciudadano marroquí, le será sustituida la pena de prisión por expulsión de España una vez cumplidas las tres cuartas partes, inhabilitación y libertad vigilada.

Sentencia nº 30/ 2016 de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 22 de septiembre de 2016

Resumen de los hechos probados

El caso fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 4. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo previsto y penado en el art. 578.1 y 2 del Código Penal, solicitando la pena de 2 años y seis meses de prisión, multa e inhabilitación absoluta por tiempo de 7 años y el borrado de los mensajes publicados (art. 578.4 CP).

La defensa inicialmente solicitó la libre absolución. Sin embargo, con anterioridad a la vista, la defensa y la acusación llegaron a un acuerdo de conformidad, admitiendo los hechos y aceptando su participación y rebajándose la pena a 1 año y 6 meses de prisión.

En enero de 2016, con motivo del asesinato de periodistas y dibujantes de la revista "Charlie Hebdo", el acusado publicó en Facebook comentarios ensalzando el acto terrorista y contra las víctimas, entre ellos: *"... Los de Charlie Ebdo eran unos racistas muy peligrosos, dedicados a la instigación al odio racial, delito penado por las leyes internacionales"; "matar a los rehenes te da una tranquilidad espiritual total, misión cumplida. ...Nada más lamentable que tomar rehenes y vacilar antes de ejecutarlos. No hay que amenazar, hay que actuar" y "en homenaje a los terroristas fallecidos, el conocido y un poco ampuloso poema de Antonio Machado"*.

Fundamentos de la sentencia

El Tribunal entiende que la conformidad se ha prestado libremente y que los hechos aceptados son constitutivos de un delito de enaltecimiento. Ello, siguiendo al Tribunal Constitucional en su sentencia de 20 de junio de 2016, que cita a su vez lo dicho en anterior sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015, porque "el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, pues tiene como todos los demás derechos sus límites, y por ello recuerda la jurisprudencia del TEDH que se puede considerar necesario en las sociedades democráticas, sancionar todas las formas de expresión que propaguen, promueva, inciten o justifiquen el odio basado en la intolerancia".

Fallo

Por existir acuerdo entre el Ministerio Fiscal y la defensa, la Audiencia condena al acusado como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo a la pena de un año y seis meses de prisión, inhabilitación y multa.

Sentencia nº 36/ 2016 de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 16 de noviembre de 2016

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 6. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo previsto en el art. 578 del Código Penal, solicitando una pena de un año y seis meses de prisión, inhabilitación y multa.

Resumen de los hechos probados

El 25 de octubre de 2015, en la plaza Gamarra de Lekeitio, se desplegó una pancarta y una placa conmemorativa junto a distintas banderas en las que se ensalzaba a un miembro de ETA fallecido mientras manipulaba un explosivo.

La pancarta y la placa son retiradas por la policía autónoma vasca y enviadas a la policía científica para su análisis. De la cinta adhesiva con la que estaba pegada la placa se extrajeron siete huellas. Una de las cuales pertenece al dedo índice de la mano izquierda del acusado.

Fundamentos de la sentencia

Elementos del delito de enaltecimiento: antes de valorar la participación del acusado en los hechos, la Audiencia Nacional hace un análisis de los elementos del delito de enaltecimiento del terrorismo según la jurisprudencia contenida en las Sentencias TS 224/2010, de 3 de marzo, 340/2013, de 15 de abril, 587/2013 de 28 de junio y 481/2014, de 3 de junio, y concluye que efectivamente los hechos son enaltecimiento.

En relación con las pruebas: Expone la Audiencia Nacional la cuestión de si la huella encontrada constituye en sí prueba de cargo suficiente.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, (por todas STS nº 590/2013, de 26 de junio de 2013) *“el derecho a la presunción de inocencia se configura, en su perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias y referida a todos los elementos esenciales del delito, así como que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. De este modo, se habrá vulnerado el derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, cuando no se motive el resultado de dicha valoración o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el "iter" discursivo que conduce de la prueba al hecho probado”*.

Según la Audiencia, no hay prueba directa de que el acusado colocara o ayudara a otros a colocar la pancarta, la placa y las banderas según los hechos probados. Según la explicación dada por el acusado desde el principio: un familiar del miembro de ETA objeto de la pancarta le pidió ayuda para colocar la placa junto a otros recuerdos de su hermano en el caserío familiar, lo que el acusado hizo sin volver a ver la placa hasta que fue llamado a declarar. Esta versión fue ratificada por el familiar, indicando el lugar de la casa donde estuvo la placa durante un tiempo, sin percatarse de que había desaparecido. Una segunda testigo manifestó igualmente haber visto al acusado poner la cinta adhesiva en la placa a petición del familiar del miembro de ETA meses antes de los hechos y para su instalación en la casa familiar.

Esta explicación no irracional de la aparición de sus huellas en la cinta adhesiva junto con la ausencia de huellas del acusado en los demás objetos que estaban junto a la placa crea una duda razonable de la participación del acusado en los hechos objeto del procedimiento.

Fallo

Se absuelve al acusado.

Sentencia nº 39/ 2016 de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 30 de noviembre de 2016

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 3.

El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo y menosprecio o humillación a las víctimas de los artículos 578.1 y 2 y 579 bis 1 y 2 del Código Penal, solicitando pena de dos años y seis meses de prisión, sustitución de la pena por expulsión una vez cumplida los dos tercios de la condena, 9 años de inhabilitación y 5 años de libertad vigilada.

En el relato de la sentencia se menciona un inicio de conformidad entre el Ministerio Fiscal y la defensa del acusado, ciudadano marroquí, acuerdo que incluía la retirada por parte del Ministerio Fiscal de la petición de expulsión de España. El Tribunal anuncia que no puede aceptar la propuesta del Ministerio Fiscal de retirar de la posible condena la expulsión de España ya que la expulsión es una consecuencia obligatoria en toda condena superior a un año.

El Tribunal tampoco está conforme con la calificación de los hechos como enaltecimiento del artículo 578 del Código Penal y propone a las partes la posibilidad de modificar la acusación como auto-adoctrinamiento del artículo 575.2 párrafo tercero del Código Penal, así como posponer la vista para dar tiempo a las partes a preparar la acusación y la defensa, respectivamente. Propuesta que fue rechazada por la defensa solicitando la absolución de su cliente.

Resumen de los hechos probados

A lo largo del 2015 y a principios de 2016, el acusado fue accediendo, a través de internet, al contenido de páginas de contenido "yihadista radical violento" difusoras de los fines del Estado Islámico, que iba guardando y publicando en su muro de Facebook. El contenido va radicalizándose en el tiempo y el acusado sube contenidos de webs en los que cada vez es más explícita y directa la violencia de sus imágenes y las llamadas al martirio y a la muerte heroica, así como alabanzas y elogios a la labor de ISIS.

Fundamentos de la sentencia

En relación con las pruebas: La defensa argumentó como cuestión previa la nulidad de las escuchas telefónicas practicadas durante la investigación y la entrada y registro realizada en casa de su cliente por carecer del control judicial requerido y de motivación suficiente de las resoluciones que justifican las intervenciones. Alega igualmente ruptura de la cadena de custodia de los objetos intervenidos en la entrada y registro.

La Audiencia Nacional descarta la petición de la defensa y concluye que tanto las intervenciones telefónicas como la entrada y registro, y su debida custodia, fueron realizadas cumpliendo con las normas legalmente establecidas. Entiende el Tribunal que la defensa hace alegaciones genéricas que no pueden ser atendidas y, además añade, que durante la vista oral no se hicieron preguntas a los investigadores relativas a las nulidades alegadas. Igual situación se produjo respecto de las traducciones presentadas en las que se impugna la traducción, pero no se realizó pregunta alguna al traductor durante su comparecencia en la vista oral.

La Audiencia Nacional entiende probado que el acusado fue endureciendo sus mensajes

pasando a una fase de auto adoctrinamiento, de activismo y justificación de la violencia y preparación para la muerte. Para ello, se ha valorado prueba documental y pericial efectuada por la policía científica mediante informes y durante la vista oral.

En relación con la tipificación de los hechos declarados probados y la legislación aplicable: A la vista de los hechos que se exponen, en el momento de la vista, la Audiencia Nacional, planteó a las partes la posibilidad de que los hechos pudiesen ser considerados como un delito de auto-adoctrinamiento para capacitarse para la comisión de actos terroristas, previsto en el artículo 575.2, párrafo tercero. Este artículo tipifica la adquisición o posesión de documentos dirigidos o idóneos para colaborar o incorporarse a una organización terrorista y a sus fines. El Ministerio Fiscal acepta la modificación de la acusación y la defensa la rechaza solicitando la absolución.

El Tribunal estima que el ritmo creciente de las publicaciones, su extremismo junto con la posesión de documentos de contenido yihadista, conllevan un aumento de la criminalidad que excede el concepto de enaltecimiento. Esta evolución de la radicalidad en los mensajes se aprecia en los informes periciales presentados.

Para el Tribunal, el acusado había asumido total y plenamente los postulados y fines del Estado islámico, colaborando de forma activa en la difusión de sus actividades, fines y doctrinas, encontrando al acusado en estadio límite con el delito de colaboración con organización terrorista, o incluso, con el delito de pertenencia a la misma.

En relación con el delito de auto adoctrinamiento: Se estima que la finalidad exigida en el tipo penal está acreditada por el avanzado estado del auto adoctrinamiento alcanzado por el acusado que había asumido y colaborado de manera activa con los fines del Estado Islámico.

Fallo

Se condena al acusado como autor de un delito consumado de auto-adoctrinamiento con finalidad terrorista, a la pena de 2 años y 6 meses de prisión, sustituyendo la prisión por expulsión de España, una vez cumplidas las dos terceras partes de la misma, 9 años de inhabilitación y cinco años de libertad vigilada.

Sentencia nº 2/ 2017 de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 26 de enero de 2017

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 6.

El Ministerio Fiscal, calificó los hechos como: 1) Un delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 del Código Penal, solicitando por este delito una pena de 2 años y 1 mes de prisión; y, 2) Un delito de incitación al odio del artículo 510.1 del Código Penal y alternativamente del artículo 510.2 b) y 3 del Código Penal, solicitando por este delito una pena de un año y seis meses de prisión.

Resumen de los hechos probados

El investigado, un joven español, tenía dos cuentas en Twitter y contaba con 2,000 seguidores. A partir de diciembre de 2015 publicó comentarios, tales como: *“53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas”, “Y 2015 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esa cifra, gracias”, “Ya tengo los explosivos preparados para esta noche liarla en Sol, Feliz Año, Alá es grande”, “Ahora solo falta un atentado en Madrid, unos cuantos españoles muertos y un 2015 de puta madre” o “Ya no se ven atentados como los del 11S, estos de la Yihad no valen, sin van a masacrar a gente que lo hagan con estilo, vuelve Bin Laden.”*

Varios ciudadanos hicieron llegar su alarma por el contenido de estos mensajes a la Unidad policial, Grupo de redes que inició una investigación.

Fundamentos de la sentencia

En relación con las pruebas: La Audiencia Nacional entiende que las pruebas practicadas por la unidad policial Grupo de redes II son suficientes para concluir que el acusado ha incurrido en las conductas penales de las que es acusado. Según el Tribunal, no es creíble su alegación de que eran bromas de humor negro o sin intención de molestar; tampoco fueron localizados por los investigadores los alegados mensajes de disculpas que dice haber realizado. El Tribunal aceptó la incorporación de copia de estos mensajes. La credibilidad del acusado queda reducida al continuar con el mismo tono provocador de sus mensajes en fechas posteriores. Que sus mensajes causaron rechazo social está probado ya que éstos fueron denunciados ante la policía por varias personas en distintas partes de España.

En relación con la libertad de expresión: Declara el Tribunal que los hechos probados son legalmente constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo definido en el artículo 578 del Código Penal y de un delito de incitación al odio del artículo 510.1 CP.

La Audiencia Nacional, atendiendo a la STS 846/2015, de 30 de diciembre, dice se ha de llevar a cabo una valoración en cada caso concreto que equilibre el conflicto entre el interés protegido por la norma penal y la libertad de expresión, y examinar si los hechos desbordan los márgenes del ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en los artículos 16 y 20 de la Constitución Española. En este caso, entiende que los mensajes contenían hostilidad y discriminación hacia la mujer por lo que no puede admitirse amparo ni justificación de que se emitieron en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, dado que el derecho a la igualdad no es de menor relevancia constitucional.

Igualmente entiende el Tribunal que, en este asunto, la libertad de expresión no ampara las alabanzas de actividades terroristas, al margen de su efectivo y actual acaecimiento.

Fallo

Se condena al acusado por: 1) el delito de enaltecimiento del terrorismo a la pena de un año de prisión, multa de doce meses e inhabilitación; y, 2) el delito de incitación al odio a la pena de un año de prisión y multa de seis meses e inhabilitación.

Sentencia nº 4/ 2017 de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 28 de febrero de 2017

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 4. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación de sus víctimas del art. 578 CP, solicitando pena de prisión de 2 años y 6 meses, 9 años inhabilitación y multa.

En el momento de la vista oral el acusado y su defensa manifestaron su conformidad con la acusación. La Fiscalía rebajó su petición de pena.

Resumen de los hechos probados

En el período entre 2012 y finales de 2015, el acusado publicó de manera habitual y continua a través de su perfil de Twitter una serie de mensajes e imágenes en los que se ensalzaban y justificaban actos de las bandas terroristas ETA y GRAPO, menospreciando en otros a víctimas concretas de los mismos, y provocando y alentando en varios de ellos a la realización de actividades terroristas. Algunos ejemplos de los mensajes son: *"dos tiros a cada uno más que nada por si sobrevive al primero!"*; *"el que siembra miseria recoge bombas lapa"*; *"putos perros del sistema! No me da pena tu tiro en la nuca, cerdos!"*. También publicó de forma continuada fotografías del miembro de ETA Argala con la finalidad de adular al terrorista y justificar sus actos violentos.

Fundamentos de la sentencia

Se considera que los hechos anteriormente relatados son legalmente constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo, previsto y penado en el artículo 578.1 y 2 del Código Penal.

Entiende el Tribunal que la conformidad del acusado y su defensa con la calificación acusatoria lleva al dictado de sentencia acorde con la misma, por considerarse correcta la calificación y petición efectuadas, habiéndose manifestado libre y espontáneamente en sentido conforme el acusado.

Fallo

Se condena al acusado por un delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas a la pena de dos años de prisión, con inhabilitación de 8 años. Tanto la defensa como el Ministerio Fiscal solicitaron al Tribunal, que lo acepta, la suspensión de la condena.

Sentencia nº 9/ 2017 de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 29 de marzo de 2017

Resumen de los hechos probados

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 5.

El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de humillación a las víctimas del terrorismo, previsto y penado en los artículos 578.1 y 2 y 579 bis del Código Penal, solicitando la pena de 1 año de prisión e inhabilitación absoluta por 7 años.

La acusada empezó a utilizar su perfil de Twitter antes de su mayoría de edad en el año 2010, en el que muestra una intensa actividad con más de 92,000 tweets y cuenta con 4,478 seguidores. Desde 2013, año en el que ya alcanza la mayoría de edad, hasta enero de 2016 publicó, a través de su cuenta, vídeos y mensajes sobre el asesinato por parte de ETA del expresidente y Almirante Carrero Blanco.

Fundamentos de la sentencia

Respecto al tipo penal es de aplicación la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en sentencias nº 4/2017, de 18 de enero; 825/2016, de 2 de noviembre; 623/2016, de 13 de julio, y 656/2007, de 17 de julio, por la que se considera punible la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio, o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares. Con ello se trata de perseguir conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas, al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen en claro reproche penal.

En cuanto a la intencionalidad, establece la ya referida STS 4/2017, de 18 de enero que el artículo 578 del Código Penal “*sólo exige el dolo, esto es, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo; en otras palabras, tener plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una merma de la reputación, aprecio y dignidad de las víctimas del terrorismo y sus familiares*”.

En relación con la libertad de expresión: En relación con el conflicto que puede suscitar la comisión delictiva con la libertad de expresión, la referida STS 623/2016, de 13 de julio indica 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 generalizar el chiste de mal gusto, sino que una de las facetas de la humillación consiste en la burla, no recreada con chistes macabros con un sujeto pasivo indeterminado, sino bien concreto y referido a una persona a quien se identifica con su nombre y apellidos. En consecuencia, el ejercicio de la libertad ideológica o de la libertad de expresión, no obstante su reconocimiento como derechos fundamentales (Artículo 20.1 a) de la Constitución), no pueden servir de cobertura a la impune realización de actos o exteriorización de expresiones que contengan un manifiesto desprecio hacia las víctimas del terrorismo, en tal grado que conlleve su humillación.

Fallo

Se condena a la acusada por el delito de humillación a las víctimas de terrorismo, a la pena de 1 año de prisión, con inhabilitación absoluta de 7 años.

Sentencia nº 15/ 2017 de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 29 de marzo de 2017

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 6. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo previsto en el art. 578 del Código Penal, solicitando una pena dos años y seis meses de prisión, 9 años de inhabilitación y multa.

Resumen de los hechos probados

Entre las fechas de julio del 2015 a enero del 2016, el acusado publicó en su perfil de Twitter, que contaba con más de 29,000 seguidores, mensajes e imágenes con foto de un miembro del GRAPO en las que se ensalza y se hacen alabanzas a la lucha armada, entre ellas: *"La riqueza de los pobres es oponer resistencia, ser la pesadilla del burgués que nos desprecia"* o *"Los derechos de los trabajadores no se obtienen en el Parlamento, ¡se conquistan luchando en la calle!"*. La imagen que publica de un miembro del GRAPO, con la leyenda *"Es comunista, no terrorista. LIBERTAD ARENAS"*.

Fundamentos de la sentencia

En relación con las pruebas: El acusado reconoció durante el juicio oral que la cuenta donde se difundieron los mensajes era suya. Los investigadores y los peritos testificaron para confirmar que el acusado fue el autor de los mensajes y de su difusión.

En relación con el delito de enaltecimiento: Dice la Audiencia Nacional que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, las más recientes de 2 de febrero, 25 de abril de 2011 y 1 de abril de 2013), no se pretende criminalizar opiniones discrepantes, sino combatir aquellos que ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, evitando la justificación y apoyo de tales conductas. Asimismo, evitar el "discurso del odio", en la medida en que el terrorismo vulnera los derechos humanos y se basa en el exterminio del otro.

Los elementos que integran la infracción incluyen los siguientes: (i) La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica; (ii) el objeto de tal ensalzamiento o justificación ha de ser o acciones definidas como terrorismo en el Código Penal o las personas que hayan participado en su ejecución; (iii) tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión o difusión; (iv) ha de ser un comportamiento activo; y (v) de carácter genérico sin que sea necesario que integre una provocación.

La Audiencia Nacional concluye que el tenor literal de los Tuits objeto de acusación no reúnen los requisitos inherentes al enaltecimiento y no puede entenderse que vayan más allá del ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

Según la sentencia, publicar una fotografía de un miembro del GRAPO pidiendo su libertad no es considerado como enaltecimiento. Asimismo, los mensajes publicados responden a reivindicaciones de tipo social más que alabanzas a los métodos de lucha terroristas, expresando mucho enfado.

Fallo

Se absuelve al acusado.

Sentencia nº 11/ 2017 de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 21 de abril de 2017

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto se dirige contra tres acusados y fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 3.

El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo previsto en el art. 578 del Código Penal, solicitando una pena a cada acusado de dos años de prisión, así como la pena de libertad vigilada por 3 años.

Resumen de los hechos probados

Con ocasión de las fiestas patronales de Tafalla, entre los días 14 a 20 de agosto de 2016, se llevaron a cabo actos públicos alrededor de la plaza del Ayuntamiento. Se portaron carteles pidiendo el retorno de los presos de ETA al País Vasco. Asimismo, y en apoyo de sus familiares, un cartel con la fotografía de un miembro de ETA que está cumpliendo condena en Francia, así como una pancarta en relación con la retirada de las fuerzas de seguridad del Estado del País Vasco y Navarra.

Fundamentos de la sentencia

En relación con las pruebas: La Audiencia Nacional analiza las pruebas realizadas durante la vista oral: declaraciones de los investigadores, declaraciones de los acusados y fotografías aportadas por la defensa. La Audiencia entiende que las testimoniales de los agentes de la Guardia Civil no son suficientes para probar que los hechos eran un homenaje al miembro de ETA cuya fotografía se exhibió. Los testimonios de los agentes en relación con los carteles y los movimientos de los mismos entre los asistentes al acto carecen de fuerza suficiente para probar la existencia de delito.

Los acusados reconocieron haber estado en los actos que se mencionan, pero niegan que fuera un acto de homenaje a ningún miembro de ETA, sino una reivindicación para el retorno de los presos a cárceles en el País Vasco y que cumplieran sentencia cerca de sus familias. La defensa presentó fotografías en las que en ninguna aparecen los acusados portando cartel alguno. La Audiencia concluye que las imágenes reflejan un ambiente festivo, y de camaradería, sin que se observe a nadie llevando la iniciativa en los actos, ni asumiendo protagonismo de tipo alguno.

Por tanto, no se ha podido probar que los acusados portaran pancartas en defensa de ETA, ni que su contenido pueda ser considerado como enaltecimiento.

Fallo

Se absuelve los tres acusados.

Sentencia nº 13/ 2017, de 9 de mayo, de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 3. El procedimiento se dirige contra dos acusados. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo previsto en el art. 578 del Código Penal, solicitando una pena un año de prisión y multa de 14 meses, 7 años de inhabilitación y 1 año de libertad vigilada.

Resumen de los hechos probados

A primeras horas de la mañana de los días 7 y 8 de noviembre de 2016, con motivo de la detención el 5 de noviembre de 2016, en la localidad francesa de Ascaín, de un dirigente de E.T.A., personas desconocidas procedieron a realizar dos pintadas en la parte exterior del matadero de Llodio y en el paso subterráneo situado junto a la estación de RENFE de la referida localidad. Las pintadas fueron realizadas con spray rojo y negro y contenían el emblema de la organización terrorista E.T.A., - hacha entrelazada por una serpiente-, la frase "KONPONBIDEA BIDE ERKUNDA IPAR!" (el control de la solución lo tienen las instituciones) y otra pidiendo la libertad del miembro de ETA detenido.

Fundamentos de la sentencia

En relación con las pruebas: Las declaraciones realizadas durante la vista oral por los investigadores y peritos policiales, incluida la visualización de las imágenes de la cámara existente en el pasadizo junto a la estación de RENFE, no han sido suficientes para destruir la presunción de inocencia de los acusados.

Sin pruebas suficientes de cargo se declara la absolución de ambos acusados.

Fallo

Se absuelve a los acusados.

Sentencia nº 14/ 2017 de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 14 de junio de 2017

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 3.

El Ministerio Fiscal entendió, inicialmente, que los hechos eran constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo previsto en el art. 578 del Código Penal, solicitando una pena de 1 año y 6 meses de prisión y multa de 16 meses, inhabilitación absoluta por un período de 8 años y libertad vigilada por 3 años.

La defensa solicitó se aprecie la situación psíquica del acusado que le impide conocer la ilicitud del hecho.

En el acuerdo de conformidad entre las partes, el Ministerio Fiscal modificó su petición de pena por una medida de seguridad de libertad vigilada consistente en la obligación de someterse a un control médico periódico por un tiempo no superior a 5 años, e inhabilitación.

Resumen de los hechos probados

El día 14 de abril de 2016, el acusado estaba en el curso de una manifestación de la organización ETXERAT, cuando al paso de una patrulla de la Ertzaintza (Policía Autónoma Vasca) comenzó a gritar GORA ETA MILITARRA de manera reiterada, hasta que los agentes se acercaron al acusado y lo identificaron.

Fundamentos de la sentencia

Habiendo las partes llegado a un acuerdo de conformidad sobre los hechos y confirmado el Tribunal que se ha prestado de manera voluntaria, procede dictar sentencia según los términos aceptados. Entiende que los hechos probados son constitutivos de un delito de enaltecimiento del artículo 578 del Código Penal.

A la vista de las pruebas, el Tribunal considera que el acusado, en el momento de los hechos, tenía una importante limitación de sus capacidades intelectivas y volitivas. A tal efecto, se presentaron informes médicos donde constan los antecedentes de trastorno mental con ingresos hospitalarios por Esquizofrenia paranoide.

El Tribunal concluye que, en este caso, se ha de apreciar que existe una eximente de la responsabilidad criminal completa por anomalía o alteración psíquica, lo que hace que no pueda imponerse pena alguna.

Fallo

Que por aplicación de la eximente completa de alteración o anomalía psíquica que le impide comprender la ilicitud del hecho delictivo cometido, se somete al acusado a la medida de libertad vigilada durante cinco años consistente en la obligación de someterse a control médico periódico de la enfermedad de esquizofrenia paranoide que padece.

Sentencia nº 22/ 2017 de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 25 de julio de 2017

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 5. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de humillación a las víctimas del terrorismo previsto en el art. 578 del Código Penal, solicitando una pena de dos años y seis meses de prisión, 10 años inhabilitación y tres años de libertad vigilada.

Resumen de los hechos probados

En distintos días de mayo de 2016, con ocasión de poner a una calle el nombre de una víctima de ETA, el acusado subió varios vídeos a las redes sociales Facebook y Youtube en los que se dedica a atacar a la víctima de ETA y otras personas e instituciones, ensalzando a la organización terrorista. Cuando vuelve a colgar el vídeo se queja de las pocas visitas que éste ha recibido. En junio de 2016 publica un vídeo en el que se pueden ver juramentos de lealtad al DAESH y donde también aparecen combatientes.

Fundamentos de la sentencia

En relación con las pruebas: El acusado reconoció que los perfiles de las redes sociales en las que aparecieron los videos eran suyos. En la vista comparecieron los investigadores y los peritos que corroboraron lo indicado en los hechos probados.

En relación con el delito de enaltecimiento: De la prueba practicada, el Tribunal llega a la convicción de que la conducta del acusado es la definida en el artículo 578 del Código Penal.

El Tribunal considera como posible que los comentarios del acusado tuvieran como origen su detención en agosto del 2015, cuando fue acusado por hechos similares y achaca a la detención policial anterior la pérdida de su negocio, lo que le llenó de rencor.

El Tribunal estima que el acusado utiliza un discurso de odio en el que justifica la violencia de la organización terrorista cuando las víctimas están vinculadas con el Partido Popular, acudiendo a humillar y vejar a la persona con que se nombraba la calle como figura representativa. Concluye que el acusado culpa de sus males al Partido Popular y hace un relato que justifica las acciones terroristas de ETA cuando van dirigidas contra sus miembros.

Con lo expresado por el acusado, y siguiendo la jurisprudencia de la STS 587/2013, de 28 de junio, el Tribunal considera que “presenta o hace aparecer como acciones lícitas u legítimas aquello que es un claro comportamiento criminal de carácter terrorista”.

En relación con el dolo: La conducta del acusado reúne todos los elementos requeridos para entender realizada la conducta tipificada ya que, según jurisprudencia de la STS 4/17 de 18 de enero, el artículo 578 del Código Penal solo exige la plena conciencia y voluntad de estar difundiendo un mensaje que contiene evocación nostálgica de las acciones violentas de un grupo terrorista. Este conocimiento del acusado no queda difuminado por el estado anímico que sufría por la pérdida de su negocio. Que no fue un impulso repentino lo muestra el hecho de que colgó el vídeo en las redes sociales en más de una ocasión, cerrando luego la cuenta, condecorador del carácter penal de su conducta.

El Tribunal no considera delito de enaltecimiento la publicación que realizó el acusado el 14 de junio de 2016, en cuyo vídeo se ve un acto de jura de combatientes del DAESH, ya que dicho vídeo no contiene comentario alguno. Asimismo, no queda demostrado que haya interés alguno por parte del acusado en defender o publicitar la ideología yihadista.

Fallo

Se condena al acusado como responsable de un delito de enaltecimiento y de humillación a las víctimas del terrorismo, a la pena de dos años y un día de prisión, 8 años de inhabilitación y 15 meses de multa.

Sentencia nº 34/ 2017 de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2017

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 3. La acusación se dirige contra 12 jóvenes que forman parte del colectivo de cantantes de hip-hop "La Insurgencia".

El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo previsto en el art. 578 del Código Penal, solicitando una pena de dos años y 8 meses de prisión, 9 años de inhabilitación y 16 meses de multa para cada uno de ellos.

Resumen de los hechos probados

Los raperos de "La Insurgencia", que se identifican como un colectivo musical, tienen un gran número de canciones publicadas en las redes sociales. En el canal "la Insurgencia" en Youtube cuentan con 1.900 suscriptores y más de 400,000 visualizaciones desde 2012. El colectivo también dispone de un perfil en Facebook donde publican todos sus temas musicales. Sus canciones mantienen un mensaje de tónica subversiva frente al orden constitucional democrático y en ellas se elogia de manera reiterada a miembros de la organización terrorista PCE(r)-G.R.A.P.O. .

El análisis de los hechos probados según el Tribunal indica lo siguiente: En agosto de 2016, con ocasión del tercer aniversario del nacimiento del colectivo, se presentó la canción "La Insurgencia, muerte al capital", en la que participan conjuntamente todos los "insurgentes", reforzando así la idea de unidad y objetivo común: propagar sus ideas de odio al sistema democrático y el ensalzamiento de la organización terrorista PCE(r)-G.R.A.P.O.

El discurso violento de "La Insurgencia" se difunde principalmente a través de Internet. No obstante, también en directo, con ocasión de actos y eventos impulsados por organizaciones de extrema izquierda radical o de apoyo a los denominados "presos políticos" de organizaciones terroristas, especialmente PCE(R)-G.R.A.P.O.

Entre los contenidos de sus canciones e imágenes se puede encontrar lo siguiente: "Tengo derecho a la rebelión, me da igual que no sea legal, que esta Constitución no lo refleje, que la Audiencia Nacional me procese y me encierre, como la Inquisición por hereje, resistir es vencer, lo aprendí del PCE(r)"; "Cuando hablo de hip-hop estoy hablando de lucha armada" (se observa simultáneamente en las imágenes a una persona hacer una pintada en una pared que dice "Que vuelvan los G.R.A.P.O.", seguida de una imagen de tres miembros enmascarados de esta banda terrorista; "He vuelto pero no me había ido, estaba planeando cómo volar el Valle de los Caídos"; "No somos artistas, somos luchadores, no somos letristas, somos agitadores, somos militantes despertando mentes"; "Furia de Pantera Negra, puño en alto y el fusil de asalto preparaos para la guerra, eh, preparaos para la guerra, no vamos a ceder ni un milímetro de tierra, los principios no se negocian con los de fuera, antes de que nos maten llevemos la guerra a su puerta"; "Incito a la lucha armada, pacíficamente protesto", "Martillazos a oligarcas en la sien, analiza esto y dime ¿Terrorista quién? Hay que hacer ver que no regalan nada, que la libertad viene con sangre derramada de burgueses, y camaradas para acabar con la injusticia lucha organizada. Si quieres acabar con los fusiles hacen falta balas, por eso no condeno la lucha armada" y "Hablemos claro cada palabra un disparo, de lo contrario jamás nos podremos liberar, tenemos munición de sobra vamos hermano".

Fundamentos de la sentencia

En relación con los hechos: Los acusados son un grupo de jóvenes que no se conocen personalmente, salvo en algún caso, y en los que el hilo conductor es el Rap de estilo hip hop. La defensa alega que el rap utiliza un lenguaje extremo para atraer, no siendo un discurso académico. Sus canciones con rimas no son un mitin político, de modo que una persona que quiere transmitir información no canta una canción. En cuanto al monólogo como creación artística, se refiere a la sentencia del TEDH de 20 de octubre de 2015. Las expresiones extractadas forman parte de canciones de las que los acusados son sus letristas y que ellos expresan como forma de arte. Que ese arte y en ese contexto, hay que entenderlas en sentido metafórico y ficticio de su obra. Todo ello es solo la expresión de un pensamiento.

El Tribunal explica que debe valorar si, efectivamente en este caso, se trata de una producción artística en la que se expresa un pensamiento en sentido metafórico o por el contrario es la conducta penal contenida en el artículo 578 del Código Penal.

En relación con los elementos del delito de enaltecimiento: Hace referencia el Tribunal a las STS 481/2014, de 3 de junio y 843/2014, de 3 de diciembre, en las que se enumeran los elementos que integran la infracción, (a) la existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica un comportamiento criminal terrorista; (b) El objeto de tal enalzamiento o justificación son conductas definidas como terrorismo o a las personas que han participado en la ejecución de las mismas; (c) La acción se realiza por cualquier medio de expresión o difusión que otorgue publicidad; (d) ha de ser un comportamiento activo, de naturaleza esencialmente dolosa o intencional, y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito.

Entiende el Tribunal que las letras de las canciones contienen continuadas alusiones que entrañan abiertamente una loa a la organización terrorista GRAPO y que, de manera puntual, citan a la organización terrorista ETA. Se entiende hay publicidad por el número de visitas que los vídeos de las canciones tuvieron.

En cuanto a comprobar el elemento intencional, según recoge la STC de 20 de junio de 2016, ha de valorarse si los hechos son la expresión de una opción política propia que estimule el debate transformador del sistema político o si, por el contrario, persiguen desencadenar hostilidad e incitación promoviendo el odio y la intolerancia, incompatibles con los valores democráticos.

En relación con la libertad de expresión: Los límites a la libertad de expresión, cuando colisione con otros derechos fundamentales, han de ser interpretados de manera rigurosa. El derecho a la libertad de expresión no puede quedar desnaturalizado ni tampoco puede hacerse del derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión.

La jurisprudencia contenida en la STS 812/2011 de 21 de julio, que se remite a la STS 31/2011 de 2 de febrero, indica que no solo tiene importancia la literalidad de las palabras, sino su intención y el sentido en que fueron utilizadas. Asimismo, según la STS 224/2010 de 3 de marzo, se requiere un análisis del contexto en que fueron pronunciadas para determinar si se está dentro del ámbito del tipo penal o si es un ejercicio del derecho constitucional de la libertad de expresión o ideológica.

Las canciones como obra artística: El Tribunal reconoce que el rap tiene una tendencia cultural-revolucionaria, que ha de rimar y se permiten licencias gramaticales, figuras retóricas y metáforas para enfatizar ideas o sentimientos, pudiendo utilizar el lenguaje con sentido diferente al comúnmente utilizado. También a que los acusados argumentaron ser

muy jóvenes en el momento en que se produjeron los atentados terroristas cometidos por algunos de los mencionados, y su falta de conocimiento de las vidas de los mismos. Asimismo, que cuando aluden a la lucha es en sentido metafórico, siendo la palabra su arma.

Tras un análisis detallado de determinadas canciones y vídeos, el Tribunal llega a la conclusión de que del contenido de las letras extractadas se constata inequívocamente que el contenido de las canciones se orienta a exaltar a la organización terrorista GRAPO, a sus integrantes y a sus actividades, incitando a la violencia terrorista; al igual que la perpetrada por ETA, si bien en un número considerable menor de evocaciones, pero en la misma dirección.

Aunque no todos los acusados participaron con la misma intensidad, si lo hicieron de manera unitaria.

Concluye el Tribunal que cualquiera que sea la forma utilizada para transmitir un pensamiento o una idea, no pueden traspasarse los límites tolerables de la libertad de expresión. La rima musical empleada por los acusados tiene un mensaje netamente de loa y justificación a la lucha armada de la organización terrorista GRAPO, que en grandes dosis y palmariamente, impregna su producción.

Valoración de las alegaciones realizadas por la defensa: Los acusados alegaron que solo se ha tenido en cuenta un porcentaje menor de su producción artística y que su orientación es social sobre desahucios y lucha energética, ajena a promocionar el terrorismo. Asimismo, que su música -a través de metáforas- expresa sus emociones a modo de denuncia social ante las desigualdades existentes en la idea de cambiar las cosas, pero no claman violencia sino contra la violencia existente en la sociedad. Que eran muy jóvenes al tiempo de las actividades terroristas que se mencionan y no estaban muy al tanto de las mismas.

Entiende el Tribunal, siguiendo la jurisprudencia contenida en la STS 600/17, de 25 de junio, que además de que la conducta se ajuste a la definición contenida en la ley, ha de existir otro elemento que haga constitucional la sanción penal. En este sentido, se refiere a que el Tribunal Constitucional, en STC 112/2016, proclamó: *"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"* para concluir *"que supone una legítima injerencia en la libertad de expresión de sus autores cuando lo expresado por ellos pueda ser considerado como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades"*.

En relación con la intencionalidad: Teniendo en cuenta la jurisprudencia citada, el Tribunal considera que la producción musical de los acusados supone una justificación del terrorismo. Presenta a los terroristas como luchadores por la libertad de la clase obrera que los tribunales han condenado injustamente, ensalzando sus actividades delictivas, hasta invitar a emularlas.

La explicación de su juventud no impide que conocieran perfectamente que su impronta musical se orientaba a la alabanza y justificación de las acciones armadas de las organizaciones terroristas GRAPO y ETA, mostrando un conocimiento inusual sobre sus actividades concretas y modos de actuación. El tono machacante y reiterativo no es metafórico sino calculada orientación e incitación a la violencia.

Además de intención y dolo, contenidos en la jurisprudencia y también en la Directiva de la UE 2017/541, ha de existir una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. Para valorar la existencia real de riesgo, hay que tener en cuenta: la proximidad de los actos terroristas con el enaltecimiento y del riesgo que tal conducta pueda llevar a cometer nuevas acciones terroristas. La verosimilitud del riesgo y la posibilidad de que se dé una provocación se valorarán según las circunstancias de cada caso.

Analizado todo el material probatorio, el Tribunal alcanza la convicción íntima de que se dan en este caso todos los elementos exigidos para entender que los acusados han incurrido en el delito de enaltecimiento del artículo 578 del Código Penal.

Fallo

Se condena a los acusados a la pena de dos años y un día de prisión, 8 años y un día de inhabilitación y 16 meses de multa.

La sentencia contiene un voto particular discrepante: La presidenta de la Sección 4ª presenta una opinión discrepante con la mayoría por entender que, en el ánimo de los jóvenes acusados, no había intención alguna de enaltecer o justificar acciones terroristas o a individuos pertenecientes a organización de carácter terrorista. Considera que su interés era rimar a toda costa construyendo a veces frases sin sentido. Que la organización terrorista es inexistente y su recuerdo es muy limitado. Por todo ello, concluye que no constituye realmente enaltecimiento ni justificación de acciones terroristas sino más bien que su intención es lograr notoriedad y llamar la atención.

Sentencia nº 39/ 2017 de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 15 de diciembre de 2017

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 6. El Ministerio Fiscal calificó los hechos inicialmente como constitutivos de un delito de pertenencia a organización terrorista de los artículos 571.2 y 3 del Código Penal conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010.

La acusación se dirige contra una ciudadana española y dos ciudadanos marroquíes.

Antes del inicio de la vista oral, las partes llegaron a un acuerdo de culpabilidad y el Ministerio Fiscal modificó su calificación de los hechos de la siguiente manera: Para la ciudadana española y uno de los marroquíes: (i) Un delito de pertenencia a organización terrorista de los artículos 571, 572.2, 573 (delito de terrorismo) y 579 bis 4 (pena inferior dada la menor gravedad del hecho) del Código Penal, conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2015; y, para el tercer acusado marroquí: (ii) Un delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578.1 y 2 del Código Penal.

Resumen de los hechos probados

La acusada española decide acudir al llamamiento realizado por DAESH para emigrar a los territorios controlados por dicha organización. A pesar de su intención de llegar a Siria, y por razones ajenas a su voluntad, no pudo viajar. Sin embargo, continúa en su intento, cambiando de destino, siendo ahora Afganistán el lugar al que quiere llegar. La acusada, integrada en un grupo yihadista de mujeres, realiza labores de adoctrinamiento y radicalización sobre otras mujeres utilizando Whatsapp para difundir contenidos del DAESH y también para sus planes de salida de España.

Los acusados marroquíes conformaban un grupo dedicado a las actividades de proselitismo, captación y adoctrinamiento terrorista en beneficio del DAESH. Dicho grupo está integrado dentro de la estructura de captación del DAESH, a través de internet, y su objetivo es el adoctrinamiento de mujeres bajo una apariencia occidentalizada. Este recurso es conocido como Taqiya y usado por los terroristas para ocultar su condición.

A lo largo de 2014 y hasta agosto de 2015, a través Facebook, publican y comparten multitud de contenidos en apoyo a la actividad terrorista del DAESH; haciendo referencia a videos y comentarios de claro apoyo a las actividades violentas, asesinatos, y ejecuciones del DAESH. También se refieren a la aplicación extremista e interpretación rigorista de la Sharia islámica en el territorio del Califato.

Fundamentos de la sentencia

En relación con las pruebas: A las preguntas realizadas por el Ministerio Fiscal, los acusados aceptaron la realidad de los hechos declarados probados. También comparecieron investigadores, peritos y se presentó prueba documental acreditativa de los hechos.

Fallo

Se condena a la acusada española como autora de un delito de pertenencia a organización terrorista de los artículos 571, 572.2, 573 y 579 bis 4 del Código Penal, a la pena de 2 años de prisión, 8 años de inhabilitación y un año de libertad vigilada.

Sentencia nº 3/ 2018 de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 15 de enero de 2018

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 2. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo y de humillación a las víctimas, previsto y penado en los artículos 578 y 579 bis del Código Penal, solicitando una pena de 1 año de prisión, y 8 años de inhabilitación.

Resumen de los hechos probados

A lo largo de los años 2013, 2015 y 2016, el acusado, que tenía de 21 a 25 años, publicó en la red social Twitter diferentes mensajes (la sentencia hace referencia a 11 mensajes concretos en total) que contenían expresiones que denigraban la memoria de algunas víctimas de la organización terrorista ETA, así como ensalzaban la actividad criminal de los miembros de la mencionada organización terrorista. El perfil cuenta con 57.980 tweets, teniendo un total de 393 seguidores.

Fundamentos de la sentencia

En relación con las pruebas: El acusado admitió que todos los mensajes o tuits que aparecen en las actuaciones fueron escritos por él y que se arrepiente del contenido que borró voluntariamente con posterioridad. Según el acusado, los tuits fueron escritos en un momento de ofuscación y "de cabreo, idiotez y chiquillada", estando avergonzado por ello y pidiendo perdón a las víctimas que pudieron sentirse ofendidas.

Al acto de juicio acudieron como testigos los funcionarios que realizaron la investigación, indicando que los mensajes que se pueden enmarcar en la conducta delictiva fueron escasos si se tiene en cuenta que, durante el período de análisis, las publicaciones ascendieron a 58,000. Sin embargo, el Tribunal indica que los mensajes no fueron emitidos en una ocasión concreta sino a lo largo de tres años y que el acusado no explicó las circunstancias concretas de su ofuscación.

En relación con el delito de enaltecimiento: Hace la sentencia una detallada referencia a la jurisprudencia del TS sobre la necesidad de castigar este tipo de conductas, el bien jurídico protegido y los elementos esenciales necesarios para entender que la conducta reprochable ha sido realizada.

En relación con la humillación, se hace referencia a la STS 656/07, de 17 de julio, que establece que lo que la ley considera punible es la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de terrorismo o de sus familiares. Se castigan así el mensaje de odio que calumnia a las víctimas, produce indignación en la sociedad y que es reprochable penalmente.

Indica la Audiencia que, en esta clase de delitos, es importante el sentido o la intención con que se hayan utilizado los mensajes y no solo su tenor literal.

En relación con la intencionalidad, señala la STS 4/2017, de 18 de enero, que el artículo 578 solo exige tener plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje que tiene un contenido que merma la reputación, aprecio y dignidad de las víctimas del terrorismo y sus familiares y este mensaje llega a las víctimas sin matices, con burla o sátira. Los mensajes así difundidos alimentan el discurso del odio y configuran el elemento del dolo exigido en el tipo penal.

En relación con la libertad de expresión, la Audiencia hace referencia a la STS 623/2016, de 13 de julio, para indicar que la libertad ideológica o de expresión no puede amparar la publicación de expresiones que contienen un injustificable desprecio y humillación hacia las víctimas del terrorismo, en especial cuando ésta es identificada con nombre y apellidos siendo objeto de burla u ofensa, lo que atenta a su dignidad y produce una revictimización.

La Audiencia entiende que las pruebas de cargo presentadas permiten acreditar que se cumplen los requisitos exigidos para la comisión del delito. El arrepentimiento proclamado por el acusado pidiendo perdón a las víctimas no puede ser tenido en cuenta para eximirlo de responsabilidad penal.

Concluye el Tribunal que tampoco puede ser acogida la solicitud de la defensa de atenuación de la responsabilidad penal del acusado. Sin embargo, sí procede la atenuación de la pena ya que, a pesar de que el delito fue cometido a lo largo de tres años, los mensajes difundidos son escasos y su incidencia ha sido mínima. Ello unido a que sólo tenía 393 seguidores, a su arrepentimiento, su juventud y que no ha vuelto a producirse con posterioridad, permite al Tribunal una mitigación de la pena.

Fallo

Se condena al acusado como responsable de un delito de enaltecimiento y humillación a las víctimas a la pena de seis meses de prisión y 6 años y 6 meses de inhabilitación.

Se condena al segundo de los acusados, ciudadano marroquí, como autor de un delito de pertenencia a organización terrorista de los artículos 571, 572.2, 573 y 579 bis 4 del Código Penal, a la pena de 4 años de prisión, 10 años de inhabilitación y dos años de libertad vigilada, sustituyendo la pena de prisión por expulsión de España una vez cumplidos los dos tercios de la pena.

Se condena al tercero de los acusados, ciudadano marroquí, como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578.1 y 2 del Código Penal, a la pena de 2 años y 1 día de prisión, 6 años de inhabilitación absoluta y un año de libertad vigilada.

Sentencia nº 6/ 2018 de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 1 de marzo de 2018

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 3. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del art. 578.1 y 2 del Código Penal, y alternativamente delito de incitación al odio del art. 510.2 b) del Código Penal, solicitando una pena de dos años de prisión y 8 años de inhabilitación, por el delito de enaltecimiento y alternativamente, para el delito de incitación al odio, la pena de 1 año y 4 meses de prisión y multa de 10 meses.

Resumen de los hechos probados

En dos días distintos en agosto de 2016 y cuatro días distintos en septiembre de 2016, la acusada, joven nacida en 1997, publicó tuits, entre ellos: *"Rey muerto, abono para el huerto"*, *"Gora ETA"*, *"Euskadi Ta Askatasuna y la lucha sigue"* y *"Cuando vaya a votar preguntare por la papeleta de los Grapo"*, *"Soy de El Grapo, puta España"*. Además, publicó un vídeo en el que explicaba: *"... la ETA, no hizo cosas bien, tenía que haber actuado de otros modos y haber atacado a otras personas y no a la gente de la calle... ETA en sus comienzos era necesaria, hizo cosas que estaban muy bien"*.

Fundamentos de la sentencia

En relación con las pruebas: El Tribunal estima que la prueba de cargo presentada no es suficiente para destruir la presunción de inocencia de la acusada y que de la misma no se deduce que la conducta de la acusada comporte delito alguno.

En relación con el delito de enaltecimiento: Según la jurisprudencia de la STS 503/2008, de 17 de julio, en los sistemas democráticos como el español, la libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas debe ser preservada; incluso la defensa de tesis que tengan por objeto la sustitución del sistema democrático. Solo los métodos violentos están excluidos. La mera expresión de ideas violentas sin otras finalidades no es todavía un delito.

La jurisprudencia constitucional, a tenor de la STC 112/2016, así como numerosas SSTS, entre ellas, 354/2017, de 17 de mayo; 378/2017, de 25 de mayo; 560/2017, de 13 de julio; y, 600/2017, de 25 de julio, establece que para poder condenar por el artículo 578 del Código Penal, el Tribunal deberá de ponderar en su resolución judicial si la conducta desarrollada por el acusado integra una manifestación del discurso del odio, que incita a la violencia y la existencia de una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. Ello como condición necesaria para justificar que la condena es compatible con el estándar del derecho de la libertad de expresión.

Es exigencia constitucional acreditar la finalidad y motivación con la que se ejecutan actos de enaltecimiento o humillación y hacer una valoración sobre el riesgo que se crea con el acto del acusado (STS 560/2017, de 13 de julio). El enaltecimiento no es expresar emociones o deseos y exteriorizarlos, sino procurar que el mensaje al menos indirectamente, incite a otros a cometer delitos de terrorismo.

En este caso, lo probado no permite apreciar que a raíz de los tuits expresados por la acusada se haya generado - ni sean actos que incrementen mínimamente- el peligro de comisión de actos terroristas, ni expresan menosprecio o humillación de las víctimas. No se ha acreditado que la acusada tuviera intención de enaltecer el terrorismo o humillar a las víctimas, ni que se produjera alguno de esos resultados.

En relación al delito de odio: Para entender que se ha producido esta conducta penal, es necesario probar que se han realizado unas ofensas que provocan, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. Se trata de expresiones que, por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, deben ser considerados penalmente reprochables (STS 72/2018, de 9 de febrero).

Tampoco estos requisitos se dan en la conducta probada de la acusada: no se ha acreditado que se incitara al odio.

Fallo

Se absuelve a la acusada.

Sentencia nº 3/ 2018 de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 2 de marzo de 2018

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 5. La investigación se inicia por denuncia privada recibida en la Fiscalía en enero 2016 por contenidos de mensajes en Twitter. En noviembre de 2016 se conoce la existencia de diligencias de investigación por delitos de injurias contra la Corona. En diciembre de 2016 se unen ambos procedimientos en uno solo.

El Ministerio Fiscal presenta acusación por (a) un delito de enaltecimiento del terrorismo, previsto y penado en el art. 578 del Código Penal con la agravante de reincidencia, para el que solicitó la pena de dos años y nueve meses de prisión, 10 años de inhabilitación, 18 meses de multa y dos años de libertad vigilada; (b) un delito de calumnias e injurias contra la Corona y utilización de la imagen del Rey (apartados 1 y 2 del art. 491 del Código Penal), solicitando pena de 12 meses de multa; y (c) un delito de injurias y calumnias contra las Instituciones del Estado (art. 504.2 del Código Penal) solicitando pena de 15 meses de multa.

Resumen de los hechos probados

El acusado publicó durante los años 2014 a 2016 comentarios denigrantes contra distintas instituciones del Estado al tiempo que dedica frases y archivos ensalzando a personas condenadas por delitos de terrorismo. El perfil de Twitter contaba con más de 54.000 seguidores y se han podido encontrar 1.915 Tweets en los que aparecen los términos GRAPO, ETA, TERRORISMO, SILBO, BOMBA, POLICÍA y GUARDIA CIVIL. Entre los citados mensajes, estaban los siguientes: “¿50 policías heridos? Estos mercenarios de mierda se muerden la lengua pegando hostias y dicen que están heridos”; “orgulloso de quienes respondieron a las agresiones de la policía”; “Video de cargas policiales en Lavapiés. 30/12/15 Llamen banda criminal a grafiteros y no a la monarquía. Menudo estado demencial”; “La monarquía mafiosa que da lecciones a países donde nadie es desahuciado”; “El estado español dando armas a los criminales amigos de la monarquía para que puedan bombardear Yemen. Que se sepa”. En los tuits y vídeos publicados se cita a miembros de los GRAPO, de ETA condenados por delitos de terrorismo. En agosto de 2016, el acusado publicó un vídeo en el que canta una canción en la que reprueba a la monarquía. A fecha 30 de agosto de 2016, había tenido 5.417 visualizaciones.

Fundamentos de la sentencia

En relación con las pruebas: El Tribunal valora que, tal como resulta de los medios de prueba practicados, la declaración del acusado, de los investigadores, pericial y documental, todas realizadas de forma legítima, son de cargo suficiente para hacer decaer el principio de presunción de inocencia que contempla el art. 24 de la Constitución.

En sus declaraciones el acusado reconoció su autoría alegando su derecho a la libertad de opinión y expresión reconocida en la Constitución española. El acusado declaró que su intención es denunciar injusticias y defender derechos y libertades. El acusado se define como rapero poeta y sabe que sus publicaciones tienen una gran difusión.

El Tribunal entiende que su llamada a la audiencia a ir “más allá” equivale a dejar la protesta pacífica convirtiéndola en violenta, incluidas acciones contra los cuerpos policiales. También ensalza la actuación de algunos condenados por terrorismo. Para el Tribunal existen muchos tuits que prueban las injurias y calumnias contra la Corona y la utilización de la imagen del Rey. Dichos tuits y vídeo, imputan a la monarquía la comisión de múltiples delitos, incluso de

homicidio y de malversación, de una conducta no acorde con la Autoridad que representan. El Tribunal aprecia que no hay reivindicación política de otra forma de Estado, sino intencionalidad de injuriar y de incitación a la violencia contra la monarquía. En relación con el delito de injurias y calumnias contra las Instituciones del Estado, existe prueba suficiente por las insistentes acusaciones, muy ofensivas y de marcado odio, contra los cuerpos policiales de asesinato y torturas. También acusa a los jueces de dejar sus delitos impunes.

En relación con el derecho a la libertad de expresión y de opinión y el delito de enaltecimiento del terrorismo: Según la jurisprudencia constitucional y del TS, la conducta castigada en el art. 578 CP no queda legitimada por estar ligada con la libertad ideológica o de expresión. Hay que analizar si se han producido excesos en el ejercicio de tales derechos fundamentales o, por el contrario, se está ante una conducta fuera del ámbito penal (STC 104/1986, de 13 de agosto, entre otras).

Siguiendo la jurisprudencia (STS 11 de mayo 2017 y STS 224/2010, de 3 de marzo entre otras), las acciones que se penalizan son aquellas que constituyen refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves o la exaltación de los métodos terroristas. Se castiga igualmente, en dicho artículo 578 CP, las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares, al ser estos actos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal. No se pretende prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, incluso aquellas que pongan en cuestión el marco constitucional, ni, prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad.

Hay amplia jurisprudencia del TS y del TC que establece la existencia de límites a la libertad de expresión aunque estos límites sean restrictivos y acotados. La jurisprudencia constitucional contenida en la STC 177/2015 de 22 de julio, señala la provocación pública para cometer delitos terroristas entre éstos límites, y cita la STEDH de 20 de enero del 2000 que dice 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”.

Es también relevante analizar la tesis del riesgo abstracto planteado en la STS de 31 de enero de 2018. Según la jurisprudencia constitucional, puede darse que una conducta se encuentre formalmente y de manera objetiva dentro de la definición de penalmente reprochable, sin embargo, el respeto a la libertad de expresión exige que se den otros elementos que legitimen la posibilidad de sancionar tal conducta. El Tribunal hace referencia a la STC 112/2016, que fija la legítima inferencia en el ámbito de la libertad de expresión “*en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades*”. Por lo que, para condenar, hay que tener en cuenta la “*finalidad*” de los actos de enaltecimiento o humillación, y se ha de hacer una “*valoración del riesgo*” que se crea para las personas o derechos de terceros o para el sistema de libertades por el acto del imputado (SSTS 31 de enero 2018 y 15 de febrero 2018).

Entiende el Tribunal que, en este caso, concurre el elemento del riesgo ya que las expresiones del acusado han generado en la ciudadanía una visión de peligro al denunciar las mismas a la Fiscalía. Asimismo, por no tratarse solo de un mensaje, sino una trayectoria continuada del acusado que ya fue condenado anteriormente por este mismo tipo penal. El uso del término “*más allá*” es interpretado por el Tribunal como justificación de la violencia. En relación con la

proporcionalidad de la respuesta penal a su conducta, el hecho de haber sido condenado anteriormente por hechos similares indica el conocimiento por su parte de que sus manifestaciones eran ilícitas.

Por todo lo anterior, se determina que, en este caso, concurren los elementos típicos del delito de enaltecimiento del terrorismo, como alabanza de personas declaradas y condenadas como terroristas y proponiendo seguir su ejemplo, más allá de vías políticas y pacíficas.

En relación con el delito de calumnias e injurias contra la Corona y utilización de la imagen del Rey. Existe una protección especial en el Código Penal a la Corona como institución constitucional, que alcanza, en su conjunto, a la condición de ser un miembro de la misma.

El Tribunal entiende que se hace un ataque contra la persona del Monarca y se hace incitación a la violencia. Ambas actuaciones han sido consideradas como fuera del amparo constitucional a la libertad ideológica y de expresión.

Sobre el delito de injurias y calumnias contra las instituciones del Estado. El Tribunal estima que el contenido de los tuits (contra los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, la Administración Judicial, y contra la Administración Penitenciaria y personas determinadas integrantes de los mismos) está lejos de expresar una opinión crítica, sino que lo que hacen es aplicar el discurso del odio con la finalidad de obtener el descrédito de los citados y buscar una reacción que responda más violentamente contra las instituciones del estado.

Fallo

Se condena al acusado como autor del delito de: (i) enaltecimiento del terrorismo, con la agravante de reincidencia, a las penas de dos años y un día de prisión, 15 meses de multa ó años de inhabilitación y dos años de libertad vigilada; (ii) injurias y calumnias contra la Corona y utilización de la imagen del Rey, a la pena de 12 meses de multa; e (iii) injurias y calumnias contra las Instituciones del Estado, a la pena de 15 meses de multa.

La sentencia cuenta con un voto particular discrepante con la mayoría. Según la Magistrada discrepante, en la jurisprudencia existente (STS 52/2018, de 31 de enero; STS 560/2017, de 13 de julio; STS 600/2017, de 25 de julio y STC 112/2016 de 29 de junio) se analiza el art. 578 del Código Penal, que exige algún tipo de incitación a la realización de acciones terroristas, aunque sea indirecta, para poder sancionar estas conductas. Para que la libertad de expresión no prevalezca, es necesario que lo realizado sea una manifestación del discurso del odio y propicie o aliente una situación de riesgo para las personas o derecho de terceros o para el propio sistema de libertades. La sentencia de la mayoría llega a la conclusión de que los tuits que han sido objeto de acusación contienen "...una exaltación de la violencia que pretende solapar bajo forma de opinión, incluso con peligro para el orden constitucional y la paz social" e indicando que el riesgo existe porque los hechos fueron denunciados por un ciudadano.

La Magistrada discrepa de la mayoría en esta conclusión. Para esta Magistrada, el riesgo, es un elemento normativo, y ha de justificarse su existencia una vez el tribunal haya valorado las expresiones utilizadas, las circunstancias concretas del caso, el autor, el destinatario del mensaje, el contexto -incluso el histórico-, y concluido este proceso es cuando se estará en situación de valorar el riesgo.

En su declaración, el acusado explicó la intención que tenía con sus tuits y que denunciaban situaciones concretas. La Magistrada entiende que de los 62 tuits que se han traído al juicio en ninguno se identifica una llamada a la violencia y tampoco pueden considerarse idóneos para crear una situación de riesgo. Por lo que no existe delito de enaltecimiento.

En relación con los delitos de injurias o calumnias contra las instituciones del Estado y contra la Corona, entiende igualmente que no se puede entender cometido los delitos de los que es acusado. Por un lado, las autoridades públicas están más expuestas a las críticas. En su apreciación, los contenidos de los tuits pueden ser considerados como una crítica exacerbada, incluso injusta, pero no exceden los límites de la crítica y, por tanto, están amparados en la libertad de expresión. En relación con el vídeo del rap, es una manifestación artística en la que los límites de lo tolerable han de ser más flexibles.

Sentencia nº 10/ 2018 de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 9 de marzo de 2018

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 3. Se dirige contra dos acusados ciudadanos marroquíes. Se presenta como acusación particular la Asociación Víctimas del Terrorismo.

El Ministerio Fiscal acusó de los delitos de (a) integración en organización terrorista (arts. 571 y 572.2 del Código Penal); alternativa y subsidiariamente, de los delitos de (b) adoctrinamiento activo, o pasivo o auto-adoctrinamiento con la finalidad de integración y/o colaboración en organización terrorista (arts. 577.2, 575.1, 575.2 del Código Penal); (c) un delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación y menosprecio de sus víctimas (artículo 578.1 y 2 del Código Penal).

Resumen de los hechos probados

Desde el 2014 hasta el 2016 los acusados fueron objeto de seguimiento policial de su actividad en las redes sociales dado su alto nivel de radicalización y de alabanzas a favor de la Jihad en sus perfiles de Facebook. No consta que se conocieran personalmente o tuvieran relación entre ambos más allá de haber interactuado en las redes en alguna ocasión.

El análisis pericial, tanto de las memorias de sus dispositivos como de las páginas por las que habían navegado, determinó que tenían almacenada gran cantidad de contenido jihadista radical y violento (imágenes, grabaciones sonoras y vídeos de situaciones bélicas, laudatorio de las actividades y personajes terroristas del Estado Islámico, etc.) en las redes y, singularmente, en Facebook.

Fundamentos de la sentencia

En relación con las pruebas: A lo largo del juicio testificaron los investigadores, los peritos y declararon los acusados. En ambos casos los acusados negaron su pertenencia a la organización terrorista y sus métodos violentos.

En relación con los delitos de integración en grupo terrorista y adoctrinamiento: El Tribunal estima que no se ha probado la pertenencia o integración de los acusados en una organización terrorista, más allá de la afinidad ideológica, un alto consumo de material tóxico de carácter jihadista violento, sin que aparezcan elementos que permitan afirmar que estuvieran dispuestos a colaborar de alguna manera con una organización terrorista ni participar en sus actividades.

Sobre el delito de adoctrinamiento, exige la jurisprudencia que la acción no se limite a la obtención de información y su autoconsumo, sino que dicha información sea utilizada para los fines de adoctrinamiento propio o de otras personas.

El Tribunal entiende que estos delitos contienen un elemento subjetivo que ha de ser probado sin que sea suficiente el mero contenido de las páginas de internet o de los documentos que tenían los acusados, quedando amparado por el derecho a la libertad ideológica y el derecho a la información. Por tanto, no consta que los acusados, con sus publicaciones, tuvieran intención de reclutar o capacitar a otros para la realización de actividades terroristas de carácter jihadista.

En relación con el delito de enaltecimiento: Los acusados publican el material jihadista y ensalzan a sus combatientes, reiteradamente con exhibición de imágenes y textos con narrativa épica y laudatoria hacia la jihad violenta, llamando a combatir hasta la muerte a los infieles. Apoyan el discurso del odio y del choque de civilizaciones subiendo estos contenidos a las redes sociales.

En relación con los elementos del delito de enaltecimiento, el Tribunal se refiere a la STS 354/2017, de 17 de mayo. La jurisprudencia Constitucional (entre otras, la STC 112/2016, de 20 de junio), del TEDH (por todas, Sentencia Erdogdu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999) y del TS (entre otras STS 52/2018, de 31 de enero; 72/2018 de 9 de febrero; 79/2018, de 15 de febrero; 95/2018 de 26 febrero), ha introducido elementos complementarios para justificar la sanción penal y establecen el límite admisible a la libertad de expresión de ideas. Entre ellos, el llamado discurso del odio, que incluye aquellos mensajes que incitan a la violencia, que denigran a ciertos colectivos y que son contrarios a la dignidad humana y a la igualdad.

El Tribunal considera que, en este caso, sí que existe una situación de riesgo potencial al incluir en perfiles propios contenidos enaltecidos de conductas y personajes que merecen sin duda la calificación de terroristas y su divulgación, aunque sea limitada, en las redes sociales. Asimismo, afirma que las conductas probadas no suponen un mero ejercicio legítimo de Derechos Fundamentales a la libertad de expresión de ideas y pensamientos, sino que, por el contrario, son una actuación abusiva de dicho derecho.

El Tribunal estima que, en este caso, este discurso del odio e incitación a la violencia se encuentra, en las conductas desarrolladas por los acusados, en la narrativa de violencia, aniquilación de los infieles y destrucción del otro mundo no propio que es objeto de los contenidos divulgados en la red. Por lo que se entiende que los hechos probados atribuidos a ambos acusados son constitutivos de un delito de enaltecimiento del artículo 578.1 y 2 del Código Penal.

Fallo

Se absuelve a los acusados de los delitos de integración en organización terrorista, adoctrinamiento activo, pasivo y auto-adoctrinamiento terrorista.

Se condena a los acusados por delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas, a la pena, para cada uno de ellos, de dos años y un día de prisión, multa de doce meses, 8 años de inhabilitación y 5 años de libertad vigilada.

Sentencia nº 11/ 2018 de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 15 de marzo de 2018

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 3. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo previsto en el art. 578 del Código Penal, solicitando una pena de dos años de prisión e inhabilitación. Alternativamente, los hechos podrían ser calificados como un delito de odio previsto en el artículo 510 del Código Penal, solicitando una pena de 1 año y 4 meses de prisión y multa.

Resumen de los hechos probados

Entre 2012 y 2016, el acusado, a través de su cuenta en Twitter, en la que tenía 250 seguidores, mandó mensajes contra las fuerzas policiales e insultos a las instituciones del Estado y otros. Los mensajes no tuvieron ninguna adhesión de sus seguidores.

Fundamentos de la sentencia

En relación con los hechos: Entiende el Tribunal que la legislación actual sería solo de aplicación a los mensajes realizados a partir de julio del 2015, a los anteriores le sería de aplicación la legislación anterior. Los tuits emitidos durante la vigencia de la ley actual serían tres: uno del año 2015 en el que insulta al Rey, y dos en el año 2016 en los que se insulta a un periodista diciendo que es de ETA y, en el otro, critica que no pueda pedir que le den un tiro en la nuca a otro periodista.

En relación con las pruebas: El acusado reconoció durante el juicio oral que la cuenta donde se difundieron los mensajes era suya. Los investigadores y los peritos testificaron para confirmar que el acusado fue el autor de los mensajes y de su difusión.

En relación con el delito de enaltecimiento: El Tribunal analiza los tuits y estima, siguiendo la jurisprudencia del STS 72/2018 de 9 de febrero de 2018, que ninguno de ellos contiene elementos para estimar que los mismos sean exaltación o glorificación del terrorismo al entender que se trata de comentarios genéricos. Entiende el Tribunal que la jurisprudencia del TS, a partir de la STC 112/2016, de 20 de junio (entre ellas, las SSTS 354/2017 de 17 de mayo; 378/2017 de 25 de mayo; 560/2017 de 13 de julio; 600/2017 de 25 de julio; 52/2018 de 31 enero) exige, para castigar el enaltecimiento, que éste sea una manifestación del discurso del odio, que haya riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades, como condición para justificar el límite al derecho a la libertad de expresión.

En relación con el discurso del odio. Menciona el Tribunal la abundante jurisprudencia existente, “tanto del TEDH, del TC como del TS en relación con el concepto que se encierra bajo la denominación de “discurso del odio” (TEDH: Lehideux y Isorni c. Francia; WP y otros c. Polonia; Norwood c Reino Unido, etc; SSTC 177/2016, 112/2016; SSTS 354/2017; 376/2017; 560/2017; 600/2017; 52/2018), con referencia a la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa en su resolución (20) de 1997 que define el discurso de odio como: “todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras las formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada por agresivo nacionalismo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante”.

Valoración: El análisis de los tuits de la primera época, cuando el acusado tenía 18 y 19 años,

resultan irrelevantes y no enaltecen el terrorismo. Además, y según la declaración del acusado, esa nunca fue su intención, sino una forma airada y exagerada de expresar su posición política. Por tanto, no queda acreditado que su intención fuera otra. A ello hay que añadir la falta objetiva de seguimiento real de los tuits por parte de cualquier grupo o personas, que no interactuaron de ninguna manera con ellos.

Igualmente entiende el Tribunal que los tuits no integran un discurso de odio al no ser un discurso con finalidad alguna, sino una mera protesta que utiliza la realidad del momento para dirigirse contra determinadas instituciones, pero sin que constituya incitación, si quiera indirecta, al odio, a la violencia o al terrorismo.

Insiste el Tribunal que la STC 112/2016, ampliamente analizada por la STS 52/2018 de 31 de enero, entre otras, establece la necesidad de que el mensaje ha de contener una incitación indirecta a la comisión de delitos y ha de ser en algún grado eficaz para crear un riesgo, para así legitimar la limitación de la libertad de expresión. Dada la condición del derecho penal cómo última ratio, solo está legitimado para actuar frente a aquellas conductas que tengan una especial entidad.

Aunque es difícil considerar como socialmente admisibles las expresiones realizadas a través de Twitter por el acusado en la primera época, no integran, a juicio de la Sala, un discurso que pregone la violencia, ni promueva el odio, ni tampoco el terrorismo, ni que por ello puedan ser susceptibles de una sanción penal.

Fallo

Se absuelve al acusado.

La sentencia cuenta con un voto particular discrepante, por considerar que debió ser condenado por el delito de enaltecimiento del terrorismo. Entiende el magistrado discrepante que las expresiones contenidas en los mensajes tienen gravedad suficiente para apreciar que se ha cometido el delito de enaltecimiento.

Según el magistrado discrepante, la jurisprudencia del TC (STC 177/15 de 22 de junio y STC 112/16 de 20 de junio) declara que la libertad de expresión tiene sus límites, de manera que cualquier ejercicio de ese derecho no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional. También hace mención a la jurisprudencia del TEDH que afirma que, en las sociedades democráticas, puede ser necesario sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia. La libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios.

Menciona el magistrado que el TEDH ha declarado en numerosas sentencias, entre otras, STDH de 16 de julio de 2009, (Caso Feret vs. Bélgica) que “la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo”. Por lo que, en su criterio, es claro que, si los hechos implican tal incitación a la violencia, con mayor razón pueden incardinarse en dicho discurso. Acciones como las que nos ocupan crean un determinado caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas.

En su opinión, existe abundante jurisprudencia del TS (79/18, de 15 febrero y 52/18 de 31 de enero, entre otras) que permite entender que el discurso fóbico abarca a aquello que pretende fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes.

En este caso se dan los elementos para entender que hay intención y una manifestación del discurso del odio que encierra una evidente carga de justificación de las organizaciones terroristas y de sus métodos, y una grave incitación a la violencia y al terrorismo, con riesgo de lesión de personas y bienes.

Sentencia nº 10/ 2018 de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 6 de abril de 2018

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 3. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de: a) Un delito de auto adoctrinamiento, del artículo 575.2 del Código Penal, y b) Un delito de enaltecimiento del terrorismo y de descrédito de sus víctimas, de los artículos 578 y 579 del Código Penal.

En el juicio oral la acusada (marroquí) reconoció los hechos (conformándose) y el Ministerio Fiscal retiró la acusación por delito de enaltecimiento del terrorismo.

Resumen de los hechos probados

La acusada, al menos desde el año 2014, de forma consciente y voluntaria se sumergió en un intenso proceso de radicalización religiosa entrando en contacto con personas afines a los presupuestos ideológicos del terrorismo yihadista.

Se dedicó a un consumo masivo de contenidos divulgados desde las estructuras del

DAESH, pasando luego a realizar una intensa tarea de publicación y difusión de dichos contenidos, especialmente a través de la plataforma Youtube y las redes sociales Facebook e Instagram, además de WhatsApp y de Telegram. La acusada manifiesta públicamente su plena adhesión a la doctrina de dicha organización terrorista, expresando así su voluntad de integrarse de forma plena en dicha organización terrorista y colaborar activa y regularmente mediante la difusión de los postulados del DAESH.

Fundamentos de la sentencia

En relación con el delito de auto adoctrinamiento: Según la Audiencia Nacional se cumplen todos los requisitos establecidos en la definición del tipo penal, según interpretación realizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (se citan las STS 13/18, de 16 de enero, 734/17, de 15 de noviembre y la 661/17, de 10 de octubre). La acusada llevó a cabo, de manera activa, la difusión, justificación e incitación de las ideas radicales y violentas del yihadismo representado por la organización terrorista autodenominada "Estado Islámico-DAESH", con la finalidad de y favorecer sus objetivos. En sus publicaciones propagaba la supuesta bondad de las acciones de dicha organización terrorista, adhiriéndose a sus radicales y violentos postulados; a la vez que incitaba a otros a participar, de cualquier forma, en las acciones de la referida organización terrorista.

En relación con las pruebas: En el acto del juicio oral, la acusada reconoció los hechos declarados probados. Además, declararon cinco investigadores sobre las diligencias de investigación realizadas y el análisis de los múltiples efectos y documentos que involucran a la acusada, obtenidos todos ellos de acuerdo con la ley y sin que fueran impugnados por la defensa.

Fallo

Se condena a la acusada como autora de un delito de auto adoctrinamiento terrorista a la pena de dos años y un día de prisión, 8 años de inhabilitación y 5 años de libertad vigilada. Una vez cumplidos los dos tercios de la pena privativa de libertad impuesta, es decir, dieciséis meses de prisión, se sustituye dicha pena por la expulsión de España a Marruecos.

Sentencia nº 12/ 2018 de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2018

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 2. El Ministerio Fiscal presentó acusación por: (i) un delito de integración en organización terrorista de los artículos 571 y 572 del Código Penal, por lo que solicitó, la pena de 8 años de prisión, inhabilitación y libertad vigilada; de forma alternativa con el anterior, (ii) un delito de colaboración con organización criminal del artículo 577 del Código Penal, por lo que solicitó, la pena de 5 años de prisión, inhabilitación y libertad vigilada, (iii) un delito de adoctrinamiento del artículo 575.2 del Código Penal, por lo que solicitó, la pena de 3 años de prisión, inhabilitación; y (iv) un delito de enaltecimiento del terrorismo previsto en los artículos 578 y 579 bis del Código Penal, solicitando la pena de 2 años de prisión, multa de 15 meses e inhabilitación.

Resumen de los hechos probados

El acusado, desde el primer trimestre de 2015, a través de las redes sociales, en concreto, Facebook, Google plus o Youtube, ha difundido la ideología radical yihadista del DAESH al objeto de atraer partidarios en favor de la yihad violenta. Para ello, acudía a foros yihadistas donde obtenía la información y vídeos que luego distribuía en sus cuentas en Facebook y en Google plus, Youtube utilizando distintos perfiles. En marzo de 2015 creó en Youtube el canal "brava sony" en el que publicó imágenes más duras que las anteriores, incluía propaganda en favor del Estado Islámico y sus combatientes como si fueran héroes o mártires; ejecuciones de infieles o traidores del mundo occidental; llamamientos a favor de la yihad; campos de entrenamientos; cánticos en favor de quienes practicaban la yihad violenta, o daban su vida por la causa de Dios, mereciendo así el paraíso. El acusado negó toda participación en los hechos de los que está acusado.

Fundamentos de la sentencia

En relación con las pruebas: La defensa solicitó se declararan nulas algunas de las pruebas obtenidas, en concreto, la participación de un agente encubierto, las órdenes de entrada y registro realizadas y la cadena de custodia del material informático.

El Tribunal desestima la petición de la defensa al entender que el agente encubierto fue debidamente autorizado a actuar de tal forma y que no existió provocación ya que fue el acusado el que cursó la invitación al agente. La defensa tuvo acceso a todo el material con anterioridad a la vista y, además, el agente encubierto pudo ser interrogado por la defensa durante el juicio oral. El Tribunal también desestima las demás peticiones de nulidad argumentando que las mismas cumplían con los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TC y del STS en la materia.

La prueba que se realizó en el juicio oral permite acreditar, sin género de duda razonable, a criterio del Tribunal, la autoría del acusado de un delito de colaboración en organización terrorista. La prueba practicada consistió en la declaración del acusado, la testifical de los agentes investigadores, la pericial sobre la estrategia de DAESH y la documental.

Según el Tribunal, existe prueba de cargo suficiente, objetiva y que desvirtúa la presunción de inocencia en base a las manifestaciones de los 4 agentes, los dos peritos, el abundante material intervenido en los registros, la ausencia de explicación razonable sobre los extremos citados, la pericial practicada sobre la actividad desplegada por el acusado una vez analizado el contenido de los efectos intervenidos y la documental, no impugnada por la defensa.

En relación con la calificación jurídica de los hechos probados: Entiende el Tribunal que los hechos constituyen un delito de colaboración con organización terrorista, descartando las otras calificaciones alternativas solicitadas por el Ministerio Fiscal. No ha quedado probado ni la integración en organización criminal, ni el auto adoctrinamiento. De la valoración de las pruebas, el Tribunal concluye que la misión del acusado era difundir la propaganda del DAESH en aras a la expansión y captación de su mensaje.

Tampoco es posible enmarcar la conducta del acusado dentro del delito de enaltecimiento o humillación a las víctimas del terrorismo porque no concurre el elemento subjetivo necesario.

Fallo

Se condena al acusado del delito de colaboración en organización terrorista, a la pena de 5 años de prisión, inhabilitación absoluta que se extenderá hasta los 6 años después del cumplimiento de la pena privativa de libertad, libertad vigilada durante los 5 años siguientes a la extinción de la pena.

Se absuelve al acusado de los delitos de integración en organización terrorista, autoadoctrinamiento y enaltecimiento del terrorismo.

Sentencia nº 15/ 2018 de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 11 de mayo de 2018

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 3. El procedimiento se dirige contra dos ciudadanos marroquíes.

El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de (a) adoctrinamiento terrorista del artículo 577.2 del Código Penal, solicitando para cada uno de los procesados la pena de 8 años de prisión, 14 años de inhabilitación y libertad vigilada por tiempo de 10 años; con carácter alternativo, (b) un delito de auto-adoctrinamiento terrorista (art. 575.2 CP), solicitando la pena de 4 años de prisión, 10 años de inhabilitación y 5 años de libertad vigilada; o (3) un delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP) a la pena de 3 años de prisión, 9 años de inhabilitación y 5 años de libertad vigilada.

Participa como acusación particular la Asociación Víctimas del Terrorismo que se adhiere a la acusación del Ministerio Fiscal.

Resumen de los hechos probados

Se inicia la investigación a finales de 2016 cuando los Mossos d' Esquadra reciben varias denuncias relativas a la radicalización sufrida por dos jóvenes mujeres que, convertidas al islam por sus parejas, visten la hijab y una de ellas ha expresado su deseo de morir por Alá. En el curso de la investigación se descubre que ambos acusados tienen una estrecha relación, ambos tienen varios perfiles en Facebook y en Youtube, contando con 221 seguidores, en los que suben vídeos y comentarios de contenido yihadista, alabando a ISIS, las virtudes del califato y la yihad contra occidente. Tales vídeos buscaban también proporcionar argumentos ideológicos y religiosos dirigidos a adoctrinar a otros y captarlos para el yihadismo y, en última instancia, en el proceso de radicalización, llegar a la realización de actos de terrorismo. Constan igualmente publicaciones en internet incitando a la comisión de delitos violentos contra determinadas personas o colectivos. Tanto los diversos vídeos como los comentarios publicados difunden un mensaje de incitación al odio y a la violencia que justifica y enaltece la Yihad combativa.

Fundamentos de la sentencia

En relación con las pruebas: Las pruebas llevadas a cabo en la vista oral constaron de: declaraciones de los investigadores, peritos forenses y de los testigos, incluidos policías locales donde residían los acusados, así como las declaraciones de los acusados que, aunque negaron ser ellos los que subieron los contenidos, si afirmaron ser suyos los perfiles de Facebook y de Youtube. Se visionaron las imágenes y se expuso la prueba documental.

Indica el Tribunal que su valoración de la prueba practicada se hace siguiendo la jurisprudencia del TS en esta materia. Entiende que existe suficiente prueba de cargo para considerar que ambos acusados fueron los que realizaron los hechos declarados probados, es decir, que publicaron mensajes en redes sociales incitando a la violencia y a la comisión de acciones terrorista y que llevaron a cabo una labor de captación y proselitismo convirtiendo a dos jóvenes mujeres al yihadismo radical. Con ello buscaban favorecer la integración de las jóvenes en el movimiento yihadista, más allá de su conversión, y preparar su viaje a Siria para integrarse en el Daesh y morir por Alá, exterminando a los infieles.

La calificación jurídica de los hechos: Entiende el Tribunal que los acusados llevan a cabo

labores de adoctrinamiento activo, con la intención de que sus seguidoras se integren en el movimiento yihadista. Para el Tribunal esto está confirmado por los preparativos de viaje a Siria para integrarse en el Daesh, de una de ellas, y la manifestación, de la otra, de su disposición a morir por Alá. Por lo tanto, los hechos deben ser considerados como constitutivos de un delito de adoctrinamiento.

Indica el Tribunal que la jurisprudencia del TS (SSTS de 5 de octubre de 2017 y de 16 de enero de 2018) viene considerando el delito de adoctrinamiento como un delito de simple actividad y no de resultado. Además, la configuración de la protección penal se adelanta a los resultados de la conducta, que se consuma con la ejecución de la acción descrita como merecedora de castigo, sin necesidad de añadir ningún resultado específico.

El Tribunal continúa analizando las conductas de los acusados en relación con las acusaciones alternativas propuestas por el Ministerio Fiscal, el auto-adoctrinamiento y el enaltecimiento.

En relación con el enaltecimiento: Respecto de la alegación por la defensa de que esta conducta está cubierta por el derecho a la libertad ideológica o de expresión, entiende el Tribunal que habrá que valorar si se han producido excesos en el ejercicio de tales derechos fundamentales. El ejercicio de estos derechos tiene límites amparados por nuestra Constitución, en los textos internacionales existentes y reconocidos por la jurisprudencia nacional y del TEDH como, por ejemplo, la STEDH de 20 de octubre de 2015, en el asunto M'Bala M'Bala c. Francia.

Castigar el enaltecimiento del terrorismo persigue evitar dar cobertura al discurso del odio que constituye la alabanza o justificación de las acciones terroristas ya que estas acciones tienen por objeto el exterminio del distinto (STS 224/2010, de 3 de marzo).

El Tribunal cita la reciente jurisprudencia del TS y del TC que se refiere a la teoría del "riesgo abstracto" (STS 52/2018; 378/2017; 600/17) que exige no solo la alabanza o justificación de actos terroristas, sino que requiere comprobar si concurre además algún otro elemento que haga constitucionalmente tolerable la sanción penal. A estos elementos ha hecho referencia la STC 112/2016 de 20 de junio, que añade la necesidad de acreditar con que finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación, y de valorar el riesgo que se crea con el acto imputado. Por lo que se ha de concluir que es legítimo limitar la libertad de expresión cuando lo expresado sea una manifestación del discurso del odio por alentar o incitar, aunque sea indirectamente, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. Indica la decisión que ese riesgo debe entenderse en abstracto como una aptitud de la acción imputada.

En este procedimiento se ha probado la difusión de los videos e imágenes que alaban a los combatientes del DAESH, instando a seguirlos, menospreciando a las víctimas y quienes les contradigan. También ha quedado probado, por la manifestación de una de las jóvenes captadas, de su disposición a morir por Alá. Concurren, por tanto, los elementos objetivo y subjetivo del delito de enaltecimiento del terrorismo.

El Tribunal hace una valoración conjunta de la conducta (difundir publicaciones glorificando el terrorismo, así como adoctrinar a otros y captarlos para el yihadismo) llegando a la conclusión de que se dan los delitos de adoctrinamiento (dentro del que se subsume el auto-adoctrinamiento) y enaltecimiento. Siguiendo la legislación y la jurisprudencia, que estima que un mismo hecho no puede constituir dos delitos distintos, ya que podría caer en la prohibición "non bis in ídem", el Tribunal entiende que lo que procede es condenar por la conducta más gravemente penada que, en el presente caso, es la del adoctrinamiento.

Fallo

Se condena a cada uno de los acusados por un delito de adoctrinamiento a la pena de 8 años de prisión, 10 años de inhabilitación, y 10 años de libertad vigilada.

Sentencia nº 12/ 2018 de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 25 de mayo de 2018

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 3. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo previsto en el art. 578 1 y 2 del Código Penal, solicitando una pena de 3 años de prisión y multa de 15 meses, inhabilitación por tiempo de 6 años y medida de libertad vigilada por tiempo de 5 años. Se solicita igualmente que, una vez cumplidas las dos terceras partes de la condena, se acuerde la sustitución del resto de la pena de prisión por expulsión del territorio español con prohibición de regresar a España. La acusación se dirige contra un joven marroquí nacido en 1997.

Resumen de los hechos probados

Desde noviembre del 2015 a mayo del 2017 en que fue detenido, el acusado publicó, a través de varios perfiles en Facebook e Instagram, imágenes y mensajes claramente laudatorios del terrorismo yihadista que recibieron múltiples comentarios y respuestas. Llegó a tener 24,000 seguidores.

El acusado llega a España en 2013, con 16 años y solo. Su hermano mayor, al que tenía mucho afecto, marchó a Siria a hacer la yihad dónde murió. El comienzo de los mensajes que ensalzan al ISIS coincide con la muerte de su hermano.

El relato de hechos contiene 40 referencias distintas a fotografías o comentarios conteniendo alabanzas al ISIS y a sus combatientes, a los que identifica como mártires. Hace referencias a su hermano como mártir de la yihad. Hace numerosos montajes fotográficos en los que se ven cadáveres, símbolos del ISIS, de la guerra en Siria y de alabanzas al yihadismo. También se burla de los atentados de París de noviembre del 2015.

Desde su detención dejó de publicar comentarios, ha reconocido los hechos y durante el juicio manifestó desconocer la trascendencia que tales mensajes pudieran tener. La defensa argumenta que en el acusado no se aprecia la intención dolosa de difundir los fines del terrorismo yihadista no dándose los elementos necesarios para apreciar el delito de enaltecimiento.

Fundamentos de la sentencia

En relación con las pruebas: El acusado reconoció durante el juicio oral que la cuenta donde se difundieron los mensajes era suya. Además en los perfiles aparecía su fotografía. El Tribunal analizó la documentación recogida con los mensajes y textos publicados, así como escuchó a los peritos policiales sobre los perfiles creados por el acusado. Dado que reconoció su autoría, el análisis probatorio se dirigió a valorar la voluntad e intención del acusado de alabar y expandir el terrorismo yihadista.

Las declaraciones del acusado arrepintiéndose de sus acciones no son creídas por el Tribunal, especialmente porque algunos de sus mensajes hacen referencia a la estrategia de intentar pasar inadvertido, a que los demás piensen que eres uno de ellos, llevar a cabo la acción y luego pedir perdón.

En cuanto a la alegación de ignorancia sobre el alcance de sus actos es incompatible con la imagen que muestra en sus perfiles como un joven inteligente y educado, con iniciativa, recursos, emprendedor e independiente. El Tribunal estima que no puede aceptar las excusas

de falta de intencionalidad o desconocimiento del alcance de sus mensajes. El acusado sabía del importante número de seguidores que llegó a tener, 24,000.

El Tribunal indica que ha excluido para su resolución las fotografías y referencias que se hacen al hermano fallecido del acusado, ya que entiende que es difícil de distinguir lo emocional del resto de comentarios.

En relación con la intencionalidad como elemento subjetivo del delito de enaltecimiento:

Entiende la resolución que, en base a las pruebas analizadas, el argumento de la defensa en relación con la ignorancia del acusado o su falta de intención no puede ser admitida, al carecer de credibilidad las declaraciones del acusado.

La resolución resuelve que los mensajes difundidos tenían el contenido idóneo y la finalidad de generar entre la juventud musulmana un claro riesgo abstracto o indirecto de que se unan a la yihad.

El Tribunal indica que, en relación con la aplicación de la proporcionalidad, se valorará la juventud del acusado, la soledad en la que se desarrolla su vida, la muerte de su hermano y el cese de las publicaciones.

En relación con el delito de enaltecimiento: Entiende el Tribunal que los hechos declarados probados constituyen el delito de enaltecimiento del terrorismo yihadista y de humillación a las víctimas a través de internet.

El Tribunal tiene en cuenta que la mayoría de los mensajes publicados tenían un carácter religioso, de alabanza a su hermano fallecido y de reivindicación, siendo solo una minoría los que hacían exaltación terrorista.

Fallo

La resolución condena al acusado a dos años de prisión, multa, 6 años de inhabilitación y tres años de libertad vigilada por un delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas (art. 578). Se sustituye la pena impuesta por expulsión de España con prohibición de regresar durante 6 años.

Sentencia nº 30/ 2018 de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 28 de junio de 2018

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 3. La acusación se dirige contra un matrimonio, el marido es español, nacido en Marruecos y líder religioso musulmán en una zona del sur de Madrid; y la mujer es mejicana. El Ministerio Fiscal acusó al marido de colaboración con organización terrorista (artículo 577.2 Código Penal), solicitando pena de prisión de 7 años, 14 años de inhabilitación y a la mujer de enaltecimiento del terrorismo (artículo 578 CP), solicitando pena de 1 año y 6 meses de prisión, 8 años de inhabilitación y 5 de libertad vigilada, y su expulsión de España con prohibición de retorno, una vez cumplidas las dos terceras partes de la pena.

Resumen de los hechos probados

Desde finales de 2013 hasta mayo de 2016, ambos acusados muestran ideología favorable a los postulados de la organización Estado Islámico. El acusado lleva a cabo una labor de captación a la causa salafista radical en la comunidad musulmana en la zona sur de Madrid. La acusada ensalzaba la necesidad de imponer por la fuerza su ideología.

El acusado, sube vídeos, imágenes y mensajes en Facebook en español, francés e inglés, que ensalzan la lucha a favor del Estado Islámico, alabanzas a los combatientes en Siria, solicita fondos, armas y hombres para la yihad vía WhatsApp. Convince a un grupo de musulmanes que se unan a él en los valores salafistas yihadistas, manteniendo un control sobre los mismos.

La acusada, también a través de Facebook, publica mensajes llamando a la yihad, a través de su perfil da acceso a grupos de mensajes islámicos más restringidos donde se emiten fatuas o decretos contra los chiitas. Publica mensajes y fotos de mujeres que despiden a sus hijos que marchan a hacer la yihad o ellas mismas empuñando armas.

Fundamentos de la sentencia

En relación con las pruebas: Durante el juicio oral se presentaron pruebas periciales, documentales, el testimonio de los investigadores y el interrogatorio de los acusados. Los investigadores indicaron que, en su labor de ciber-patrullaje, identificaron los perfiles del acusado y, analizando sus publicaciones y mensajes, estimaron que se llevaba a cabo una labor de captación, adoctrinamiento y proselitismo en su entorno. El análisis de su portátil y de su teléfono móvil arrojó contenidos salafistas y pro yihad. Otros agentes testificaron sobre los entrenamientos de artes marciales llevados a cabo por el acusado y otros miembros de su comunidad, así como las distintas reuniones que mantuvieron y los lugares de reunión en los que se ensalzaba la lucha yihadista. Todo ello fue corroborado por otros testimonios y por la documentación aportada durante el juicio.

En relación con la acusada, el análisis de su portátil y de su móvil reveló que tenía acceso vía Skype a foros donde se ensalzaba con fotos, vídeos y cánticos la yihad y la participación de la mujer en esta tarea. Los agentes demostraron que la acusada, a través de internet, llevaba una labor de difusión del salafismo y transmisión de material de índole violenta. El Tribunal tuvo ocasión de visionar algunos de los videos publicados en el perfil de Facebook y comprobar que se llevaba a cabo una labor de difusión de apoyo a la yihad a través de la violencia.

En relación con el delito de colaboración con organización terrorista. El artículo 577 del Código Penal castiga al que lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o fines de una organización, grupo o elemento terrorista, también el adiestramiento para la comisión de este tipo de delitos. Con este delito se pretende evitar que las organizaciones terroristas puedan servirse de individuos que, sin ser parte de estas, coincidan en sus fines de alterar la paz pública. Igualmente se castiga el adoctrinamiento tendente a reforzar la organización terrorista, no exigiendo que éste tenga éxito; el intento de favorecer los fines terroristas es suficiente, siempre que la ayuda sea racionalmente capaz y eficiente para lograr el éxito.

Es necesario probar la intención del autor y el mero contenido de las páginas web no es suficiente. Según la existente jurisprudencia, (SSTS 354/17 de 17 de mayo, 661/17 de 10 de octubre y 734/17 de 11 de noviembre), no basta con tener una radicalización ideológica o una adhesión ideológica. Se requiere que exista una conducta de adoctrinamiento o capacitación, ya sea para captar o incitar a otro para incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer delitos terroristas o permitir ser captado, recibiendo capacitación o adiestramiento de otros o bien procurando esta capacitación por sí mismo.

En relación con el delito de enaltecimiento: Dice la resolución que, siguiendo la Sentencia del Tribunal Supremo 354/17, los elementos que integran la infracción incluyen los siguientes: (i) La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. (ii) El objeto de tal ensalzamiento o justificación ha de ser o acciones definidas como terrorismo en el Código Penal o las personas que hayan participado en su ejecución. (iii) Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión o difusión.

En relación con la libertad de expresión: La jurisprudencia acepta que la sanción penal es compatible con esta figura penal. Según el Tribunal Constitucional, en su sentencia 112/2016, de 20 de junio, sólo "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".

La Directiva (UE) 2017/541, contempla también el castigo de estas conductas pero exige que conlleve un riesgo, aunque sea meramente abstracto o de aptitud de que puedan cometerse actos terroristas.

La resolución estima que, en este caso, no se realiza un ejercicio legítimo de la libertad de expresión, sino que se aprecia un potencial riesgo al incluirse en los perfiles contenidos enaltecidos de conductas terroristas que se divulgan, aunque sea de manera limitada, en las redes sociales. La Sala entiende que la jurisprudencia existente admite que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado "discurso del odio", que suponen aquellas manifestaciones que llaman al racismo, a la discriminación y a la violencia contra determinados colectivos.

Fallo

La sentencia condena al acusado como autor de un delito de adoctrinamiento terrorista (artículo 577.2 del Código Penal) a la pena de seis años de prisión, multa, 12 años de inhabilitación y 5 años de libertad vigilada.

Condena a la acusada como autora de un delito de enaltecimiento del terrorismo a la pena de 1 año de prisión, multa, 8 años de inhabilitación y 5 años de libertad vigilada.

Sentencia nº 21/ 2018 de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2018

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 2. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de (a) adoctrinamiento (artículos 577.2 y 579 bis del Código Penal), solicitando pena de 8 años de prisión, multa e inhabilitación y (2) enaltecimiento del terrorismo (art. 578 del Código Penal), solicitando una pena dos años de prisión, inhabilitación y multa.

Resumen de los hechos probados

A través de las redes sociales Facebook y Twitter, donde tiene varios perfiles y cuentas, el acusado ensalza la actuación del DAESH. En el perfil de Facebook que cuenta con 1,800 amigos y 117 publicaciones, inicia las publicaciones el 6 de septiembre del 2016 y es bloqueado el 21 de septiembre del mismo año por su contenido violento. Estas publicaciones contienen ejecuciones, llamadas a la acción terrorista yihadista, instrucciones para la elaboración de venenos y alabanzas a las acciones del DAESH. El segundo perfil creado el 11 de septiembre de 2016 y bloqueado el 16 de septiembre del mismo año cuenta con 33 amigos y 18 publicaciones; el tercer perfil de Facebook lo crea el 12 de agosto de 2016 y tiene 495 amigos y 37 publicaciones, empieza las publicaciones el 16 de septiembre y es bloqueado el 21 de septiembre del mismo año. Tiene 3 cuentas de Twitter que se crean una el 6 de febrero 2016 y las otras el 2 y el 22 de septiembre del mismo año. En su casa se encuentran dispositivos informáticos para evitar ser localizado. También se encuentran en sus ordenadores rutas que llevaban a cientos de archivos, videos y material fotográfico de contenido radical muy violentos de propaganda yihadista, escenas de guerra, alabanzas al DAESH e inmolaciones.

Fundamentos de la sentencia

En relación con las pruebas: En el juicio declararon los investigadores que presentaron informe forense sobre los contenidos de los ordenadores incautados, sobre la navegación realizada en tales ordenadores, las aplicaciones utilizadas y las publicaciones realizadas.

La defensa solicitó la nulidad de todas las pruebas obtenidas en la entrada y registro practicada al considerar que la investigación era prospectiva. La resolución rechaza la alegación haciendo referencia al Acta de Entrada y Registro en la que consta la autorización judicial de la misma. También hace referencia al contenido de la solicitud de entrada y registro presentada por los investigadores ante el Juez que la autorizó, en la que constan las actividades de investigación previas llevadas a cabo por los agentes de policía sobre el uso de las redes sociales, las publicaciones llevadas a cabo y los antecedentes de los investigados. Según los datos expuestos en estos informes, se deduce una presunta existencia de una actividad delictiva grave relativa a delitos relacionados con el terrorismo; por tanto, no pudiendo admitir el carácter prospectivo de la investigación ni la nulidad de las pruebas obtenidas en la entrada y registro.

La alegación del acusado que niega toda participación en los hechos, de que en la casa entraba mucha gente, no es creíble por la declaración de una testigo que manifiesta visitar al acusado cada dos días y nunca había nadie en la casa.

Las pruebas presentadas son suficientes para hacer decaer la presunción de inocencia.

En relación con el delito de enaltecimiento: Analiza la resolución que el Fiscal presenta una acusación por adoctrinamiento y otra por enaltecimiento.

Los elementos que integran el enaltecimiento son: (i) La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. (ii) El objeto de tal ensalzamiento o justificación ha de ser o acciones definidas como terrorismo en el Código Penal o las personas que hayan participado en su ejecución. (iii) Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión o difusión. Adicionalmente, la STC 112/2016 de 20 de junio, legitima la injerencia en el ámbito de la libertad de expresión, cuando las expresiones utilizadas puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio y pueda crear, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

En su análisis, el Tribunal estima que siguiendo la jurisprudencia (STS 379/11 de 19 de mayo), en aquellos casos en los que los hechos delictivos encajan en dos artículos distintos del Código Penal, no es necesario aplicar ambos, sino que siguiendo las reglas previstas en el Art. 8 CP, el tipo penal más amplio absorbe al más simple. El Tribunal concluye que la conducta del acusado no es la de adoctrinamiento, sino de enaltecimiento y exaltación del terrorismo, al llevar esta última la captación mediante el adoctrinamiento que queda mejor reflejada en el art. 578 CP y sólo puede ser castigado por este delito.

Fallo

Condena al acusado como responsable de un delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo (art. 578 CP), a la pena de 2 años de prisión, inhabilitación y multa de 15 meses, 6 años de inhabilitación y 5 años de libertad vigilada. Se absuelve al acusado del delito de captación, adoctrinamiento o adiestramiento del terrorismo.

Sentencia nº 23/ 2018 de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 9 de julio de 2018

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 6. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo previsto en el art. 578 del Código Penal, solicitando una pena dos años y seis meses de prisión, 9 años de inhabilitación y 14 meses de multa.

Antes del juicio oral las partes llegaron a un acuerdo por el que el acusado reconocía su culpabilidad. El Ministerio Fiscal bajó su solicitud de pena.

Resumen de los hechos probados

Entre las fechas de agosto del 2012 y julio de 2017, el acusado que contaba con 404 seguidores en su perfil de Twitter publicó (la sentencia señala 19 tuits en total) mensajes e imágenes con una clara finalidad de ensalzar, justificar y difundir públicamente a personas y actos terroristas relacionados con la organización terrorista ETA, así como de humillar a las víctimas de dicha organización terrorista.

Fundamentos de la sentencia

Entiende el Tribunal que, de acuerdo con la acusación del Ministerio Fiscal, los hechos constituyen un delito de enaltecimiento del terrorismo. El acusado, asistido por su defensa, admitió su culpabilidad, sin que existan dudas de que tal declaración se presta libre y voluntariamente.

Fallo

Se condena al acusado como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo a la pena de un año de prisión, 7 años de inhabilitación y 12 meses de multa, al tener en cuenta la atenuante de reconocimiento de los hechos.

Sentencia nº 26/ 2018 de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 24 de julio de 2018

Antecedentes del caso

La sentencia resuelve el recurso de nulidad presentado por el Ministerio Fiscal frente a la sentencia 3/18 dictada por el Juez Central de Menores de la Audiencia Nacional, de 6 de junio, por la que se absuelve a un menor miembro del colectivo denominado “La Insurgencia” del delito de enaltecimiento y menosprecio a las víctimas previsto en el art. 578 del Código Penal.

Fundamenta su recurso el Fiscal en su discrepancia con la forma en que la sentencia valora los hechos del caso y la jurisprudencia aplicable a los mismos. Alega el Fiscal que la sentencia recurrida no analiza la STS 90/2016, de 17 de febrero, que diferencia el elemento subjetivo del delito con el propósito o móvil. Una correcta interpretación debería de llevar a estimar que se cumplen tanto el elemento objetivo como el subjetivo del delito. Por tanto, se realiza una manifestación del discurso del odio, concurriendo el elemento del riesgo de incitar a la realización de actos violentos, aplicando la STS 95/18, y que ha de ser abarcado por la mala fe del autor.

Solicita el Fiscal la anulación de la sentencia recurrida ya que, al ser absolutoria y alegarse un error en la valoración de la prueba, la ley y la doctrina exigen que para condenar se realice una nueva evaluación de la prueba que no puede llevarse a cabo sin que el acusado sea oído.

Fundamentos de la sentencia

En relación con la concurrencia de los elementos del delito de enaltecimiento. El Tribunal de apelación estima que la sentencia recurrida hace razonamientos contradictorios en relación con la intención del menor en la producción de los textos de sus publicaciones: “Así, de un lado se considera que el menor, por su edad, sólo puede conocer a la organización GRAPO desde una perspectiva histórica y al mismo tiempo se había dicho en el párrafo anterior que el acusado desconocía la condena de estas personas por actividad terrorista.” También encuentra el Tribunal incongruente que el juzgador base su criterio de ausencia de intencionalidad en alabar el terrorismo en el hecho de que las referencias se hacen a los miembros de la organización terrorista en su condición de personas y no por las acciones que las llevaron a prisión. Estima que esto constituye una contradicción clara pues la notoriedad de estas personas es fruto de su condena. Concluye la Sala indicando que estaba en manos del menor conocer la trayectoria penal de los mismos a través de la red, en los libros y en los estudios que él cursaba en la época en que difundió los mensajes.

Entiende el Tribunal de revisión que, siguiendo la STS 820/2016, de 2 de noviembre, y según alega el Fiscal, las explicaciones que el acusado dio en el juicio oral no debilitan la carga de incitar al terrorismo que poseen los mensajes contenidos en las canciones. Al errar en la apreciación de este elemento, la sentencia recurrida no ha valorado que exista riesgo de reactivación de actos terroristas.

En relación con la necesidad de nuevo juicio. El Tribunal de revisión indica que, a pesar de aceptar que ha existido un error en la valoración de la prueba, la Ley y la jurisprudencia (STS 68/ 2018, de 7 de febrero y STC Pleno, nº 88/2013, de 11 de abril) impiden que en segunda instancia se pueda dictar sentencia de condena.

Lo que procede es anular la sentencia y el juicio oral previo, para que, por otro Magistrado, se proceda a un nuevo enjuiciamiento, se vuelva a presentar la prueba existente y a ponderar la

existencia del elemento subjetivo en relación con la intención del acusado de alabar al grupo terrorista GRAPO y alguno de sus miembros condenados por actos violentos y si, con las publicaciones, hubo riesgo de que se produjeran nuevas acciones violentas. Todo ello para garantizar el derecho de la defensa a un juez imparcial.

Fallo

Declara la nulidad de la sentencia dictada por el Juez de Menores de la Audiencia Nacional núm. 3/18, así como el juicio oral previo. Ordena se proceda a fijar nueva fecha para juicio oral que será presidido por otro Magistrado que efectuará una valoración de la prueba conforme se indica en esta resolución.

Sentencia nº 28/ 2018 de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2018

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 3. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo previsto en el art. 578 del Código Penal, solicitando una pena de un año y un día de prisión, inhabilitación y multa.

Resumen de los hechos probados

El acusado es cineasta de profesión y tiene la productora Resistencia Film. Es a través de dicha productora, así como de sus perfiles abiertos en Facebook, Twitter y Youtube, que sube y difunde publicaciones en defensa de los miembros de la organización terrorista GRAPO que están presos. También hace una defensa de sus ideas y las del Partido Comunista Reconstituido, que tiene como ideario la lucha revolucionaria para transformar la sociedad que, en su visión, es represora y fascista.

Entre los años 2014 a 2017 publica 92 videos que tienen miles de visualizaciones. Los contenidos de estos videos van desde la defensa de la amnistía para los presos del GRAPO, a la denuncia de que los presos están enfermos o a su homenaje por ser ejemplos de lucha contra el sistema.

Fundamentos de la sentencia

En relación con el delito de enaltecimiento: Dice la Audiencia Nacional que de las publicaciones analizadas en los hechos probados no se infiere en absoluto que el acusado pretendiera ensalzar o justificar la comisión de los delitos de terrorismo llevados a cabo por el GRAPO. Entiende el Tribunal que el acusado pretende dar una visión distorsionada de la realidad social española que define como totalitaria y fascista. Presenta a los presos del GRAPO como víctimas y a los que no se les proporciona la debida atención médica de manera intencionada.

Entiende el Tribunal que los hechos probados no contienen los elementos del delito de enaltecimiento. Según la resolución es claro que *“esas publicaciones ni ensalzan, ni justifican y mucho menos propician acciones terroristas; muy por el contrario, omiten toda referencia a dichas acciones, como ocultándolas, presentando a sus "presuntos autores" o "autores" como personas injustamente perjudicadas por la imputación o condena por delitos de terrorismo que jamás cometieron”*.

Fallo

Se absuelve al acusado.

Sentencia nº 40/ 2018 de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 2018

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 5. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de: (1) un delito de adoctrinamiento y auto-adoctrinamiento terrorista (art. 575.1 y 2 CP), solicitando prisión de 4 años y nueve meses, inhabilitación y libertad vigilada, o alternativamente, de un delito de enaltecimiento terrorista (art. 578.1 CP), solicitando prisión de 2 años y 9 meses, multa, y (2) dos delitos de traslado a zona terrorista (art. 575.3 CP), solicitando por cada delito pena de 4 años y 9 meses de prisión, inhabilitación y libertad vigilada o alternativamente, dos delitos de traslado a zona terrorista en grado de tentativa (art. 575.3 y 16 CP), solicitando por cada delito 1 año y 10 meses de prisión, inhabilitación y libertad vigilada. Durante la vista el Fiscal retiró la acusación de traslado a zona terrorista.

Resumen de los hechos probados

Entre los años 2014 y 2016, el acusado en ejecución de un plan, y con plena adhesión a los dictados del DAESH, creó varios perfiles en la red social Facebook desde los que se dedicó a publicar mensajes defendiendo la violencia contra los occidentales, como parte de la obligación de todo musulmán, y a líderes radicales a los que presenta como héroes. Incluye su actividad la publicación de fotos y videos en los que se divulgan actividades relacionadas con el DAESH con acciones violentas como ejecuciones. En dos ocasiones el acusado viajó a Turquía con la intención de unirse a la guerra en Siria sin conseguirlo.

Fundamentos de la sentencia

En relación con el delito de adoctrinamiento y auto-adoctrinamiento: El Tribunal, siguiendo la jurisprudencia vigente, entiende que la mera radicalización del acusado no es suficiente para acreditar la comisión de este delito, ya que su estimación exige intencionalidad, habitualidad y un elemento finalista dirigido a incorporarse a una organización terrorista, colaborar con ella o perseguir sus fines. Entiende la resolución que tales elementos no se dan en el presente caso, al no haberse probado ningún elemento distinto del propio autoconsumo, ni elemento alguno que pruebe su pertenencia o colaboración con organización terrorista, ni formación o ayuda de terceros a tales fines.

En relación con el delito de enaltecimiento: La resolución entiende que el acusado tenía material yihadista violento con el que ensalza y publicita la Yihad exhibiendo, a través de las redes sociales, en concreto Facebook, imágenes y textos. Para el Tribunal, el acusado lleva a cabo una narrativa épica que alaba y aplaude las acciones violentas de los grupos yihadistas, llama a combatir hasta la muerte a los infieles y promueve un discurso de odio entre civilizaciones.

Esta conducta, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto, la STS 354/2017 de 17 de mayo, contiene todos los elementos del art. 578 CP. Las publicaciones enaltecidas de conductas terroristas no suponen un ejercicio legítimo del Derecho Fundamental a la libertad de expresión, sino un abuso de tal derecho y contienen un riesgo por lo que son merecedoras de sanción penal.

En relación con el delito de traslado a zona terrorista: Entiende la resolución que la conducta encaja con un solo delito de traslado a zona terrorista en grado de tentativa, ya que regresa de Turquía antes de cruzar la frontera de Siria.

En relación con la prueba: Los hechos declarados probados fueron acreditados mediante las declaraciones testimoniales y periciales practicadas en el juicio oral y por los documentos presentados. El acusado manifestó en el juicio oral que internet es un mundo grande y cambiante y que desconoce donde se encuentran las personas que se mencionan en los textos y los documentos. En cuanto a su viaje a Turquía, dice que fue de vacaciones.

Los investigadores policiales ratificaron sus informes que detallan la actividad del acusado en las redes sociales. Existen suficientes indicios que acreditan que el viaje a Turquía, país del que es expulsado cuando estaba próximo a la frontera con Siria, no fue de turismo, todo ello lleva al Tribunal a apreciar que su traslado a este lugar no tiene otro fin que contactar con la organización terrorista estado islámico y unirse a la yihad.

Las pruebas, por tanto, desvirtúan la presunción de inocencia y queda establecido que la actividad del acusado en las redes sociales son alabanza y justificación del terrorismo, en concreto, de los postulados yihadistas de la organización DAESH y que intentó desplazarse a la zona de conflicto para poner en práctica sus ideas violentas.

Fallo

La resolución condena al acusado como autor de (1) un delito de enaltecimiento a la pena de 2 años y 1 día de prisión y multa y (2) de un delito de traslado a territorio terrorista en grado de tentativa a 1 año de prisión, 10 años de inhabilitación y 3 años de libertad vigilada.

Sentencia nº 2/ 2019 de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 23 de enero de 2019

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 1. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo previsto en el art. 578 del Código Penal, pero acepta la concurrencia, en el caso, de un trastorno mental que atenúa la responsabilidad. Por tanto, solicita una pena de un año de prisión, inhabilitación y libertad vigilada.

Con anterioridad a la vista, la defensa y la acusación llegaron a un acuerdo de conformidad, admitiendo los hechos y aceptando su participación.

Resumen de los hechos probados

La acusada era titular de una cuenta de Facebook en la que contaba con 762 amigos. Entre las fechas de diciembre de 2017 a 30 de enero de 2018, la acusada publicó mensajes en su muro en los que alababa a ETA militar, a sus actividades, su anagrama y sube fotos de algunos de sus miembros. Asimismo, sube textos de éstos en los que se justifica la violencia para conseguir la libertad, y se incluye alguna amenaza que alienta a la continuación del terror y fija objetivos animando a su eliminación. Algunos de estos mensajes fueron apoyados y difundidos por otros usuarios de la red social.

Fundamentos de la sentencia

En relación con las pruebas: La acusada, asistida de su defensa, reconoció los hechos de los que era acusada confirmando su autoría.

En relación con el delito de enaltecimiento: Indica el Tribunal en su resolución que, al admitir la acusada y su defensa que efectivamente cometió los hechos de los que era acusada, entiende que tales hechos son constitutivos del delito de enaltecimiento previsto en el artículo 578 del CP. Acepta que concurre la atenuante de trastorno mental.

Fallo

Se condena a la acusada, como autora de un delito de enaltecimiento previsto en el artículo 578 del CP con la atenuante de trastorno mental, a la pena de un año de prisión, 7 años de inhabilitación y un año de libertad vigilada.

Sentencia nº 3/2019 de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 23 de enero de 2019

Antecedentes del caso

La sentencia resuelve el recurso presentado por la defensa frente a la sentencia 4/2018 dictada por el Juez Central de Menores de la Audiencia Nacional de fecha 7 de noviembre de 2018 en la que se declara al menor autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 del Código Penal, a realizar tareas socio educativas centradas en sus competencias sociales y actitudes y valores pro-sociales que favorezcan una reflexión real de las consecuencias de sus actos.

Fundamenta la defensa su recurso en la interpretación extensiva que hace la sentencia condenatoria del artículo 578 del CP, al entender el recurrente que el contenido de las canciones publicadas no justifica el terrorismo, sino que reflejan su derecho a la libertad de expresión y la libertad de creación artística.

Fundamentos de la sentencia

Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 79/2018 de 15 de febrero; 378/2017 de 25 de mayo; 560/2017, de 13 de julio; 600/2017, de 25 de julio y 52/2018, de 31 de enero), y la Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2016, es necesario comprobar si además del comportamiento descrito en el tipo penal, concurre algún otro elemento que permita ponderar el conflicto entre la sanción penal y el derecho a la libertad de expresión (Art. 20.1 a CE). El Tribunal Constitucional declara en dicha resolución que la libertad de expresión (a) tiene un carácter institucional; (b) puede ser limitada cuando lo manifestado aliente a la violencia y (c) la proporcionalidad debe de guiar la aplicación del derecho penal cuando éste limite la libertad de expresión. También debe de tenerse en cuenta la existencia de intencionalidad y la concurrencia de situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el sistema de libertades.

Concluye el TC en la sentencia de referencia que la sanción penal del enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP es legítima en la medida en que las manifestaciones vertidas puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio y puedan alentar o crear, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para los derechos y libertades.

La decisión del Tribunal de apelación acepta que la letra de las canciones referidas en los hechos declarados probados tiene la gravedad suficiente para encajar dichos hechos en el art. 578 CP. Alaban a la organización terrorista GRAPO, a sus integrantes y a sus acciones violentas, se alienta a su reiteración y se hacen comentarios vejatorios contra una de sus víctimas.

Concurre el Tribunal de apelación con lo declarado en la sentencia de instancia de que las canciones publicadas contienen tanto el elemento objetivo como la intencionalidad de enaltecer el terrorismo y menospreciar a las víctimas. No se acepta que las composiciones estén amparadas en su derecho a la libertad de expresión o de creación artística, ya que siguiendo la jurisprudencia constitucional (STC 112/2016 de 20 de junio) la libertad de expresión tiene un carácter limitado cuando se utilizan manifestaciones del discurso del odio y puedan interpretarse como incitadoras a la violencia.

Por último, también acepta la sentencia de apelación que en la sentencia impugnada se hace una valoración coherente del riesgo de que las publicaciones del acusado pudieran propagar la activación de acciones terroristas ya que el perfil de internet dónde se difundían contaba

desde su creación en el 2012 con unos 1.900 suscriptores y más de 400.000 visualizaciones e iban dirigidas a un público joven.

Fallo

Confirma en su integridad la sentencia apelada (autor de un delito de enaltecimiento del 578 CP a realizar tareas socio educativas).

Sentencia nº 6/ 2019 de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de febrero de 2019

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 3. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de (1) un delito de adoctrinamiento del art. 577.2 Código Penal, solicitando pena de 7 años y 6 meses de prisión y multa o, alternativamente, delito de entrenamiento o auto-capacitación para cometer delito de terrorismo del art. 575.2 Código Penal solicitando pena de 3 años y 3 meses de prisión; y (2) delito de enaltecimiento del terrorismo previsto en el art. 578 Código Penal, solicitando una pena 3 años de prisión, inhabilitación y multa.

Resumen de los hechos probados

El acusado accede a través de Facebook a material yihadista y consulta contenidos divulgados por los dirigentes del DAESH. A estos fines utiliza tres perfiles de Facebook desde los que hace consultas sobre doctrina y actividades del DAESH para así dar acceso a otros a esos contenidos. En las publicaciones, en formato vídeo, montaje fotográfico o sonoro, se incluyen discursos, banderas, imágenes y composiciones fotográficas ensalzando y alabando la ideología salafista radical yihadista del DAESH y a sus dirigentes. Algunas imágenes muestran acciones de guerra, asesinatos a soldados americanos o a musulmanes en África Central, solicitando lealtad y adhesión la Estado Islámico.

Se acredita que estaba en contacto virtual con otros condenados por enaltecimiento del terrorismo. También se acredita su intento de captar a una persona para que se uniese a la yihad y fuera a combatir a Siria. En la entrada y registro que se hizo de su casa, con autorización judicial, se encontró un machete, libros, videos y audios relacionados con la doctrina radical yihadista y de sus líderes.

Fundamentos de la sentencia

En relación con las pruebas: En el juicio oral el acusado reconoció como suyos los perfiles de Facebook donde se subieron las publicaciones. El informe policial sobre el contenido de su ordenador lo confirma. El acusado declaró que creía que era legal ver y visitar los foros a los que accedió porque el contenido no era distinto del que aparece en las televisiones por satélite. Declara que no es religioso ni seguidor de ningún grupo radical ni haber intentado nunca captar a nadie para ir a Siria. Alegación que entiende el Tribunal quedó desvirtuada por las pruebas realizadas durante el juicio. Según testimonio policial, el acusado tuvo contacto con otras personas detenidas y sospechosas de ser integrantes de grupos terroristas con intención de cometer atentados o reclutar mujeres para el DAESH.

Según testimonio policial, para acceder a los contenidos encontrados al acusado se requiere una búsqueda especial y que además los compartió con terceros y participó en foros en los que se debatía su contenido. Testificó también el investigador sobre la relación del acusado con un grupo radical salafista en Inglaterra. El contenido de los videos y la frecuencia de sus interacciones son un claro indicio del conocimiento del acusado de la ilegalidad de su conducta. El tiempo transcurrido desde el inicio de su actividad en 2014 lleva a pensar que su adoctrinamiento tuvo una larga evolución pasando a una fase más activa de intentar convencer y captar a otros para que se integraran en un grupo terrorista.

También desacredita su relato el testimonio de un testigo que declaró que el acusado no paró de enseñarle videos y fotografías de contenido radical, guerras, bombas y similares, que le ofreció marchar a Siria y que así su madre recibiría dinero. El testigo temió que pudiera ser implicado en alguna acción de ese tipo.

En relación con el delito de adoctrinamiento: Entiende el Tribunal que, siguiendo la jurisprudencia (STS 354/17, de 5 de julio), en los hechos probados se dan los elementos del delito de adoctrinamiento terrorista previsto en el art. 577.2 CP: una actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento al servicio de organizaciones o elementos terroristas dirigidas a cometer delitos terroristas. Es un delito de mera actividad o peligro abstracto con el fin de prevenir conductas socialmente graves sin necesidad de que se produzca un resultado. Solo se exige que la actividad sea objetivamente relevante o idónea, por su contenido, para que alguna persona se incorpore al grupo terrorista.

Es de aplicación la legislación actual a pesar de que la actividad comenzara en el año 2014, antes de su entrada en vigor, dado que estas conductas estaban también tipificadas y castigadas de manera similar en la legislación anterior como colaboración con actividades terroristas.

En relación con el delito de enaltecimiento: El acusado participaba activamente en las redes sociales en foros con intención de adoctrinar y captar a terceros para que se incorporaran al grupo terrorista DAESH. Los informes periciales permiten ver que no se trata de enaltecimiento porque los mensajes no iban dirigidos al público en general, sino que tenían la finalidad de propaganda y captación. Por lo que, siguiendo la doctrina jurisprudencial citada en la STS 656/2007, de 17 de julio, en el que se resuelve un caso similar, la conducta descrita de presencia en foros de opinión con intención de persuadir a los participantes de que la vía es seguir la actuación violenta del DAESH excede el enaltecimiento y debe considerarse como adoctrinamiento.

Fallo

Se condena al acusado como autor de un delito del Art. 577.2 del CP, a la pena de 3 años de prisión, 7 años de inhabilitación, multa y 5 años de libertad vigilada (apreciando el Tribunal que la entidad de los hechos merece una atenuación de la pena en aplicación del artículo 579 bis 4). Se le absuelve del delito de enaltecimiento del terrorismo (578 CP).

**JUZGADO CENTRAL DE
MENORES DE LA AUDIENCIA
NACIONAL**

Sentencia nº 3/ 2018 del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional, de 6 de junio de 2018

Antecedentes y Resumen de la Acusación

En la Fiscalía de menores se inició expediente contra el menor en base a una denuncia de la Comisaría General de Información por la publicación masiva de canciones de “hip hop” con contenido presuntamente delictivo. El menor acusado formaba parte del colectivo “La insurgencia”. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo y menosprecio a las víctimas del art. 578 del Código Penal, solicitando una medida de un año de tareas socio-educativas centradas en sus competencias sociales y actitudes y valores pro-sociales.

Resumen de los hechos probados

El menor formaba parte del grupo de raperos denominados “La Insurgencia”, dedicados a la producción de canciones de género “hip hop”. Dichas canciones se publicaban en las redes sociales, en especial en Youtube. En la página de inicio del canal se puede acceder a los canales personales de cada uno de los integrantes. El tono de las canciones es subversivo frente al orden constitucional democrático, enaltecen y justifican el terrorismo, alabando las acciones de los condenados por actividades terroristas y censurando a las fuerzas policiales, a la judicatura y a la monarquía.

Fundamentos de la sentencia

En relación con las pruebas: Los hechos fueron admitidos como ciertos por el menor. Declaró que hacía tiempo que había dejado de ser parte del colectivo “La Insurgencia”.

En relación con el delito de enaltecimiento: Analiza el Juez la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con los elementos del delito de enaltecimiento (STS 820/2016, 149/2007, 224/2010 y 378/2017), debiendo de existir acciones o palabras por las que se enaltece o justifica a personas u organizaciones que hayan cometido actos definidos como terrorismo; la alabanza o justificación ha de hacerse por medio que conlleve publicidad. Entiende el Juez que la jurisprudencia exige que cada caso sea analizado teniendo en cuenta las circunstancias concretas y debe prevalecer el derecho a la libertad de expresión frente al derecho penal, que solo debe aplicarse como última opción. La jurisprudencia también exige que se analice la intención del autor.

En relación con la libertad de expresión. La decisión cita la Sentencia del Tribunal Constitucional STC 112/2016, de 20 de junio, que declara que la libertad de expresión solo podrá limitarse cuando los mensajes que ensalcen o justifiquen el terrorismo o sus autores sean manifestación del discurso del odio y, con los mismos, se incite a la comisión de actos violentos. También alerta la jurisprudencia constitucional que ha de estarse muy atento a evitar que los ciudadanos dejen de utilizar la libertad de expresión por temor ante una acusación penal. Concluye el Juez que la jurisprudencia constitucional señala que castigar por enaltecimiento es legítimo y respeta el derecho a la libertad de expresión cuando la conducta enjuiciada “*propicia, alienta, aunque sea de manera indirecta, a la violencia terrorista poniendo en una situación de riesgo a las personas, a los derechos de terceros o al propio sistema democrático.*”

Valoración de los hechos en relación con la prueba y la jurisprudencia citada. Entiende el Juez que, tras analizar las canciones, los videos y las respuestas dadas por el acusado durante el juicio oral, se ha de valorar: (a) que es un menor que compone canciones y que éstas no son

un discurso político o periodístico; (b) los mensajes no son de un tiempo concreto sino que se extraen de canciones, videos y fotos contenidas en álbumes publicados entre 2015 y 2017; (c) las canciones son fruto de su vivencia personal, de contenido personal y político; (d) son unas 50 canciones que pueden escucharse en Youtube, que responden a un ritmo y métrica que busca la rima fácil, y que las ha cantado en público; (e) que alguno de los hechos contenidos en las mismas sucedieron antes del nacimiento del menor; (f) que nunca fue su finalidad enaltecer el terrorismo; (g) que sus conocimientos sobre los terroristas que menciona en sus canciones son limitados y (h) que algunas referencias son de carácter histórico.

Por todo ello, el Juez indica que la posición crítica y radical del menor, a veces con expresiones desafortunadas, ha de entenderse en el contexto que se realizan como creatividad de verso fácil. Por ello, concluye que las canciones creadas por el acusado no son una alabanza o justificación del terrorismo *“en tanto que no incitan de forma manifiesta a la violencia terrorista ni puede concluirse que generen un peligro o un riesgo para la comisión de este tipo de delito.”*

Fallo

Se absuelve al acusado.

Sentencia nº 4/ 2018 del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2018

Antecedentes y Resumen de la Acusación

En la Fiscalía de menores se inició expediente contra el menor en base a denuncia de la Comisaría General de Información por la publicación masiva de canciones de “hip hop” con contenido presuntamente delictivo. El menor acusado formaba parte del colectivo “La insurgencia”. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo y menosprecio a las víctimas del art. 578 del Código Penal, solicitando una medida de un año de tareas socio-educativas centradas en sus competencias sociales y actitudes y valores pro-sociales.

Este menor fue juzgado anteriormente por los mismos hechos por el Juzgado Central de Menores que dictó una sentencia absolutoria con fecha 6 de junio de 2018. Sentencia que fue recurrida por el Fiscal. El Tribunal de apelación resolvió por sentencia 26/2018, de 24 de julio la nulidad de la sentencia de instancia y ordenó la realización de un nuevo juicio.

Resumen de los hechos probados

El menor formaba parte del grupo de raperos denominados “La Insurgencia”, dedicados a la producción de canciones de género “hip hop”. Dichas canciones se publicaban en las redes sociales, en especial en Youtube. En la página de inicio del canal se puede acceder a los canales personales de cada uno de los integrantes. En agosto del 2016 se publica la canción “insurgencia, muerte al capital” en el que participan todos los insurgentes. El menor ha publicado en modo abierto canciones y videos con canciones enaltecedoras y justificadoras del terrorismo del GRAPO -PCE (r).

Fundamentos de la sentencia

En relación con las pruebas: El menor admitió los hechos, que fue parte de La Insurgencia y creador de las canciones, pero alegó que no tenía intención de enaltecer el terrorismo sino que las canciones eran fruto de la rabia y la frustración contra lo establecido. Que sus canciones utilizan un lenguaje típico del hip-hop y que son una creación artística. Los investigadores que declararon en el juicio confirmaron la autoría.

En relación con el delito de enaltecimiento: El juez entiende que los hechos probados son legalmente constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo y menosprecio de las víctimas.

La resolución indica que el acusado es una persona muy inteligente, mostrando gran seguridad y confianza, pero sus respuestas de que las expresiones usadas en sus canciones eran solo un símil o recurso literario no restan su responsabilidad por lo expresado. Sus continuas referencias a acciones violentas, alabanzas al grupo terrorista GRAPO y las alusiones a alguna de sus víctimas en tono despectivo, dirigidas a gente joven, son una intención real de incitación al odio. Sancionar para evitar que se propague, promueva o justifique el odio está justificado (STEDH de 16 de julio de 2009). Entiende el Juez que la libre propagación de ideas no autoriza la justificación de la violencia.

Entiende la resolución que, con los mensajes publicados al ensalzar y justificar el terrorismo, se potencia el riesgo de reactivación de actos terroristas. El acusado era totalmente consciente de que animaba al uso de la violencia para conseguir fines políticos.

En relación con la libertad de expresión. En cuanto a la alegación de la defensa de que estos hechos están dentro del derecho a la libertad de expresión y, en concreto, al derecho a la creación artística, explica la resolución que las libertades no suponen un derecho absoluto e ilimitado, sino que viene limitado por el orden político y la paz social (Sentencia de 26 de abril de 1991). Las expresiones utilizadas por el acusado exceden en mucho el derecho a la crítica (STEDH de 7 de diciembre de 1976).

Fallo

Se declara al menor autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo, del artículo 578 del CP, a realizar tareas socio educativas centradas en sus competencias sociales y actitudes y valores pro-sociales que favorezcan una reflexión real de las consecuencias de sus actos.

SALA DE APELACIONES DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia nº 1/ 2018 de la Sala de Apelación de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2018

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El asunto fue investigado por el Juzgado Central de Instrucción No. 3. Con fecha 9 de marzo de 2018, la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó sentencia por la que absolvía a los dos acusados, ciudadanos marroquíes, de los delitos de (a) integración en organización terrorista (arts. 571 y 572.2 del Código Penal); y (b) adoctrinamiento activo, o pasivo o auto-adoctrinamiento (arts. 577.2, 575.1, 575.2 del Código Penal); y condenó por delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas (artículo 578 Código Penal), a la pena, para cada uno de los acusados, de dos años y un día de prisión, multa de doce meses, 8 años de inhabilitación y 5 años de libertad vigilada.

Resumen de los hechos probados

La Sala de Apelación acepta los hechos probados según fueron declarados por la sentencia de instancia. Las defensas de los acusados presentan recurso solicitando la revocación de la sentencia en base a (a) error en la valoración de las pruebas; (b) infracción del derecho fundamental a la libertad de expresión y libertad religiosa y (c) quebrantamiento de norma procesal.

Fundamentos de la sentencia

En relación con la valoración de la prueba: La Sala de Apelación indica que, según la jurisprudencia existente, en apelación, solo cabe realizar una nueva valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal de instancia cuando éste articule la prueba con razonamientos ilógicos, absurdos o contradictorios, o infrinja derechos fundamentales; o en aquellas situaciones en que la prueba quede desvirtuada por nueva prueba realizada en la apelación. En su criterio, la resolución recurrida contiene fundamentación clara que explica la existencia de prueba de cargo suficiente para condenar.

En cuanto al argumento de la defensa de que la acusación se basa solo en 28 capturas dentro de una actividad que se extiende a lo largo de dos años, entiende la Sala de Apelación que lo relevante no es el número de capturas, sino el conjunto de lo capturado y su reiteración en el tiempo. En su análisis, aprecia que los hechos revelan actitudes dirigidas, no a exponer ideas religiosas, sino a mostrar actividades llenas de violencia, de carácter impositivo, supremacista y amenazantes contra los demás colectivos.

En relación con el delito de enaltecimiento: La Sala de Apelación dice que, según la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional "el bien jurídico protegido se pone en peligro si los mensajes enaltecen objetivamente el terrorismo y entran de lleno en el "discurso del odio" y para ello no es necesario acreditar si con posterioridad a los mismos se han producido disturbios sociales, alteraciones públicas, reconocimientos en las redes sociales, impacto en la opinión pública u otro tipo de reacciones". Añade la resolución que, en el presente caso, los acusados eliminaban de sus perfiles los comentarios disidentes, criticando a los que opinaban de manera diferente.

Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 72/2018, de 9 de febrero; 117/2015, de 22 de julio; y 90/2016, de 17 de febrero de 2016), los mensajes emitidos en los perfiles no son fruto de una reacción incontrolada, sino que pretenden provocar hostilidad, con intención y a sabiendas de su alcance a gran número de personas. Todo ello excede

ampliamente los límites del derecho a la libre expresión e información, llegando a la infracción penal por la que fueron condenados.

La jurisprudencia citada entiende que existen límites a la libertad de expresión que, al igual que otros derechos, estando justificado sancionar y prevenir formas de expresión que inciten, promuevan o justifiquen el odio, o el uso de la violencia. De tal manera que corresponde al Tribunal sentenciador resolver si los hechos enjuiciados expresan una opción política legítima, que ayude a dilucidar el debate social o responde a una actitud de hostilidad, incitación, intolerancia o promueve el odio e intolerancia incompatible con los valores democráticos.

Siguiendo la jurisprudencia, la resolución entiende que está legitimada la sanción penal cuando las expresiones vertidas son una manifestación del discurso del odio y tienen por fin el enaltecimiento o humillación. En cuanto al elemento del riesgo, entiende la Sala que tal riesgo ha de entenderse en abstracto e incluida en los hechos objeto de acusación, pero no en relación con un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas.

El elemento subjetivo, según la STS 948/2016, de 15 de diciembre, está acreditado en los propios hechos probados, y se pueden deducir de las imágenes o frases utilizadas al alabar y justificar las acciones terroristas.

En virtud de lo anterior, la Sala de Apelación entiende que los condenados realizaron conductas objetivamente enaltecedoras del terrorismo, poniendo en riesgo nuestro sistema de libertades, que se entra en discusiones amenazantes mediante la expansión del discurso del odio, que es precisamente lo que limita el derecho a la libre expresión protegido por la norma.

En relación con el quebrantamiento de norma procesal: Entienden las defensas de los acusados que se quebrantaron las normas procesales por parte de la Fiscalía al realizar acusaciones de distintos tipos penales por los mismos hechos, de manera alternativa: integración en organización terrorista, si no, alternativamente, adoctrinamiento activo pasivo y auto-adoctrinamiento terrorista o enaltecimiento terrorista y humillación a las víctimas.

La Sala en su resolución entiende que la posibilidad de usar acusaciones alternativas está prevista en los artículos 653 y 732.3 de la LECrim y se justifica esta estrategia en que alguno de estos delitos se ha incorporado de manera reciente en la legislación y no existe suficiente jurisprudencia que permita una calificación del delito no alternativa.

Fallo

Se confirma la resolución recurrida (condena por delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas).

Sentencia nº 4/ 2018 de la Sala de Apelación de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 10 de julio de 2018

Antecedentes

La decisión resuelve el recurso presentado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia nº 11/2018 dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Nacional de fecha 15 de marzo de 2018. La sentencia recurrida absolvía al acusado de un delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 del Código Penal) y delito de odio (510 Código Penal).

El Ministerio Fiscal recurre al entender que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de enaltecimiento en base a los argumentos contenidos en el Voto Particular de uno de los Magistrados firmantes de la sentencia original. Argumenta el Ministerio Fiscal que la sentencia recurrida puede ser revocada en base a la doctrina del TEDH que permite la revisión de sentencias absolutorias cuando se revisan cuestiones puramente jurídicas corrigiendo errores en la aplicación de la ley o fijando criterios interpretativos uniformes (STS 58/2017).

En este caso concreto, el Ministerio Fiscal estima que el error se produjo por el Tribunal sentenciador al incluir en los hechos probados un párrafo donde se determina la finalidad, de tal suerte que se dice que *"No resulta acreditada otra finalidad... que la de dar rienda suelta por parte del acusado de forma airada y exagerada a su protesta y disconformidad con la sociedad en la que vive, sin que las expresiones impliquen un discurso de incitación al odio, a la violencia o al terrorismo, ni tales expresiones sueltas hayan puesto en algún riesgo o incremento de éste de comisión de posibles delitos."*

Fundamentos de la sentencia

En relación con la revocación de sentencias absolutorias: La posible revocación de una sentencia absolutoria en apelación ha sido objeto de una amplia jurisprudencia constitucional, entre ellas la reciente STC 36/2018, de 23 de abril. Según esta doctrina, que incluye un análisis sobre la jurisprudencia en esta materia tanto del TS como del TEDH, existe la posibilidad de revocación de sentencias absolutorias sin infringir el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la defensa. Así, tanto el TS como el TC (entre otras, SSTC 197/2002, de 28 de octubre, 272/2005, de 24 de octubre, o 153/2011, de 17 de octubre, TC 143/2005, de 6 de junio, 142/2011) han admitido que se puede hacer una interpretación diferente de los hechos probados sin necesidad de realizar un examen directo y personal de las pruebas y sin necesidad de contradicción.

La nueva interpretación de los hechos probados: La Sala de Apelación entiende que, en el presente asunto, no es necesario realizar una nueva determinación de los hechos probados, ni que se tengan que reconsiderar pruebas practicadas en presencia del órgano judicial que las valora. Se aceptan todos los hechos probados de la sentencia, salvo en la interpretación que hace el Tribunal sentenciador de la intención del acusado. La sentencia mayoritaria aceptó la explicación del acusado en la vista oral, de que tan solo pretendía criticar la sociedad y al estado sin defender la violencia. Sin embargo, la Sala de Apelación estima que la finalidad de los tuits resulta acreditada en los hechos declarados probados en la propia sentencia recurrida.

Entiende la Sala que para poder revocar una sentencia absolutoria, la jurisprudencia solo exige la audiencia previa del condenado, y que se da por cumplida dado que se celebró vista para el recurso de apelación y el acusado pudo ser oído, aunque no hizo ninguna

manifestación; La defensa argumentó la inexistencia de riesgo para el sistema de libertades, el escaso número de seguidores y la ausencia de intencionalidad del acusado de justificar la violencia o las organizaciones terroristas.

La Sala examina los mensajes y entiende que su contenido literal contradice la manifestación del acusado sobre su intencionalidad. La opinión de la Sala tiene su fundamento en el voto discrepante de uno de los Magistrados sentenciadores. Estima la Sala que, en su apreciación, los mensajes contienen expresiones de suma gravedad, son objetivamente enaltecedores, una manifestación de odio ideológico hacia los colectivos policiales y banqueros. Entiende existe una invitación explícita a realizar actos terroristas cuando usa expresiones tales como "*hacen falta más comandos*" o "*más lucha armada*", así como la justificación de los métodos terroristas "*el terrorismo parece ser la única opción*", o de la expresa justificación de la comisión de brutales atentados como el del 11 S "*no fue drama, fue justicia*". Tales expresiones son reiteradas en el tiempo.

Entiende por tanto la Sala que los hechos probados reúnen todos los requisitos establecidos en el art. 578 del CP, al aceptar como acreditada la intención de provocar o incitar, en la literalidad de los mensajes y el hecho de que éstos se prolongaron en el tiempo. Añadiendo que las publicaciones se realizaran en un momento de crisis económica con manifestaciones donde se produjeron ataques y lesiones a los cuerpos de policía, y se realizaron algunos ataques a sedes bancarias por grupos anarquistas.

En relación con el delito de enaltecimiento: Realiza la Sala de Apelación un análisis de la jurisprudencia existente en relación con los elementos del delito. En relación con la *intencionalidad*, manifiesta, que se según la jurisprudencia (STS 224/2010, de 3 de marzo, entre otras) se entiende existe cuando "*se utilizan unas palabras y unas frases tan alabadoras y ensalzadoras del terrorismo que no requieren de elaboradas y complejas argumentaciones para determinar cuál es el ánimo con que se actuó, algo que concurre en el caso actual con el acusado al publicar en red social las frases descritas*".

Hace la Sala una revisión de los elementos del delito y la jurisprudencia constitucional, del TS y del TEDH, incluido el considerando 10 de la Directiva de la UE 2017/541, relativa a la lucha contra el terrorismo. Afirma la Sala que es de general aceptación, que han de ser tenidos en cuenta las circunstancias concretas del caso y la importancia y verosimilitud del riesgo. Precisa el Tribunal Constitucional, en su sentencia 112/2016, de 20 de junio, que castigar el enaltecimiento del terrorismo "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".

La Sala entiende que tanto la jurisprudencia del TC en la sentencia mencionada anteriormente así como la Directiva UE 2017/541, exige realizar una valoración del riesgo y entiende que tal riesgo ha de ser entendido como un riesgo abstracto que en este caso se produce "*de forma objetiva en función de la literalidad de las manifestaciones vertidas, la persona del autor, el público al que va dirigido, las circunstancias concretas, y siempre que persigue desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia, también cuando las declaraciones inciten al uso de la violencia con respecto a un individuo, un representante del Estado o una parte de la población, las autoridades nacionales, pudiendo también apreciarse el riesgo abstracto cuando las manifestaciones constituyan un incentivo indirecto al lector potencial a apreciar de manera positiva la realización de un acto criminal*".

Entiende la Sala de Apelación que, dado que los hechos se produjeron en su inmensa mayoría antes de la entrada en vigor de la nueva Ley y que ésta nueva Ley es más perjudicial, se ha de aplicar a este caso la ley anterior a la reforma de 2015. También entiende que el número de seguidores era limitado y ninguno respondió o le dio seguimiento a ninguno de ellos, lo que debe tenerse en cuenta a la hora de establecer la pena aplicable.

Fallo

La Sala de Apelación revoca la sentencia anterior y condena al acusado, como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo (578 CP), a la pena de tres meses de prisión y seis años de inhabilitación.

Sentencia nº 5/ 2018 Sala de Apelación de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 14 de septiembre de 2018

Antecedentes y Resumen de la Acusación

El 2 de marzo de 2018 la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó sentencia por la que se condenaba al acusado como autor de los delitos de (i) enaltecimiento del terrorismo, con la agravante de reincidencia, a las penas de dos años y un día de prisión, multa de 15 meses, inhabilitación por el periodo de 6 años y dos años de libertad vigilada; (ii) injurias y calumnias contra la Corona y utilización de la imagen del Rey, a la pena de 12 meses de multa; e (iii) injurias y calumnias contra las Instituciones del Estado, a la pena de 15 meses de multa.

La defensa presentó recurso contra dicha sentencia en base a (i) falta de imparcialidad de dos de los tres Magistrados que dictaron la sentencia; (ii) inexistencia de los delitos de injurias y calumnias contra la Corona y las Instituciones del Estado por tratarse de manifestaciones de público conocimiento, y estar amparadas por la libertad de expresión; e (iii) inexistencia del delito de enaltecimiento en base al contenido de la Directiva UE 2017/541.

Resumen de los hechos probados

La Sala de Apelación mantiene los hechos probados según fueron declarados en la sentencia recurrida: El acusado publicó durante los años 2014 a 2016 comentarios denigrantes contra distintas instituciones del Estado al tiempo que dedica frases y archivos ensalzando a personas condenadas por delitos de terrorismo. El perfil de Twitter contaba con más de 54.000 seguidores y se han podido encontrar 1.915 tuits en los que aparecen los términos GRAPO, ETA, TERRORISMO, SILBO, BOMBA, POLICÍA y GUARDIA CIVIL. Entre los citados mensajes, estaban los siguientes: “¿50 policías heridos? Estos mercenarios de mierda se muerden la lengua pegando hostias y dicen que están heridos”; “orgulloso de quienes respondieron a las agresiones de la policía”; “Video de cargas policiales en Lavapiés. 30/12/15 Lllaman banda criminal a grafiteros y no a la monarquía. Menudo estado demencial”; “La monarquía mafiosa que da lecciones a países donde nadie es desahuciado”; “El estado español dando armas a los criminales amigos de la monarquía para que puedan bombardear Yemen. Que se sepa”. En los mensajes se cita a miembros de los GRAPO y de ETA condenados por delitos de terrorismo. En agosto de 2016, el acusado publicó un vídeo en el que canta una canción en la que reprueba a la monarquía.

Fundamentos de la sentencia

En relación con la falta de imparcialidad: Indica la Sala que siguiendo la jurisprudencia del TS (STS nº 848/2017, de 22 de diciembre, 1288/2002, de 9 de julio y 1431/2003, de 1 de noviembre) no puede ser aceptada la solicitud para estimar la falta de imparcialidad objetiva porque la ley exige para su admisión, que sea alegada en un plazo máximo de 10 días desde que se tenga conocimiento de la identidad del Magistrado que pudiera estar afectado. En este caso, la defensa tuvo conocimiento de los Magistrados que serían parte del Tribunal en esta causa durante la instrucción, y no solicitaron su abstención.

En relación con el delito de enaltecimiento: Indica la Sala que, al contrario de lo alegado por la defensa, la Directiva UE 2017/541, prevé el castigo del enaltecimiento en su considerando 10º, que señala "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". Entiende que la sentencia recurrida analiza y confirma la existencia del riesgo de que el terrorismo de los que ensalza pueda retornar.

La Sala hace una detallada descripción de la jurisprudencia del TS y del TC en relación con los elementos del delito, y considera que la sentencia recurrida hizo una interpretación conforme a los mismos. La sentencia pondera la existencia del riesgo abstracto de que alguno de los seguidores del condenado (más de 54,000) pudiera imitar la conducta de alguno de los terroristas que se ponen como modelo.

De acuerdo con la Sala, el juicio a realizar es valorar como posibilidad real que pueda producirse en un futuro un ataque o una lesión al bien protegido que es la seguridad colectiva y exige que el peligro sea adecuado.

En el caso concreto, la Sala estima que "se banalizan las lesiones que sufren los cuerpos policiales en sus actuaciones; se incita a agredir a los policías; se les acusa de matar, torturar o asesinar; se afirma que la Monarquía financia el terrorismo del ISIS; se dice que se deja morir sin asistencia a una condenada por su pertenencia a la organización terrorista GRAPO; se dice que cuando la policía recibe una hostia en respuesta a tratar con racismo a los inmigrantes, se hacen las víctimas; se afirma que pretenden que les lloremos cuando les pasa algo; dice que se condena por daños materiales a quienes en el atentado anarquista en la Basílica del Pilar de Zaragoza dejaron sin tímpano a un turista;...y se exhiben como ejemplo a seguir las trayectorias de varios criminales condenados por terrorismo de sangre". Teniendo en cuenta que en España se han producido un sinnúmero de actos terroristas, el último ocurrido en agosto de 2017, la Sala entiende que sí concurre el riesgo abstracto que exige la jurisprudencia y que se da de manera objetiva por la literalidad de las manifestaciones realizadas por el autor y por el número de sus seguidores. Se considera que en su discurso el condenado pretende desencadenar emociones de hostilidad, promoviendo odio e intolerancia incompatibles con el sistema democrático, incitando a la violencia contra la Corona y contra los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Esto puede ocasionar un incentivo indirecto a que alguien pueda valorar positivamente la posibilidad de realizar una acción violenta.

En relación con la libertad de expresión. La Sala analiza la jurisprudencia del TEDH que ha admitido que una limitación del derecho a la libertad de expresión es compatible con el Convenio Europeo, cuando sea una medida necesaria en una sociedad democrática. La injerencia en la libertad de expresión ha de estar justificada y debe de haber proporcionalidad entre la medida y el objetivo que se desea conseguir. El TEDH afirma que está justificado limitar los discursos que incitan al odio, sin exigir que provoquen a la violencia o al delito, pero hay que tener en cuenta el contexto, la intencionalidad, la condición del emisor y las posibles consecuencias del discurso (STEDH asuntos De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997; Féret c. Bélgica, de 16 de julio de 2009, entre otras).

La jurisprudencia del TC acentúa la importancia del derecho fundamental a la libertad de expresión en una sociedad libre y democrática. Sin embargo, hay expresiones que quedan fuera de la protección constitucional, como son "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" (SSTC 29/2009, de 26 de enero, 50/2010 de 4 de octubre; 41/2001, de 11 de abril; 9/2007, de 15 de enero; 174/2006, de 5 de junio; 77/2009, de 23 de marzo; 235/2007, de 7 de noviembre, entre otras). Según ésta jurisprudencia, se ha de ponderar si ha de prevalecer el derecho fundamental a la libertad de expresión o el derecho al honor, en el presente caso, el derecho al honor de la Corona, valorando si las opiniones injuriosas expresadas han sido necesarias o no para formular el pensamiento.

Entiende la Sala que, en este caso, y según interpretó la sentencia recurrida, se ha de entender que la limitación al derecho a la libertad de expresión está legitimada para evitar que el discurso del odio pueda servir para justificar el uso de la violencia. El recurrente, que ya fue condenado por este mismo delito, tiene un gran número de seguidores en redes sociales, donde ataca a las instituciones y ensalza a los condenados por terrorismo con la idea de que ejecuten más violencia, sin empatía hacia las víctimas.

La Sala concluye que la resolución penal impugnada ha realizado una ponderación adecuada al razonar que la conducta del recurrente es una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia. Sin embargo, no está de acuerdo en cómo la sentencia recurrida determina la pena. Entiende que existen circunstancias atenuantes, entre otras, que la organización terrorista que menciona lleve tiempo sin actividad, y que algunos de los tuits fueran anteriores a la entrada en vigor de la Ley vigente (2015).

Fallo

Se desestima el recurso de apelación presentado, se confirma el pronunciamiento de la sentencia recurrida salvo en la duración de la pena para el delito de enaltecimiento que se fija en 9 meses y un día de prisión y multa de 168 días.

Sentencia nº 6/ 2018 de la Sala de Apelación de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 18 de septiembre de 2018

Antecedentes y Resumen de la Acusación

Con fecha 4 de diciembre de 2017, la Sección 4ª de la Audiencia Nacional dictó la sentencia nº 34/2017 contra doce "raperos" miembros del colectivo denominado "La Insurgencia" condenándolos como autores de un delito de enaltecimiento del terrorismo, a la pena, para cada uno de ellos, de dos años y un día de prisión, 8 años de inhabilitación y 16 meses de multa.

La defensa de los acusados presenta recurso, solicitando que la sentencia sea anulada en base a los siguientes argumentos: (i) Los hechos no constituyen el delito previsto en el art. 578 del Código Penal pues los contenidos de las canciones no son alabanza o exaltación de delitos de terrorismo. Por tanto, se hace una aplicación extensiva de dicho artículo y del contenido de las canciones que no son más que una expresión artística y, como tal ficción, no conforman opinión pública, no justifican el terrorismo, ni su incitación, ni llaman al discurso del odio; (ii) Se alega infracción del derecho a la libertad artística del art. 20 de la Constitución; e (iii) infracción de los artículos 15 y 25.1 de la CE relativos a la prohibición de penas inhumanas o degradantes, al alegar que la pena impuesta no cumple con el principio de proporcionalidad. El Ministerio Fiscal solicitó la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia apelada.

Resumen de los hechos probados

La Sala acepta como probados los hechos declarados como tales por la sentencia recurrida: Los raperos de "La Insurgencia", que se identifican como un colectivo musical, tienen un gran número de canciones publicadas en las redes sociales. En el canal "la Insurgencia" en Youtube cuentan con 1.900 suscriptores y más de 400,000 visualizaciones desde 2012. El colectivo también dispone de un perfil en Facebook donde publican todos sus temas musicales. Sus canciones mantienen un mensaje de tónica subversiva frente al orden constitucional democrático y en ellas se elogia de manera reiterada a miembros de la organización terrorista PCE(r)-G.R.A.P.O.

El discurso violento de "La Insurgencia" se difunde principalmente a través de Internet. No obstante, también en directo, con ocasión de actos y eventos impulsados por organizaciones de extrema izquierda radical o de apoyo a los denominados "presos políticos" de organizaciones terroristas, especialmente PCE(R)-G.R.A.P.O. En agosto de 2016, con ocasión del tercer aniversario del nacimiento del colectivo, se presentó la canción "La Insurgencia, muerte al capital", en la que participan conjuntamente todos los "insurgentes", reforzando así la idea de unidad y objetivo común: propagar sus ideas de odio al sistema democrático y el ensalzamiento de la organización terrorista PCE(r)-G.R.A.P.O.

Fundamentos de la sentencia

En relación con la infracción del derecho a la libertad artística y de expresión: En este caso, el debate ha de abarcar el derecho a la libertad de expresión y a la libertad ideológica, dado que los recurrentes entienden se ha infringido su derecho a la producción artística, un derecho reforzado frente al de expresión e información.

La Sala analiza la STEDH de 20 de octubre de 2015 M'Bala M'Bala contra Francia, alegada por la defensa como base jurisprudencial de su argumento. La Sala indica que la sentencia del TEDH, que resuelve una solicitud de un humorista que hace manifestaciones antisemitas al final de su espectáculo, "extiende expresamente sus efectos a las palabras o expresiones -incluso

indirectas- introducidas dentro de una obra. Así, aunque el TEDH, hasta el momento, ha aplicado el Convenio "a palabras explícitas y directas, que no necesitan de ninguna interpretación, está convencido de que un posicionamiento singularizado de odio y antisemita, travestido bajo la apariencia de una producción artística, es tan peligroso como un ataque frontal y abrupto". De ello se infiere que no es necesaria la utilización de un texto dirigido expresamente a enunciar máximas enaltecedoras, sino que este puede estar, como dice el TEDH travestido bajo una apariencia artística, y añadimos, incluso utilizando el formato de obra artística." Por ello la Sala entiende que por el hecho de ser una producción artística no puede eliminar la posibilidad de que sus textos puedan ser considerados de manera objetiva como constitutivos de un delito de enaltecimiento.

La Sala describe en su decisión las especiales características que el rap exige de rima, de uso de figuras retóricas y no uso literal de las palabras en su creación. También que para que la conducta sea considerada delictiva requiere que el enaltecimiento o justificación sea concreto y no genérico. Este elemento debe de estar claramente expresado en las canciones sin dar lugar a dudas y debe de ser el centro de la pieza musical. La decisión razona que, en el presente caso, la literalidad de las expresiones utilizadas es clara y son parte principal del mensaje que las canciones quieren mandar al público.

La Sala analiza la jurisprudencia constitucional sobre los límites de la libertad de expresión (SSTC 41/2001, de 11 de abril, 9/2007, de 15 de enero, 50/2010, de 4 de octubre, 174/2006, de 5 de junio, 77/2009, de 23 de marzo); en dichas sentencias se ratifica la libertad de expresión como garantía de una opinión pública libre, base de una sociedad libre y democrática. La libertad de expresión, como vía que garantice el libre intercambio de ideas y opiniones, incluye la libertad de crítica, aunque pueda inquietar, ser brusca y molestar a quien se dirige (refiriéndose a la STEDH en el asunto De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997).

Por otro lado, se entiende por la jurisprudencia constitucional que la libertad de expresión no es un derecho fundamental absoluto e ilimitado, sino que tiene sus límites. Quedan fuera de la protección constitucional las expresiones injuriosas u ofensivas, y que resulten innecesarias para la exposición de ideas u opiniones. También el TEDH, en su sentencia de 16 de julio de 2009, asunto Féret c. Bélgica, ha expresado la posibilidad de sancionar o prevenir formas de expresión que difundan, promuevan, justifiquen o inciten el odio basado en la intolerancia. Los límites, indica la resolución de la Sala de Apelación, deberán ser rigurosamente ponderados, teniendo siempre en consideración que la libertad de expresión tiene una posición preferente cuando entre en conflicto con otros derechos. En el presente caso, en el que entra en conflicto con la legislación penal, se ha de evitar que éste sea un factor de disuasión de la libertad de expresión.

El órgano judicial que ha de aplicar el derecho penal debe primero valorar si la conducta enjuiciada es un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión (SSTC 89/2010, de 15 de noviembre, 29/2009, de 26, 299/2006, de 23 de octubre, y 108/2008, de 22 de septiembre). Según esta jurisprudencia constitucional, para hacer esta valoración es esencial delimitar el contenido del derecho a la libertad de expresión y si la acción está dentro del ámbito de este derecho o fuera de él. De tal manera que hay un discurso del odio ofensivo en sí mismo y que puede tener naturaleza penal sin entrar en conflicto con el

derecho fundamental a la libertad de expresión. Entiende la Sala que el legislador en España ha dejado fuera de la libertad de expresión, justificar o enaltecer los más graves delitos terroristas, homenajear o poner como modelos a autores de terribles crímenes. *“En resumen, se castigan unas conductas que suponen un refuerzo de las conductas terroristas y sin que ello implique que nos hallamos en presencia de una prohibición de ideas o expresiones. Se trata simplemente de evitar que mediante la publicación de ideas u opiniones se justifique, ensalce o, en definitiva, se enaltezca las conductas de los terroristas.”*

En relación con los elementos del delito de enaltecimiento: La Sala hace un análisis pormenorizado de todos los elementos del delito según han sido interpretados por la jurisprudencia del TC y del TS y cómo deben de ser interpretados en relación con el caso concreto. En su resolución, afirma que se dan todos los requisitos para entender que es de aplicación el artículo 578 del Código Penal. Al igual que la sentencia recurrida, entiende que los contenidos que se publicaron en el canal Youtube incitaban a la comisión de actos terroristas, aunque fuera de manera indirecta, al presentar la violencia como una forma de defender los derechos políticos y es así, por el elevado número de contenidos audiovisuales, su reiteración en el tiempo, y porque hacen referencia a 21 miembros del grupo terrorista GRAPO, a los que alaban y ponen como ejemplos a seguir.

La Sala resta importancia a que se utilice para canalizar los mensajes canciones con una construcción musical en la que la rima sea importante y que buque sorprender utilizando figuras retóricas para dar más énfasis a una idea o sentimiento. Los mensajes acreditan, por si mismos, una justificación y alabanza a los métodos terroristas. No cabe alegar que no era intención de los acusados incitar a la violencia cuando las expresiones son de clara alabanza a los miembros de una organización terrorista y que éstas llegarían a un gran número de seguidores. Tampoco puede aceptar la Sala el argumento de que los acusados, por su juventud, no tenían gran conocimiento de las acciones y miembros del grupo terrorista mencionado en sus canciones. Ello, porque la información sobre este grupo es de dominio público y de fácil comprobación a través de internet. Reafirma la Sala que no hay género artístico autorizado a traspasar los límites tolerables de la libertad de expresión. Considera que, con las canciones y sus letras, se persigue que se produzca una hostilidad emocional que incite y promueva el odio y la intolerancia, todo ello incompatible con el sistema de valores democráticos. Acepta que la sentencia recurrida hace un detallado estudio de las actuaciones de los recurrentes en las que objetiva la existencia de este riesgo y cumple con la exigencia constitucional sentada en la STC 112/2016. El uso de la violencia no es un método aceptable para resolver los conflictos sociales. Por lo que la Sala concluye que, a través de las letras de las canciones, se ha generado una situación de peligro, aunque sea mínimo, de que se puedan cometer delitos terroristas.

En relación con la proporcionalidad de la pena. Debe de entenderse que existe proporcionalidad cuando la gravedad de la pena se corresponde con la gravedad del hecho cometido. La Sala estudia la evolución de la interpretación constitucional de este asunto haciendo referencia a las SSTC 65/1986, de 22 de mayo, 160/2012, de 20 de septiembre, y 261/2015, de 14 de diciembre. También hace referencia a la STS 658/2014 de 16 de octubre, que estima que la proporcionalidad debe de ser eje definidor de las decisiones judiciales y, en especial, de la individualización de la pena, que deberá llevarse a cabo valorando el nivel de culpabilidad y la gravedad de los hechos. La STS 554/16 de 23 de junio contempla situaciones en las que es posible atenuar la pena en casos de menor gravedad o de los medios utilizados o los resultados producidos.

Entiende la Sala que, en el presente caso, a pesar de que existe el riesgo abstracto, de la constante y reiterada exaltación que se realiza de los actos terroristas y de la alabanza a sus autores, cabe rebajar la pena, al entender que la justificación o el enaltecimiento no tiene por fin hacerlo de las organizaciones terroristas en sí mismas, “sino como ejemplo de lucha violenta frente a lo que se califica como injusticias sociales”. Además valora que los videos se subieron a la red en el 2012 antes de la modificación de la Ley en el 2015, aunque éstos se mantuvieron hasta el 2016, después de la entrada en vigor.

Fallo

Se estima en parte el recurso de apelación formulado en el sentido de modificar la pena impuesta a los acusados, siendo ahora condenados a la pena de seis meses y un día de prisión y multa de cuatro meses.

Sentencia nº 8/ 2018 de la Sala de Apelación de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 21 de septiembre de 2018

Antecedentes

La decisión resuelve el recurso presentado por el condenado contra la sentencia nº 12/2018 dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Nacional de fecha 25 de mayo de 2018. La sentencia recurrida condena a dos años de prisión, multa, 6 años de inhabilitación y tres años de libertad vigilada por un delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas (art. 578). Se sustituye la pena impuesta por expulsión de España con prohibición de regresar durante 6 años.

La defensa argumenta (a) que el acusado actuó llevado por la pena de perder a su hermano mayor que muere en Siria como combatiente yihadista, en ese momento es muy joven y vive solo en España y (b) falta el elemento subjetivo del tipo penal ya que no tuvo nunca intención de enaltecer el terrorismo o humillar a las víctimas. Por lo tanto, los hechos no constituyen el delito contemplado en el artículo 578 CP y debe ser absuelto.

Fundamentos de la sentencia

El elemento subjetivo en el delito de enaltecimiento. Entiende la Sala que el primer argumento de la defensa es solo una excusa para justificar los hechos que se consideran probados y que el condenado aceptó como ciertos. Dado que el condenado aceptó que hizo las publicaciones que se mencionan en los hechos probados de la sentencia recurrida y que los perfiles de Facebook e Instagram eran suyos, la sentencia de instancia se centra en analizar la existencia de intención, elemento subjetivo necesario para condenar.

Entiende la Sala que la sentencia recurrida considera debidamente probada la intención de difundir los fines del terrorismo yihadista en los mensajes publicados y el menosprecio a las víctimas con los comentarios que publica en relación con los atentados llevados a cabo en Francia en el 2015 y el 2017, que contienen una mofa objetiva. El Tribunal de instancia no acepta el argumento de la ignorancia del alcance de sus mensajes o su ilicitud porque reconoció tener más de 24,000 seguidores y porque Facebook cerró su página por sus contenidos y el condenado ese mismo día abrió otras páginas.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 90/16, de 17 febrero, 820/16, de 2 de noviembre y 4/2017, de 18 enero) el delito se comete independientemente de las motivaciones internas del autor. Se comete el delito pues "las expresiones eran inequívocas y ensalzaban a los miembros de una organización terrorista, con conciencia y en circunstancias que iban a llegar al conocimiento de gran número de personas". El análisis objetivo del contenido de los mensajes es la base para establecer la existencia del delito, y no las motivaciones de su autor.

Hace la resolución una reflexión sobre la necesidad, incluida en la Directiva UE 2017/541, de que exista un riesgo de que se provoque a otros y para ello hay que tener en cuenta las circunstancias del autor y del destinatario y del contexto en que se realizan. La resolución entiende que el delito de enaltecimiento es de mera actividad y no exige producción de resultado. El riesgo debe ir implícito en las expresiones que deben de ser objetivamente idóneas para generar ese riesgo abstracto.

Entiende la Sala que el problema es valorar la idoneidad y para ello hace referencia a la jurisprudencia del TEDH en esta materia, (entre otras STEDH de 2 Oct. 2008, Leroy contra Francia), y concluye que de acuerdo con esta jurisprudencia, el sistema penal no puede limitar

el derecho a la libertad de expresión, pero sí está legitimado para fijar límites contra aquellas expresiones que incitan a la violencia o discriminación y que atente contra la dignidad humana.

Concluye la resolución que en el caso concreto, los mensajes publicados (entre ellos hace mención la resolución *"el enviado el 12 de diciembre de 2015 (vídeo de un apuñalamiento) que comenta " una operación de apuñalamiento por el "mártir" Jose Pedro ..."* y el vídeo enviado el 26 de febrero de 2016 (*Un mártir en agonía" en el que se exhorta a " que no termine la nación mientras siga el yihad, tenéis que hacer operaciones yihadistas"* y, finalmente, el mensaje de 28 de diciembre de 2016 : *" no seas una persona asesinada... sé un asesino"*), por el condenado y la difusión alcanzada son idóneos para generar un claro riesgo abstracto e indirecto, en la juventud musulmana a los que van dirigidos, a convertirse en yihadistas y seguidores de los postulados de la organización terrorista Estado Islámico.

Fallo

La Sala de Apelación desestima el recurso y confirma la sentencia apelada (condena por el art. 578 CP) en su totalidad.

autores, cabe rebajar la pena, al entender que la justificación o el enaltecimiento no tiene por fin hacerlo de las organizaciones terroristas en sí mismas, "sino como ejemplo de lucha violenta frente a lo que se califica como injusticias sociales". Además valora que los vídeos se subieron a la red en el 2012 antes de la modificación de la Ley en el 2015, aunque éstos se mantuvieron hasta el 2016, después de la entrada en vigor.

Sentencia nº 3/ 2019 de la Sala de Apelación de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 19 de marzo de 2019

Antecedentes

La decisión resuelve el recurso presentado por el acusado contra la sentencia nº 40/2018 dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Nacional el 22 de noviembre de 2018, que condenaba al acusado por un delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 Código Penal) y delito de traslado a zona terrorista en grado de tentativa (575.3 Código Penal).

El acusado, presenta recurso, (1) en relación con el delito de traslado a zona terrorista, por error en la aplicación del artículo 575.3 CP, alegando que el tipo penal exige la intencionalidad para capacitarse en la realización de los delitos previstos, por lo que el viaje sería sancionable si su finalidad fuera adiestrarse en materia terrorista, faltando el elemento subjetivo. Los indicios alegados para condenarle no acreditan la finalidad exigida. (2) En relación con el delito de enaltecimiento, por aplicación indebida del art. 578 CP por vulneración del art. 20 CE, y error en la valoración de la prueba.

Se mantienen en su totalidad los hechos declarados probados por la sentencia de instancia.

Fundamentos de la sentencia

En relación con el delito de traslado a zona terrorista. Entiende la Sala que este delito exige intencionalidad distinta del dolo, y además ha de concurrir que el viaje tenga por finalidad capacitarse o colaborar con organización terrorista en la comisión de delitos terroristas. Sin embargo, a la hora de valorar el caso concreto, la Sala entiende que la finalidad exigida en el tipo penal es cualquiera de las descritas en el tipo penal o una general que englobe a las tres, no siendo necesario acreditar una intención concreta, sino una animosidad que tienda a la autocapacitación o la colaboración con organización terrorista o para llevar a cabo acciones terroristas.

La valoración de la intención de viajar a zona de conflicto realizada por la sentencia recurrida, explica el Tribunal de apelación, está basada en la pregunta realizada por el acusado a través de sus cuentas de Facebook sobre cómo contactar con el DAESH en el año 2014, después de regresar de su primer viaje. Pregunta que, a juicio del Tribunal, manifiesta interés por contactar con estos terroristas. El segundo viaje lo hace en el 2016, después de la publicación de mensajes enaltecedores del terrorismo y sin billete de vuelta, siendo detenido en Turquía muy cerca de la frontera con Siria, próxima a la ciudad de Aleppo que, en el año 2016, estaba controlada por los rebeldes y yihadistas. Entiende, por tanto, que en este caso existe la intención finalista que va más allá del dolo. No es necesario que la cumpla, sino que basta con que se aprecie, la existencia del elemento intencional.

En relación con el delito de enaltecimiento: la defensa alega que no se indican en la sentencia cuales son las expresiones enaltecedoras realizadas por el acusado, y que las que se indican, no tienen tal carácter, al no generar riesgo de incitar ni directa o indirectamente a la comisión de delitos, existiendo grandes lapsos de tiempo entre las distintas manifestaciones y los escasos seguidores con los que contaba. La defensa basa sus argumentos en la STS 378/2017 de 25 de mayo e indica que las mismas son expresiones ideológicas sin entidad suficiente que justifique la sanción penal al carecer de riesgo efectivo de incitar ni provocar posibles acciones violentas.

El Tribunal entiende que el debate se centra, en este tipo de delito, en si pueden ser considerados límites al derecho a la libertad de expresión y cómo esta tensión con la libertad de expresión es resuelta por el legislador.

La resolución entiende que el TEDH utiliza dos parámetros para valorar las limitaciones nacionales a la libertad de expresión, por un lado, resolver los supuestos de discurso del odio y por otro, a través de lo que denomina el *test de Estrasburgo*, "el Tribunal Europeo considera, en función del caso concreto, tres elementos: a) previsión legal de la injerencia; b) fin legítimo; c) necesidad en una sociedad democrática. En definitiva, el TEDH examina si la injerencia es proporcional al fin legítimo perseguido y si las razones invocadas por las autoridades nacionales para justificarla son pertinentes y suficientes". Entiende el Tribunal de apelación que, en el caso de España, hay que valorar la realidad de la actividad terrorista sufrida y que nos diferencia de otros países de la UE.

Continúa la resolución indicando que el TEDH ha afirmado que aquellos discursos que incitan al odio justifican que la libertad de expresión sea limitada, aunque no haya provocación a la violencia o al delito, aunque deberá valorarse la intencionalidad, el contexto, la condición del emisor, así como las posibles consecuencias de su discurso.

Entiende la resolución, después de realizar un análisis de la jurisprudencia del TS y del TC en la materia (SSTC 177/2915 y 112/2016 de 20 de junio y SSTS 4/2017; 378/2017; 560/2017; 52/2018 y 79/2018) que la incitación a la violencia terrorista, mediante el enaltecimiento de los terroristas o de sus métodos, ha de considerarse dentro del discurso del odio y por lo tanto no cabe su amparo en la libertad de expresión. Debiendo acreditarse la finalidad de los mensajes enaltecidos y valorarse el riesgo creado por los mismos.

En el caso concreto, las publicaciones en sus perfiles de Facebook, contienen entre otras las siguientes frases: "Sí, el terrorismo al enemigo es el deber de todo musulmán..."; "Oh hermanos!, la mejor publicación es el vídeo donde degollar a los enemigos del Islam...."; "Emir del Estado en Iraq y sham, ruego a Allah que le proteja a él, así como a todos los musulmanes"; "El mártir Said Qutb, descansa en paz. Ciertamente, estos ejércitos árabes que no defienden ni el Islam ni a los musulmanes y son quienes los combaten y no disparan ni un solo cartucho contra los judíos"; "Os llegará el Califato Islámico en Marruecos y os aplastará como las pasas, si Dios quiere". También compartió videos donde se muestran ejecuciones o cinturones de explosivos utilizados por los terroristas del DAESH.

Aplicando la jurisprudencia estudiada al caso concreto, la resolución entiende que se dan todos los requisitos del delito de enaltecimiento. En cuanto al riesgo abstracto, se produce objetivamente en la propia literalidad de los mensajes en función del público al que se dirigen, las circunstancias y cuando se persigue crean hostilidad e incitación promoviendo odio e intolerancia.

Alega la defensa que el número de seguidores no era numeroso y se apoya en la STS 378/2017 en la que se valora la ausencia de adhesiones o la falta de intención sin que concurra riesgo alguno. Entiende, sin embargo, el Tribunal de apelación, que en el caso concreto, si que se aprecia el riesgo abstracto en las expresiones utilizadas

Fallo

La Sala de Apelación confirma en su totalidad la sentencia de instancia (condena por un delito de enaltecimiento del 578 CP y delito de traslado a zona terrorista en grado de tentativa (575.3 Código Penal).

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del Tribunal Supremo nº 206 / 2017, de 28 de marzo de 2017

Antecedentes

La Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó la sentencia nº 24/2016, de 19 de julio, condenando por un delito de enaltecimiento y humillación a las víctimas de terrorismo (art. 578 CP) a 1 año y 6 meses de prisión.

La Audiencia Nacional consideró que en el período de julio 2013 y julio 2015, el acusado publicó de forma reiterada mensajes en la red social Twitter, en los que justificaba la actuación de la organización terrorista ETA, así como realizaba comentarios vejatorios sobre las víctimas de los delitos cometidos por la organización. La Audiencia Nacional tuvo en cuenta la intensa actividad de las cuentas Twitter.

La defensa recurre en casación la resolución dictada por la Audiencia Nacional en base a los siguientes motivos: a) Vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y de manifiesta indefensión previstos en el artículo 24.1 y 24.2 de la Constitución española (falta de pruebas de cargo suficientes para condenar y error en la aplicación del artículo 578 del Código Penal pues el contenido de los tuits no excede el derecho a la libertad de expresión) y; b) Infracción de Ley, en la forma de aplicar las circunstancias atenuantes reconocidas por el Código Penal en sus artículos 20, 21, 52 y 61 y siguientes y la Jurisprudencia aplicable al respecto.

Es parte del recurso la Asociación Libertad y Justicia que actuó en la primera instancia como acusación popular.

Fundamentos de Derechos

En cuanto a la existencia suficiente para condenar (presunción de inocencia): El Tribunal entiende que la sentencia recurrida explica con claridad las pruebas existentes para afirmar la existencia del delito. La defensa alegaba que la sentencia recurrida interpreta el silencio del acusado durante la vista como argumento de culpabilidad. El Tribunal no acepta este argumento, indicando que el silencio no se invoca como prueba de cargo, sino una vez concluida la suficiencia de la prueba de cargo descrita. El silencio, por tanto, sería un mero elemento corroborador (cita STS 474/2016, de 2 de junio, que parte de la suficiencia probatoria ajena al silencio).

En relación con los elementos del delito: El Tribunal afirma que, según su jurisprudencia (STS 846/2015, de 30 de diciembre, con cita de la 224/2010, de 3 de marzo y 585/2007, de 20 de junio) resulta necesario un análisis particularmente riguroso de las circunstancias concretas en las que el acto humillante, hostil o vejatorio se produce, las frases y/o acciones en que se materializa, y su ocasión y escenario a fin de una valoración equilibrada.

Según jurisprudencia del Tribunal (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 establecido.

Entiende el Tribunal que en el caso concreto los requisitos quedan cumplidos ya que muestran “reiterada expresión, a lo largo de casi dos años, difundiendo un mensaje que contiene una exaltación de las acciones más violentas de un determinado grupo terrorista, un entusiasmo ante esos “momentazos”, el deseo y exhorto a su reiteración, la loa de militantes terroristas y el menosprecio y humillación de las víctimas de estos actos terroristas; cuya

explícita, insistente y amarga expresividad agota su contenido, sin resquicio a conclusión alternativa de mero sarcasmo, sátira política, ironía, litote o ficción alguna”.

La ponderación con la libertad de expresión: Entiende el Tribunal que tal comportamiento no supone confrontación alguna con el derecho a la libertad de expresión, ya que siguiendo la jurisprudencia constitucional, así la STC 112/2016, *“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”*.

El Tribunal llega a la conclusión de que no existe error en la aplicación del artículo 578 del Código Penal. Explica el Tribunal Supremo, siguiendo la misma sentencia del Tribunal Constitucional, que la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578 “supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades”.

En relación con la alteración psicológica del condenado: El Tribunal entiende que la estimación de la anomalía psíquica resultó adecuadamente considerada como eximente incompleta y, por tanto, desestima también este motivo de la defensa.

Finalmente, el Tribunal entiende que se ha producido una justificación insuficiente en la aplicación de la pena y resuelve reducir la misma, fijándola en seis meses de prisión.

Sentencia del Tribunal Supremo nº 221 / 2017, de 29 de marzo de 2017

Antecedentes

La Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó la sentencia nº 28/2016, de 21 de septiembre condenando, al ahora recurrente, por un delito de enaltecimiento y humillación a las víctimas de terrorismo (art. 578 CP) a 1 año y 6 meses de prisión, inhabilitación y libertad vigilada. La pena de prisión debería ser sustituida por expulsión de España, una vez cumplidas las tres cuartar partes.

La Audiencia consideró que, a lo largo del año 2015, a través de Facebook se publicaron o compartieron videos en los que se pueden ver entrenamientos de ISIS, fotografías de ejecuciones, así como comentarios de apoyo al ISIS y la destrucción de la humanidad.

La defensa recurre en base a los siguientes motivos: (i) aplicación contraria a Derecho del Art. 578 del Código Penal; (ii) vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, e; (iii) infracción de Ley, en la forma de aplicar el Artículo 578 en relación con la pena impuesta.

Fundamentos de Derechos

En relación con los elementos del delito de enaltecimiento: La defensa sostiene, en el primer punto de su recurso, que el contenido de los mensajes no satisface el requisito objetivo de alabar el terrorismo islámico o justificar sus acciones, ni comportaban una burla a sus víctimas. Alega, igualmente, que su única intención fue criticar e informar acerca de lo que estaba pasando en el mundo.

El Tribunal entiende que lo que se argumenta es en realidad su derecho a la libertad de expresión y de opinión. El Tribunal hace un repaso de la jurisprudencia, tanto del TEDH como la del Tribunal Constitucional y la de la propia Sala del TS (SSTEDH de 8 de Julio de 1999, asunto Sürek c. Turquía y de 4 de diciembre de 2003, asunto Müslüm Günd'z c. Turquía, STC 235/2007, de 7 de Noviembre, SSTS 812/2011, de 21 de julio o 4/2017, de 18 de enero, entre otras), en las que se destaca que el llamado «discurso del odio», entendido como la alabanza o justificación de acciones terroristas, no merece la cobertura de derechos fundamentales como la libertad de expresión o la libertad ideológica, al constituir el terrorismo una grave vulneración de los derechos humanos y su discurso se basa en la intolerancia absoluta y el exterminio del otro.

Se extiende, el Tribunal, en explicar la STC 112/2016, de 20 de junio, en la que se destaca la preeminencia del derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos, a la vez que acepta la posibilidad de limitar tal derecho cuando entra en conflicto con manifestaciones del discurso del odio e incitación a la violencia. Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha indicado que, dado que sancionar penalmente determinadas expresiones supone una injerencia en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, esta limitación deberá estar fundamentada por el principio de proporcionalidad. Dado que el derecho penal debe ser aplicado solo en última instancia, las limitaciones no podrán desnaturalizar el derecho fundamental a la libertad de expresión como derecho fundamental. Resalta finalmente la conclusión que realiza el TC en la sentencia señalada por lo que: *“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”.*

El Tribunal concluye que los contenidos publicados por el recurrente reúnen todos los elementos que la norma penal exige. Sus publicaciones no son información sino opinión. Su narración histórica viene siempre referida al terrorismo islámico o a los dogmas que sirven de coartada para la violencia, llena de agresividad. Una opinión que ofrece un contenido que ensalza, exalta o alaba la lucha armada y violenta, justifica golpear a la sociedad occidental, presentando como acciones legítimas, lo que sólo es un comportamiento criminal o haciendo mofa y escarnio de quienes ya han sido víctimas de su brutalidad.

En relación con la intención del autor, la jurisprudencia (STS 4/2017 de 18 de enero) solo exige tener plena conciencia y voluntad de difundir un mensaje que contiene acciones violentas de un grupo terrorista. Desde esta consideración, el Tribunal entiende que los hechos probados no sólo reflejan el conocimiento del alcance del mensaje que se difunde, se invoca con su nombre al ISIS o DAESH y se añade la videograbación de algunas de sus atrocidades, lo que se hace con la intención de loar sus gestas y a la continuidad de sus acciones.

En relación con la correcta aplicación de la pena: Entiende el Tribunal que la norma ha sido correctamente aplicada ya que ésta no otorga mucha discrecionalidad judicial para fijar la penalidad.

En relación con el derecho fundamental a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva: La defensa argumenta que no se ha valorado adecuadamente (i) la situación de anomalía psíquica del recurrente y, (ii) en relación con la decisión de expulsión de España, por entender que se ha acreditado un importante arraigo que resulta contrario a la adopción de dicha medida.

En relación con la alteración psíquica, entiende el TS que la Audiencia Nacional sí tuvo en cuenta la alteración psíquica e indica que la perito forense dijo en el juicio oral no poder acreditar que el acusado estuviera afectado en el momento que se produjeron los hechos. En su declaración el acusado solo indicó tener problemas familiares. Sin embargo, el TS teniendo en cuenta que las psicopatías se encuentran entre los trastornos mentales, estima que debe aceptarse la existencia de una atenuante de alteración psíquica.

En relación con la medida de expulsión de España, argumenta la defensa que tiene arraigo suficiente al llevar casi diez años de residencia. Es jurisprudencia asentada (SSTS 667/2016, de 14 de abril o 927/2016, de 14 diciembre) que no procederá la sustitución cuando resulte desproporcionada, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España. La jurisprudencia ha ido fijando criterios que permiten concretar las circunstancias en los que la sustitución de la prisión por expulsión si procede. Entre ellas está la naturaleza del delito cometido, siendo los delitos relacionados con el terrorismo uno de los que permite su aplicación. El Tribunal concluye que, en este caso, si cabe la expulsión dado que la acusación es por exaltación del terrorismo, que su residencia en España no alcanza los 10 años y que no esgrime ningún otro perjuicio que su deseo de continuar en España.

En conclusión, el Tribunal acepta que debe estimarse la atenuante de alteración psicológica y reducir la pena impuesta. Igualmente entiende que, aunque cabe la expulsión, la Audiencia Nacional no justificó adecuadamente la sustitución de la pena por expulsión.

Fallo

Condenan al acusado por un delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 CP a la pena e 1 año y 3 meses de prisión, 7 años y 3 meses de inhabilitación y 5 años de libertad vigilada. Asimismo, se acuerda sustituir la pena de prisión, por su inmediata expulsión del territorio español, con prohibición de retorno por tiempo de 7 años.

Sentencia del Tribunal Supremo nº354 / 2017, de 17 de mayo de 2017

Antecedentes

La Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó la sentencia nº 39 /2016, de 30 de noviembre condenando por un delito de auto adoctrinamiento con finalidad terrorista (art. 575 CP) a 2 años y 6 meses de prisión.

El acusado es ciudadano marroquí.

En el transcurso de la vista oral, el tribunal ofreció a las partes modificar la acusación, dando la posibilidad de suspender la sesión. El Ministerio Fiscal accedió a calificar los hechos como auto adoctrinamiento del artículo 575.2 CP. La defensa se opuso tanto a la nueva calificación como a la suspensión de la vista.

La Audiencia Nacional en su sentencia, consideró como hechos probados que, a lo largo del 2015 y a principios de 2016, el acusado fue accediendo a través de internet a páginas de contenido “yihadista radical violento” difusoras de los fines del Estado Islámico, que iba guardando y publicando en su muro de Facebook. El contenido va radicalizándose en el tiempo. Para el Tribunal, la evolución en la radicalización supone un plus de gravedad que supera el mero ensalzamiento (enaltecimiento del art. 578 CP), para ser considerado como un delito de auto-adoctrinamiento con finalidad terrorista (art. 575 CP).

La defensa recurre en casación la resolución dictada por la Audiencia Nacional en base a los siguientes motivos: a) Por infracción de Ley (artículo 849.1 LECrim), al entender que se ha infringido, por aplicación indebida, los arts. 575 y 578 CP; b) Por infracción de precepto constitucional (arts. 16.1 y 20 CE).

Fundamentos de Derechos

La sentencia recurrida: La Audiencia Nacional planteó a las partes que los hechos pudiesen ser considerados, de manera alternativa, como un delito de auto adoctrinamiento para capacitarse para la comisión de actos terroristas, previsto en el artículo 575.2, párrafo tercero, que tipifica la adquisición o posesión de documentos dirigidos o idóneos para colaborar o incorporarse a una organización terrorista y a sus fines. Aunque el Tribunal entiende que la publicación de mensajes a través de Facebook puede constituir un delito de enaltecimiento, el ritmo creciente de las publicaciones, su radicalidad, así como la posesión personal de documentos de contenido “radical yihadista” implica un plus que excede la simple difusión para acercarse más a la asunción de ideales y fines de pertenencia y búsqueda de un propósito. Entiende el tribunal que el acusado había asumido total y plenamente los postulados y fines del Estado islámico, colaborando de forma activa en la difusión de sus actividades, fines y doctrinas, en un estadio límite con el delito de colaboración con organización terrorista, o incluso, con el delito de pertenencia a la misma.

La defensa del acusado: entiende indebidamente aplicados los artículos 575 y 578 CP, alegando que el recurrente se limitó a ejercer su derecho a la libertad de expresión o a la libertad ideológica, garantizadas en la Constitución española. Según la defensa, todo lo supuestamente publicado en ningún caso supone ni un adiestramiento ni un adoctrinamiento realizado con la finalidad de capacitarse para la comisión de delitos de naturaleza terrorista. Entiende que, de forma subsidiaria y a lo sumo, los hechos podrían constituir el delito del artículo 579 CP (difundir “*públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo*”).

El delito de auto adoctrinamiento: Ha sido incorporado al Código Penal en virtud de la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, entrando en vigor el 1 de julio de 2015. Según el Tribunal Supremo, el delito de auto adoctrinamiento no deriva su contenido de los distintos instrumentos y resoluciones internacionales, ni de la normativa europea lo que es relevante a la hora de interpretar dicho precepto. Entiende el TS que, diversas instancias europeas encuentra difícil combatir legalmente el fenómeno yihadista tipificando conductas que son únicamente una actividad individual de contenido meramente ideológico.

Todo ello lleva al Tribunal Supremo a valorar que la falta de cobertura para las modalidades de adoctrinamiento pasivo y de auto adoctrinamiento del art. 575.1 y 2 CP, conlleva la necesaria interpretación restrictiva de estas conductas para que no se infrinja el derecho a la libertad ideológica y el derecho a la información. Consecuentemente, el TS entiende que del examen de hechos probados contenido en la sentencia recurrida, no resulta la comisión de un delito de auto-adoctrinamiento con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo delitos de terrorismo contemplados en el Código Penal.

En relación con el delito de enaltecimiento: La jurisprudencia ha señalado de manera constante y pacíficamente que los elementos de este delito son los siguientes: “1º *La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que 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 un periódico o un acto público con numerosa concurrencia y, hoy día, dada la evolución tecnológica, a través de internet.*”

Agrega el TS que el Tribunal Constitucional en su sentencia 112/2016, de 20 de junio, precisa que 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.*”

Partiendo de todos estos requisitos, entiende el Tribunal Supremo que, tras el examen del contenido de los vídeos y fotografías referidas en el relato de hechos probados, los documentos incorporados incitan al odio y en ellos se invoca la necesidad de la lucha o incluso la potencial derivación al terrorismo. Alguno de estos documentos expresa de manera clara la justificación y el enaltecimiento del terrorismo. Todos llevan hacia la aprobación y justificación de la guerra que mantiene el Estado Islámico y de su expansión a través del terror y las armas contra todo infiel en cualquier lugar; y por ello debe entenderse aplicable el art. 578 CP.

En relación con la posible vulneración del derecho a libertad de pensamiento y de expresión de los arts. 16.1 y 20 CE: Entiende el TS que en esta clase de delitos es importante valorar no sólo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas, su contexto, así como las circunstancias relacionadas. Ello es así, pues es evidente que el lenguaje admite interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión. El TS apoya su criterio en

la STEDH de 11 de diciembre de 2007, Karakoyun y Turan c. Turquía. Igualmente señala la STS 812/2011, de 21 de julio, por remisión a la STS 31/2011, de 2 de febrero, entre otras.

Continua el TS resaltando que la STC 112/2016 precisa 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' (FJ 15).” Entiende que expresiones excluyentes dejan de ser una manifestación ideológica para convertirse en intolerancia fuera de la cobertura de la libertad de expresión.

El TS apela al art. 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que prohíbe el abuso de derecho y cómo éste ha sido aplicado por el “TEDH cuando se invoca el derecho a la libertad de expresión por quienes pretenden mantener la viabilidad de actos encaminados a la destrucción de los derechos y libertades enunciados en el Convenio (Glimmerveen y otros c. Países Bajos, decisión de la Comisión de 11 de octubre de 1979; Remer c. Alemania, decisión de la Comisión de 6 de septiembre de 1995; Marais c. Francia, decisión de la Comisión de 24 de abril de 1996; Lehideux e Isorni c. Francia, sentencia de 23 septiembre 1998; Garaudy c. Francia (dec.), de 24 de junio de 2003, Norwood c. Reino Unido (dec.), de 16 noviembre 2004; Witzsch c. Alemania (dec.), de 13 diciembre 2005)”.

Existencia de riesgo creíble: En cuanto a la existencia de un riesgo cierto o de un peligro creíble de que las expresiones vertidas pudieran ocasionar nuevos atentados terroristas, el TS ve necesario analizar la propia naturaleza y los métodos de este específico terrorismo internacional “de corte yihadista”. Según el TS, la eficacia de estos métodos está acreditada. Cita la sentencia el Preámbulo de la LO 2/2015, “se caracteriza por su vocación de expansión internacional, a través de líderes carismáticos que difunden sus mensajes y consignas por medio de internet y, especialmente, mediante el uso de redes sociales, haciendo público un mensaje de extrema crueldad que pretende provocar terror en la población o en parte de ella y realizando un llamamiento a sus adeptos de todo el mundo para que cometan atentados. Los destinatarios de estos mensajes pueden ser individuos que, tras su radicalización y adoctrinamiento, intenten perpetrar ataques contra los objetivos señalados, incluyendo atentados suicidas”.

En definitiva, el TS concluye que existe un peligro creíble en que los mensajes difundidos a través de internet puedan potencialmente incitar a cometer atentados terroristas en cualquier parte del mundo con resultados mortales.

Fallo

Absuelve del delito de auto adoctrinamiento y condena al acusado como autor de un delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo, a la pena de 2 años y 2 meses de prisión, multa de 16 meses e inhabilitación, sustituyendo la prisión por expulsión de España, una vez cumplidas las dos terceras partes de la misma.

Sentencia del Tribunal Supremo nº 72 / 2018, de 9 de febrero de 2018

Antecedentes

La Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó la sentencia nº 2/2017, de 26 de enero condenando por un delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578) a la pena de prisión de un año de prisión y por un delito de incitación al odio (Art. 510) a la pena de un año de prisión.

La Audiencia Nacional en su sentencia consideró como hechos probados que el condenado, en dos cuentas de Twitter en las que contaba con unos dos mil seguidores, publicó una serie de comentarios a partir de diciembre del 2015.

Tanto el Ministerio Fiscal como la defensa presentaron recursos de casación. El motivo alegado por el Ministerio Fiscal: Por infracción de Ley (art. 849.1º LECrim), por aplicación indebida, respectivamente, del párrafo 3º del art. 510 CP y del párrafo 2º del art. 578 CP, supuestos agravados de delito de incitación al odio y delito de enaltecimiento del terrorismo.

La defensa recurre: a) Por infracción del principio de presunción de inocencia, en base al 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; b) Por infracción de un precepto penal de carácter sustantivo por ausencia de dolo ni la intención de ofender o incitar al odio en la comisión del delito (artículo 849.1º LECrim); y c) Por error en la apreciación de la prueba, basado en los documentos que obran en autos (así como los no admitidos) y que no han sido contradichos por otros elementos probatorios. (artículo 849.2º de la LECrim).

Fundamentos de Derechos

Entiende el Tribunal Supremo que tanto el recurso del Fiscal como de la defensa tienen la misma base por lo que resuelve ambas peticiones conjuntamente.

El delito de enaltecimiento: Según la doctrina de Tribunal Supremo, la acción de enaltecer o justificar actos de terrorismo se caracteriza por un comportamiento activo que excluye la comisión omisiva, siendo distinta de la apología prevista en los artículos 18 y 539 del Código Penal, que exige una invitación directa a cometer un delito concreto (por todas la STS 224/2013 del 3 de marzo). La conducta de enaltecer o justificar el terrorismo del artículo 578 se estructura como una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico, sin llegar a integrar una provocación, ni directa ni indirecta del delito, sino la genérica conducta de enaltecer o justificar una actuación vinculada con la delincuencia terrorista.

La jurisprudencia (STC 199/1987) viene entendiendo que el delito de enaltecimiento del terrorismo no es un delito de terrorismo dado que la actividad reprochable está constituida por la mera expresión laudatoria de actos terroristas o de sus autores, sin incitación a la comisión directa ni indirecta de actos susceptibles de ser tipificados en los tipos penales de terrorismo. Sin embargo, para que la conducta sea reprochable, se requiere una cierta concreción de lo que se enaltece o justifica y no sea un comentario genérico sino una justificación del acto de la banda terrorista.

El delito de odio: Dice la Sentencia que la ley “sanciona a quienes fomentan promueven la discriminación, el odio o la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos que son recogidos, en el precepto. El elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica”. Para su realización basta generar un peligro que se concrete en el mensaje propio del discurso del odio. Los Convenios Internacionales no exigen que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que, por sí mismo, es contrario a la convivencia.

Son expresiones que, por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la conducta penalmente reprochable.

En relación con la libertad de expresión: Hace referencia el Tribunal a la sentencia del TC 112/2016, de 20 de junio, en la que perfiló los límites de la colisión con la libertad de expresión, destacando el carácter fundamental y preeminente de la libertad de expresión, que puede ser limitado, singularmente por las manifestaciones que alienten la violencia, pudiendo sancionar e incluso prevenir formas de expresión que propaguen, promuevan, o justifiquen el odio basado en la intolerancia. La tarea es valorar si la conducta que se enjuicia constituye el ejercicio legítimo del derecho fundamental a la libertad de expresión o, por el contrario, la expresión es atentatoria a los derechos y a la dignidad de las personas en el caso concreto.

Conclusión: El Tribunal Supremo entiende que el discurso del odio es claro porque el autor vierte expresiones contra las mujeres y, particularmente, respecto de las que han sido objeto de una vejación y un maltrato físico. No concurre la misma intensidad en relación con el delito de enaltecimiento del terrorismo pues las expresiones son demasiado genéricas y desprovistas de contenido terrorista, más próximo al delito de odio.

Fallo

Absuelve al condenado del delito de enaltecimiento, pero mantiene la condena por incitación al odio.

Sentencia del Tribunal Supremo nº 95 / 2018, de 26 de febrero de 2018

Antecedentes

La Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó la sentencia nº 9 /2017, de 29 de marzo condenando por un delito de humillación a las víctimas del terrorismo a las penas un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por un año, e inhabilitación absoluta durante siete años.

La Audiencia Nacional en su sentencia consideró como hechos probados que la condenada publicó a través de su cuenta en Twitter vídeos y mensajes sobre el asesinato por ETA del Expresidente y Almirante Carrero Blanco. La Audiencia Nacional tuvo en cuenta la intensa actividad del perfil de Twitter de la acusada con más de 92.000 tuits, así como el alto número de seguidores 4.478. La sentencia extracta una docena de mensajes entre noviembre 2013 y diciembre 2015.

La defensa presentó recurso por los siguientes motivos: a) Por violación del derecho a la libertad de expresión (Art. 20 CE); b) Violación del derecho a la presunción de inocencia, por inexistencia de pruebas de cargo (Art. 24.2 CE); c) Aplicación indebida del artículo 578 del CP, sin motivación suficiente; d) Infracción de ley al no tener en cuenta las circunstancias personales de la acusada ni el contexto y contenido propio de las manifestaciones publicadas en la red social; e) No aplicación del error invencible; f) Error manifiesto en la apreciación de la prueba.

Fundamentos de Derechos

El Tribunal Supremo examinó solo dos de los argumentos del recurso, primero el derecho a la presunción de inocencia y el segundo la aplicación incorrecta del enaltecimiento, artículo 578 del Código Penal.

En relación con la presunción de inocencia: La defensa alegó que no existían suficientes pruebas de cargo sobre los elementos necesarios para condenar, en especial, sobre la gravedad de los mensajes, así como el contexto y las circunstancias personales de la acusada.

Entiende el TS que, una vez examinadas y ponderadas las pruebas de cargo realizadas, se cumplen todos los requisitos establecidos por el TC. En la vista oral se escuchó a la acusada, a los investigadores, a los peritos y las manifestaciones de los funcionarios policiales que intervinieron en la averiguación de los hechos, la pericial de volcado del contenido de los elementos informáticos que portaba la acusada cuando fue detenida, y la documental obrante en autos. Todo ello permite constatar que fue la acusada la persona que elaboró los tuits y los introdujo en las redes sociales. Descartando la versión del acusado de que los escribió en tono humorístico y en clave irónica y que nada era original, sino que lo extrajo de internet. Todo ello en aplicación de la jurisprudencia del TC y de la Sala del TS, establecidas en las SSTC 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007, 111/2008 y 25/2011; y SSTS 544/2015, 822/2015, 474/2016 y 948/2016, entre otras.

El delito de enaltecimiento: Denuncia la defensa que se ha aplicado indebidamente el enaltecimiento y humillación a las víctimas del artículo 578 del Código Penal dado que los hechos no tienen la relevancia de gravedad que exige la ley y se produjeron en un tono humorístico, reproduciendo otros ya existentes en la red.

Resalta el Tribunal Supremo que, a pesar de que la Audiencia Nacional hace referencia a distintas sentencias del TS, el Tribunal no explica cómo tales sentencias son de aplicación al caso concreto. Entre las referencias señala, por ejemplo, la STS 4/2017, de 18 de enero, que

menciona que no todos los mensajes inaceptables merecen un reproche penal y considerarse incluidos en el artículo 578 CP. El TS afirma que *“nuestro sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasa necesariamente por la incriminación penal”* y que la sanción penal está reservada para las acciones más graves. Entiende que no todo mensaje que produzca rechazo social es delito por el hecho de no estar amparado por la libertad de expresión.

El TS entiende que este caso queda fuera del alcance del artículo 578 del Código Penal por los siguientes motivos: la acusada se centra en repetir chistes ya conocidos en las redes sociales y en la forma en que se produjo el atentado, hecho que ya ha sido objeto de parodia en publicaciones escritas y de las redes sociales; que el atentado tuvo lugar hace 44 años, tiempo suficiente para considerarlo como un hecho histórico y respecto del cual se han hecho innumerables chistes, incluso en fechas próximas al atentado y que *“un suceso histórico cuyo comentario en clave de humor no puede tener la misma trascendencia que un acontecimiento reciente”*. El Tribunal también entiende relevante la edad de la acusada, así como que los tuits no contienen expresiones hirientes o ultrajantes contra la persona de la víctima, mofándose únicamente de la forma en que se produjo el atentado. Por tanto, aunque la conducta de la acusada sea reprochable social y moralmente, la respuesta penal no es proporcionada.

El TS estima que en este caso no concurren los elementos de gravedad que *“alimentan el discurso del odio, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia del asesinato de un familiar cercano”*. Según su criterio, *“la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, remitiéndose a su vez a la del TEDH, considera, en su sentencia 112/2016, de 20 de junio, con citas también de las sentencias 235/2007 y 177/2015 del mismo tribunal, que «la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores requiere, como una manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión por ser necesaria esa injerencia en una sociedad democrática.”* El TC incide de forma especial en que la exaltación o justificación debe siempre operar *“como una incitación a cometer actos terroristas violentos”*.

En este sentido, el TS hace alusión a su sentencia 52/2018, en cuanto al contenido de la Directiva (UE) 2017/541 expresado en su considerando 10. Por todo ello, el Tribunal concluye que, en el caso enjuiciado, no se da ninguna de las circunstancias referidas en los criterios señalados en la jurisprudencia del TC pues con su conducta la acusada no estaba pretendiendo incitar a la violencia abusando de la libertad de expresión, ni provocaba al odio hacia grupos determinados. Tampoco se centraba en burlarse en la persona de la víctima, sino en la forma en que se produjo el atentado.

Fallo

Absuelve del delito de humillación a las víctimas del terrorismo.

Sentencia del Tribunal Supremo nº 334 / 2018, de 4 de julio de 2018

Antecedentes

La Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó la sentencia nº 22/ 2017, de 25 de julio, condenando por un delito de enaltecimiento y humillación a las víctimas de terrorismo (art. 578 CP) a 2 años y 1 meses de prisión, 8 años de inhabilitación y 15 meses de multa.

Los hechos por los que fue condenado son los siguientes: en 2016, con ocasión de poner a una calle el nombre de una víctima de ETA, el acusado subió varios vídeos a las redes sociales Facebook y Youtube en los que atacaba a la víctima de ETA y otras personas e instituciones, ensalzando a la organización terrorista. Con posterioridad, también publica un vídeo sobre el DAESH donde aparecen combatientes.

La defensa recurre en casación la resolución dictada por la Audiencia Nacional por infracción de ley (art. 849.2º LECrim) al entender que ha habido un error en la apreciación de la prueba presentada, ya que: (a) no hay prueba de cargo suficiente para condenar; (b) las expresiones están dentro del derecho a la libertad de expresión; y (c) las expresiones responden al rencor del acusado hacia el partido político que se menciona.

Fundamentos de Derechos

En cuanto al contenido de las expresiones publicadas: Entiende el Tribunal que el mensaje publicado es contradictorio y es difícil de entender que pueda estar dentro de la conducta penada en el artículo 578 del Código Penal. Por un lado, el acusado se queja por dedicar una calle a un político que fue salvajemente asesinado por ETA y que, en su momento, conmovió al país entero. Pero, por otro lado, en su discurso general, muestra repulsa a las actuaciones llevadas a cabo por la banda terrorista ETA. Incluso en el juicio mostró arrepentimiento por algunas de las frases usadas y expresó que la acción de ETA le pareció totalmente aberrante.

Analizando el contexto general del mensaje publicado, el Tribunal entiende que la queja sustancial es de tipo ideológico y tiene su base en el daño sufrido por el acusado por actuaciones del partido político del que el asesinado por ETA era concejal. Pero, al mismo tiempo, rechaza las actuaciones de ETA. Por ello, su discurso central no puede derivarse al art. 578 CP por la vía de la humillación.

En relación con los elementos del delito: Existe ya una jurisprudencia abundante, entre otras se menciona la STS 95/2018 de 26 de febrero 2018, que entiende que no todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, puede considerarse comprendido en lo penalmente perseguible y definido en el art. 578 del CP. Según esta jurisprudencia, el Juez penal deberá ponderar también entre los distintos matices que existen entre el odio que incita a 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.

Según la STS 656/2007, de 17 de julio el primer inciso del art. 578 CP define el enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución. La razón legal de su existencia es sancionar conductas que no son terroristas per se pero que las favorecen. El segundo inciso se refiere a actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación en las víctimas de acciones terroristas o en sus familiares. Afectan al honor de las víctimas y conllevan una re-victimización.

Asimismo, como destaca la STS 676/2009, de 5 de junio, castigando el enaltecimiento no se pretende criminalizar opiniones discrepantes sino de combatir aquellas actuaciones dirigidas

a la promoción pública de actos criminales que atentan contra el sistema democrático, producen un grave quebranto en el régimen de libertades y daño en la paz social.

En relación con la libertad ideológica y de expresión: El sistema constitucional prevé un amplio espacio para la libertad ideológica, poniendo el límite en lo necesario para mantener el orden público protegido por la ley; mientras que la libertad de expresión encuentra su frontera en el respeto al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. La STS 539/2008, de 23 de septiembre, entiende que determinadas restricciones a la libertad de expresión pueden ser no sólo legítimas, sino hasta necesarias ante conductas que pueden incitar a la violencia o, como sucede en la humillación a las víctimas, provocar un especial impacto sobre quien las sufre en un contexto terrorista.

En relación con la intención: Según la STS 31/2011, de 2 de febrero, en esta clase de delitos, es importante no sólo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas y su contexto para determinar en qué sentido fueron usadas.

La humillación afecta directamente al honor de las víctimas de acciones terroristas, por el hecho de serlo y, en último término, supone un ataque a su dignidad humana, violada con el menosprecio que supone el comportamiento querido, directa o indirectamente, por el sujeto activo.

La jurisprudencia, según subraya la STS 224/2010, de 3 de marzo, con cita de la STS 585/2007, de 20 de junio, requiere en estos supuestos un análisis judicial riguroso, examinándose caso a caso las concretas circunstancias en las que el acto humillante, hostil o vejatorio se produce, las frases y/o acciones en que queda materializado, la ocasión y escenario en que se desarrolla. Siendo de especial relevancia el sentido o la intención con que hayan sido utilizados (STS 812/2011, de 21 de julio, por remisión a la STS 31/2011, de 2 de febrero).

En vista de la doctrina citada, entiende el Tribunal que, en este caso, se produce una situación fronteriza entre la vía penal y civil. El Tribunal advierte, *“también, la necesidad de que se adopten medidas organizativas en los prestadores de servicio para cortar la difusión inmediata de expresiones como las aquí contempladas que se exceden del objetivo de estas redes de comunicación y que, obviamente, pueden ofender a personas afectadas por estas expresiones”*.

Fallo

Declara haber lugar al recurso de casación y anula la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, absolviendo al acusado.

Sentencia del Tribunal Supremo nº 47/ 2019, de 4 de febrero de 2019

Antecedentes

La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó la sentencia nº 10/2018, de 9 de marzo, en la que absuelve a los acusados de los delitos de integración en organización terrorista, adoctrinamiento activo, pasivo y auto-adoctrinamiento terrorista; y condena por delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas (art. 578 CP), a la pena, para cada uno de los acusados, de dos años y un día de prisión, multa de doce meses, 8 años de inhabilitación y 5 años de libertad vigilada.

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional consideró que, desde el 2014 hasta el 2016, los acusados fueron objeto de seguimiento policial de su actividad en las redes sociales dado su alto nivel de radicalización y de alabanzas a favor de la Jihad en sus perfiles de Facebook. El análisis pericial, tanto de las memorias de sus dispositivos como de las páginas por las que habían navegado, determinó que tenían almacenada gran cantidad de contenido jihadista radical y violento (imágenes, grabaciones sonoras y vídeos de situaciones bélicas, laudatorio de las actividades y personajes terroristas del Estado Islámico, etc.) en las redes y, singularmente, en Facebook.

La Sentencia fue recurrida y confirmada en su totalidad por la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional, mediante Sentencia 1/2018 de 21 de mayo.

La defensa recurre en casación la resolución por existencia de error manifiesto en la valoración de la prueba en relación con la libertad de expresión que deja sin sanción penal la conducta de enaltecimiento. Es parte del recurso la Asociación Víctimas del Terrorismo como acusación popular.

Fundamentos de Derechos

En relación con la libertad de expresión: Entiende el Tribunal Supremo que ya existe una abundante jurisprudencia tanto del Supremo como del Tribunal Constitucional, entre ellas la reciente STS 646/2018, de 14 de diciembre, en la que se analiza el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de expresión y libertad ideológica junto con las limitaciones del mismo.

Entiende la jurisprudencia existente que la libertad de expresión permite asumir cualquier idea, expresarla y difundirla, siempre que respete los derechos de los demás. La restricción penal solo es justificada cuando entra en conflicto con otros bienes jurídicos con mayor protección. Lo punible respecto a la libertad de expresión queda reservado a aquellas situaciones que supongan una lesión o creación de riesgo o peligro, que puede ser abstracto, pero real, para la integridad de bienes jurídicos tales como la convivencia.

La jurisprudencia (STS 4/2017, de 18 enero) ha manifestado la necesidad de ponderar el denominado discurso del odio con el alcance de la libertad de expresión. Se entenderá como delito de odio cuando las expresiones usadas provoquen al odio, a la discriminación, o a la violencia, vulnerando los valores constitucionales de la dignidad humana y de la no discriminación. Se añade a esto la necesidad de existencia de riesgo 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 (art. 16 y 20 y 10. 1 CE).

Entiende la resolución que el enaltecimiento del terrorismo y menosprecio a las víctimas, previstos en los artículos 578 y 579 del Código Penal, son delitos de odio específico que

requieren una específica potencialidad de riesgo. Cita como base para esta la STS 646/2018, de 14 de diciembre, e indica que 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"*.

Añade la resolución que el TEDH señala en estas sentencias que es suficiente para que las autoridades limiten la libertad de expresión y luchar contra el discurso racista que éste atente contra la dignidad humana, que se incite al odio, a injuriar, ridiculizar o difamar o incitar a la discriminación, sin que sea necesario el uso de la violencia. Y ello, pues los discursos políticos que incitan al odio representan un peligro para la paz social.

Analiza la decisión la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 285/2007, 177/2015 y 112/2016), y señala la necesidad de que se constate de manera objetiva que la actuación del actor crea una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el sistema de libertades.

En el caso que se analiza, entiende el Tribunal que las expresiones y mensajes elaborados por los condenados y difundidos a través de las redes sociales contienen un potencial de provocar un riesgo real para los bienes jurídicos, por lo que su sanción queda justificada.

Fallo

El Tribunal desestima el recurso y confirma la sentencia apelada (condena por delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas (art. 578 CP).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 112 / 2016, de 2 de junio de 2016

Antecedentes

Esta Sentencia se dicta resolviendo un recurso de amparo constitucional por violación de derechos fundamentales frente a las resoluciones judiciales que se relacionan a continuación.

La Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por sentencia de 3 de mayo de 2011, condenó al recurrente, como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 del Código penal), con la atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de un año de prisión y siete años de inhabilitación. La sentencia consideró como hechos probados que el acusado participó como principal orador en un acto en la localidad de Arrigorriaga (Vizcaya) en recuerdo y loa del dirigente de la organización ETA, 'Argala', quien había sido asesinado treinta años antes en la localidad francesa de Angelu. Se publicitó el acto mediante carteles pegados en las calles en los que se transcribía un texto atribuido a Argala. El acto se realizó en una carpa con un escenario elevado donde había una gran fotografía del miembro de ETA, cuya figura se ensalzaba; había una pantalla en la que se proyectaron fotografías de miembros encapuchados de la banda terrorista y de presos, presidido por un cartel con el lema 'Independentzia Sozialismo 1949-1978', en referencia a la fecha de nacimiento y muerte de Argala. En ese escenario pronunció su discurso el acusado, que fue el momento central del acto. Al subir al escenario, el acusado colocó un clavel rojo sobre el soporte en el que se apoyaba la fotografía de Argala.

Contra la sentencia de la Audiencia Nacional, se presentó recurso de casación ante el Tribunal Supremo, por vulneración de derechos fundamentales a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y a la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE). La defensa alegó que expresar ideas políticas propias solo puede ser considerado ilícito cuando tengan un carácter violento o intimidatorio, se hagan contrarias a derechos o se ensalce a organizaciones terroristas. En los hechos probados no aparecen expresiones de este tipo, el acto era un homenaje familiar e íntimo, participaron unos 50 familiares y amigos, y donde se hicieron muestras de afecto en el trigésimo aniversario de su fallecimiento.

La sentencia del Tribunal Supremo: El Tribunal Supremo, mediante sentencia de 14 de marzo de 2012, desestimó el recurso, confirmando la condena. Desestimó la existencia de vulneración de los derechos fundamentales a la libertad ideológica y a la libertad de expresión. La sentencia hace referencia a su jurisprudencia (STS 299/2011, de 25 de abril y 585/2007 de 20 de junio), reconociendo que puede existir una tensión entre el delito de enaltecimiento y el derecho a la libre expresión de ideas y la libertad ideológica, pudiendo colocarse en la zona delicada de la sanción de opiniones.

Es la labor judicial la que deberá analizar de forma rigurosa, en el caso concreto, todas las expresiones realizadas y las circunstancias concurrentes y determinar si se está dentro del ámbito del tipo penal, debiendo en caso de duda, aplicar el *principio favor libertatis*. Todo ello porque podrían quedar afectados por el castigo penal derechos de naturaleza constitucional, como son la libertad de expresión e ideológica, que constituyen "una de las más acusadas señas de identidad de la sociedad democrática". Entiende el TS, que el delito de enaltecimiento pretende castigar el denominado discurso del odio, es decir alabanzas, o justificación de acciones terroristas que no caben ser protegidas por el derecho a la libertad de expresión o ideológica (STS 224/2010) al ser el terrorismo la más grave vulneración de los Derechos Humanos de la comunidad que lo sufre. El discurso del terrorismo está basado en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y, en definitiva, en aterrorizar al colectivo como medio de conseguir sus fines.

Según el TS, no es el discurso del recurrente en sí, sino, el conjunto de actos desarrollados en honor del homenajeado, y en los que participó el acusado, los que se encuadran en la conducta penal. La Sentencia del TS incluye un Voto particular discrepante que estima no poder afirmarse que existiera un abuso del ejercicio del derecho a la libertad de expresión en la intervención del acusado en el homenaje mediante una manifestación del discurso del odio.

Recurso de amparo: La defensa expone que las sentencias impugnadas han vulnerado sus derechos fundamentales a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y a la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE), por lo que solicita su anulación. En un sistema cuya base es el pluralismo político, los derechos a la libertad ideológica, a la participación política y a la libre expresión de ideas son derechos de especial incidencia y no pueden ser consideradas manifestaciones ilícitas cuando se exteriorizan ideas y convicciones, sin el uso de la violencia o intimidatorias de la libertad de otras personas. Argumenta la defensa que la condena es por participar en un acto político en el que se realizaron reflexiones políticas en el marco de una confrontación ideológica propia de un Estado de Derecho. En los hechos probados no aparece ninguna expresión que ensalce actividades terroristas, tan solo muestras de afecto en el marco de un homenaje familiar para recordar a una persona en el trigésimo aniversario de su fallecimiento.

Justifica la especial trascendencia constitucional del recurso afirmando que hasta el momento no ha habido un pronunciamiento del Tribunal Constitucional en que se establezcan qué requisitos deben darse para deslindar el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE) de la comisión de un delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP).

Fundamentos de Derecho

Preeminencia del derecho a la libertad de expresión. La jurisprudencia constitucional ha destacado tanto la preeminencia del derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos, como que éste no es ilimitado cuando se utilizan expresiones que son manifestación del discurso del odio o incitaciones a la violencia o contra colectivos. También ha abordado que es el principio de proporcionalidad el que debe regir cuando en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión se produzca una sanción penal por el uso de determinadas expresiones. La jurisprudencia constitucional (entre otras, STC 177/2015, de 22 de julio), determina que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, aunque sea molesta o disguste, y la difusión de ideas, aunque éstas puedan contrariar o inquietar al Estado o a una parte de la población.

Manifestaciones del discurso del odio: Ante conductas que puedan 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”*.

Limitación del derecho a la libertad de expresión por el derecho penal: Dice el TC que hay un riesgo de desproporción, derivado del uso del derecho a castigar por el Estado ante un ejercicio, extralimitado o no, del derecho a la libertad de expresión. En la referida STC 177/15, se afirma que los límites a este derecho deben ser siempre ponderados con exquisito rigor. Las libertades siempre han de ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado. Es obligación del juez

penal tener siempre presente su contenido constitucional para evitar que el Derecho penal sea un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión. En esa labor de análisis, el juez penal debe valorar, como cuestión previa, si teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la conducta constituye un ejercicio lícito del derecho a la libertad de expresión. Este examen previo es un requisito constitucional y su ausencia, una vulneración de derechos fundamentales. El juez, al aplicar la norma penal, y el legislador al definirla, no pueden *“reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal”* (STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5).

La incidencia que podría tener la sanción de un delito de enaltecimiento del terrorismo en el derecho a la libertad de expresión: Resulta apropiado traer aquí la doctrina establecida en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en la que se analiza la constitucionalidad de los tipos penales referidos a la negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio. En ella se indica que, “la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión” (FJ 9).

Entiende el TC que también en el ámbito internacional aparece la exigencia de que la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo o justificación de actos terroristas o sus autores requiera, como manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para personas o derechos de terceros o del propio sistema de libertades como condición necesaria para hacer la sanción penal compatible con el estándar del derecho a la libertad de expresión. Así lo han estimado el Consejo de Europa como la Unión Europea en su actividad en favor de sancionar penalmente las manifestaciones de apoyo a los fenómenos terroristas o a sus autores.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado y decidido que el derecho a la libertad de expresión no es ilimitado. En relación con sanciones penales vinculadas a conductas de incitación o apología del terrorismo, “en el sentido de que podría resultar justificada una limitación de la libertad de expresión cuando pueda inferirse que dichas conductas supongan un riesgo para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito (por ejemplo, STEDH de 2 de octubre de 2008, as. Leroy v. France, § 43), bien sea como apoyo moral a la actividad —mediante el enaltecimiento de la propia actividad— (por ejemplo, SSTEDH de 16 de marzo de 2000, as. Özgür Gündem c. Turquía, § 65; 7 de febrero de 2006, as. Halis Dogan c Turquía, § 37; 7 de marzo de 2006, as. Hocaogullari c Turquía, § 39; 10 de octubre de 2006, as. Halis Dogan c Turquía —núm. 3—, § 35); o como apoyo moral a la ideología a través de la loa a quienes desarrollan esa actividad —mediante el enaltecimiento de sus autores— (por ejemplo, STEDH de 28 de septiembre de 1999, as. Öztürk c Turquía, § 66; 2 de octubre de 2008, as. Leroy v. France, § 43).”

Concluye el Tribunal que, teniendo en cuenta la jurisprudencia existente sobre la incidencia de las manifestaciones del denominado discurso del odio en el derecho a la libertad de expresión, hay que concluir que la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578, *“supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades”*.

En el presente caso, y teniendo en cuenta los hechos declarados probados, debe concluirse que las resoluciones judiciales impugnadas no han vulnerado su derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE). La conducta del recurrente no puede ser considerada como un legítimo ejercicio de este derecho, por ser manifestación del conocido como discurso del odio y estar presentes todos los requisitos citados: fue una expresión de odio basado en la intolerancia (el acto se publicitó mediante carteles pegados en las calles en los que se transcribía un texto atribuido a Argala; con proyección de fotografías de miembros encapuchados de la banda terrorista; el recurrente pidió una reflexión calculada, pero manifestado a través de un nacionalismo agresivo; con inequívoca presencia de hostilidad hacia otros individuos). Los actos tuvieron repercusión pública a través de los medios de difusión. Entiende el TC que también hubo instigación a la violencia. El lugar en el que se realizó permite entender que la conducta del acusado es idónea para perpetuar una situación de violencia.

En conclusión, debe denegarse el amparo solicitado por el demandante, toda vez que la sanción penal de su conducta, por ser una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia, a través del enaltecimiento del autor de actividades terroristas, la cual no puede quedar amparada dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de expresión.

Voto particular discrepante de la mayoría

El Magistrado discrepante entiende que debería de haberse profundizado en el análisis de los elementos necesarios para castigar las conductas que justifican la violencia terrorista desde el punto de vista de la libertad de expresión. En concreto, hace referencia a determinados aspectos que ya han sido valorados por el TEDH en su jurisprudencia y que deberían haber sido tomados en cuenta, tales como (a) el impacto de la difusión pública de los mensajes; (b) las circunstancias personales del que realiza la conducta; (c) la coincidencia de la conducta con actos terroristas; o (d) la valoración de aquellos mensajes que, aunque tengan un tono hostil, defiendan objetivos contrarios al orden legal y constitucional, no puedan identificarse como defensa de la violencia en la consecución de sus objetivos. Y todo ello para valorar la necesidad y proporcionalidad de la injerencia de la intervención penal respecto de este tipo de conductas. El estudio más profundo de estos requisitos debería haber llevado a la conclusión de que, en el caso presente, no concurren los elementos para hacer necesaria y proporcionada la sanción impuesta.

Extiende su discrepancia con la mayoría en su conclusión sobre la ponderación específica realizada por los órganos judiciales penales dentro de su función de protección de los derechos fundamentales, exigida por doctrina constitucional, STC 177/2015 de 22 de julio. En su interpretación, “la legitimidad de la injerencia penal en el ejercicio de la libertad de expresión en este tipo de conductas queda estrictamente vinculada a que se acredite que supone una incitación, aunque sea indirecta, a la comisión de ilícitos penales, poniendo en riesgo los derechos de terceros o el propio orden constitucional, habría que haber concluido que en este caso las resoluciones judiciales impugnadas no habían hecho esa valoración previa”.

Según el Magistrado discrepante, no se acertó, por parte de los órganos judiciales penales, en la valoración de la existencia de incitación a la violencia terrorista. Para su existencia tomaron en consideración los carteles informativos del acto y las imágenes que de personas encapuchadas se proyectaron, pero estas no pueden ser utilizadas como acciones del recurrente porque se indica que éste fue un invitado al acto. Su tolerancia por asistir a un acto en tales condiciones no puede resultar penalmente relevante. Si no se estableció

ninguna responsabilidad respecto de los que decidieron la organización del acto, no se puede entender respecto de quien acudió al acto como invitado.

Tampoco realiza la opinión mayoritaria una valoración de las demás circunstancias del caso, tales como la totalidad del discurso en el que se hace una defensa partidista de la creación de un Estado vasco por vías políticas y no violentas; las circunstancias personales del demandante como destacado hombre político y el contexto temporal en que se desarrolla su conducta; que el homenajeado había fallecido 30 años antes; el hecho de que en el acto participaron 50 personas y que difícilmente puede concluirse que existió una difusión pública de dicha intervención en una magnitud que objetivamente pudiera implicar un riesgo. Todos estos elementos llevan al Magistrado a discrepar con la mayoría de que la conducta del recurrente pueda considerarse como incitación, aunque sea indirecta, a la violencia terrorista exigida para negar la protección constitucional debida por el derecho a la libertad de expresión a sus manifestaciones. En su opinión, sí se debió de acceder a la solicitud del recurrente de que su derecho a la libertad de expresión había sido vulnerado.

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 35 /2020, de 20 de febrero de 2020

Antecedentes

Esta Sentencia se dicta resolviendo un recurso de amparo constitucional por violación de derechos fundamentales frente a la resolución judicial que se relaciona a continuación.

La Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por sentencia 20/16 de 18 de mayo de 2016, absolvió al recurrente como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 del Código penal), del que había sido acusado, con un voto particular discrepante. La sentencia consideró como hechos probados que el acusado es cantante y letrista de los grupos rap-meta Def con Dos y Strawberry Hardcore, habiendo publicado 5 novelas y habiendo participado en el mundo del cine y la televisión como guionista, actor, director y productor. También es colaborador en distintos medios de comunicación, de prensa y televisión. Que las letras de sus canciones tienen un marcado tono provocador, irónico y sarcástico, empleando recursos de historias de terror y acción para envolver el mensaje de fondo. En sus manifestaciones artísticas mantiene un tono crítico con la realidad social y política, con un fondo pacífico y cultural. El acusado inició su carrera artística en 1988, mantiene una cuenta en la red social twitter que abrió en el 2012 con cerca de 8,000 seguidores. En esa cuenta entre noviembre de 2013 y enero 2014 publicó 6 comentarios, por ejemplo "el fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO" y "Ya casi es el cumpleaños del Rey. ¡Que emoción!. Otro usuario le dice: "ya tendrás el regalo preparado no? Qué le vas a regalar? A lo que contesta: "un roscón-bomba". El Tribunal estimó que no se había acreditado que el acusado buscara defender los postulados de una organización terrorista o despreciar o humillar a sus víctimas. Se apoya en jurisprudencia del Tribunal Supremo que indica que no sólo es importante tener en cuenta el tenor literal de las palabras, sino también el sentido, la intención, el contexto y las circunstancias del caso concreto. Se refiere a las SSTS 846/2015, de 30 de diciembre, 224/2010, de 3 de marzo y 585/2007, de 20 de junio que señalan la necesidad de un análisis riguroso de las circunstancias, las frases y/o acciones, su ocasión y escenario a fin de una ponderación equilibrada.

Contra la sentencia de la Audiencia Nacional, el Ministerio Fiscal presentó recurso de casación ante el Tribunal Supremo, por entender que la sentencia recurrida aplicaba de manera indebida el artículo 578 CP: es suficiente el dolo básico como elemento subjetivo; el móvil, es decir, el objetivo último no debe confundirse con el conocimiento o voluntad (dolo) de la acción.

El Tribunal Supremo revocó la sentencia absolutoria, con un voto particular discrepante, condenando al acusado como autor de un delito de enaltecimiento y humillación a las víctimas del artículo 578 CP a la pena de 1 año de prisión, 6 años y 6 meses de inhabilitación.

La sentencia del Tribunal Supremo: El Tribunal Supremo, mediante sentencia de 18 de enero de 2017, estimó el recurso, condenando al acusado, con los siguientes argumentos: En primer lugar, entiende la resolución (Fundamento de Derecho 2º) que es importante delimitar cuando la libertad de expresión alcanza el límite de lo intolerable y se convierte en delictivo. Según la resolución, el legislador castiga en el artículo 578 CP aquellos mensajes de odio que socavan la convivencia y humilla a las víctimas del terrorismo. El impacto de estos mensajes de odio se multiplica con el uso de las nuevas tecnologías. En cuanto a la intencionalidad (Fundamento de Derecho 3º), el artículo 578 CP solo exige el dolo, es decir, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo. Lo que, en el caso concreto, supone tener plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica a acciones violentas de un grupo terrorista y se anima a repetir su

actuación. El tipo no precisa acreditar la finalidad con que se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación por lo que es irrelevante si el acusado no defendía los postulados de una organización terrorista y tampoco buscaba desprestigiar a las víctimas (pues el tipo subjetivo no lo exige).

Cita las sentencias del TS 812/2011, 21 de julio, 299/2011, 25 abril, 623/2016, 13 de julio (FJ 5º), que recuerdan que la libertad ideológica o de expresión no puede ofrecer cobijo a la exteriorización de expresiones que encierran un injustificable desprecio hacia las víctimas del terrorismo, hasta conllevar su humillación. También la STC 112/2016, de 20 de junio, siguiendo las STC 177/2015, de 22 de julio y 136/1999, de 2 de julio, que concluían que el discurso del terrorismo está basado en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y, en definitiva, en aterrorizar al colectivo como medio de conseguir sus fines. Finalmente, el TS entiende que el objeto del proceso no es la actitud del acusado, sino los mensajes de humillación que difundió a través de su cuenta de Twitter. Para la Sala, no caben explicaciones sobre el autor o lo que pretendió, ya el mensaje llega a la víctima en su integridad, sin matices que aclaren la intención del autor. Las afirmaciones del acusado alimentan el discurso del odio, legitiman el terrorismo como forma de resolver conflictos y obligan a la víctima al recuerdo de lo sufrido.

Recurso de amparo: La defensa expone que la sentencia condenatoria (1) vulnera su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE): argumenta el recurrente que ha sido condenado en segunda instancia donde se han revalorado pruebas personales sin respetar los derechos de inmediación, publicidad y contradicción, tal como lo exige la jurisprudencia constitucional. En segundo lugar 2) vulneración a la libertad de expresión (art. 20.1.a CE): porque no se ha ponderado ni analizado la concurrencia del derecho a la libertad de expresión, y que los mencionados tuits no tienen contenido amenazantes, no incitan a la violencia ni tienen contenido de odio, y no tienen conexión práctica con ningún tipo de actores o acciones terroristas. El recurrente justifica la especial trascendencia constitucional del recurso en que la resolución impugnada incumple la jurisprudencia constitucional, tanto en relación con la condena en segunda instancia, como la exigencia establecida en la STC 112/16, de 20 de junio, por la que el juez penal debe ponderar si la conducta es un ejercicio del derecho a la libertad de expresión previa a la labor de subsunción en el tipo penal.

Fundamentos de Derecho

La jurisprudencia constitucional sobre el derecho a un proceso con todas las garantías en la condena en segunda instancia penal revocando una previa absolción. Analiza la resolución la jurisprudencia constitucional en la materia y concluye que la controversia que llevó a la condena en segunda instancia penal era meramente normativa; una cuestión jurídica sobre la configuración del elemento subjetivo del artículo 578 CP.

El derecho a la libertad de expresión en los supuestos de condena por delitos de enaltecimiento del terrorismo en la jurisprudencia constitucional. La resolución analiza de manera detallada su STC 112/2016 de 20 de junio. En primer lugar, cómo las SSTC 112/2016 y 117/2015 de 22 de julio, parten del **carácter institucional de la libertad de expresión** como garantía para la formación de una opinión pública y libre y, por tanto, pilar fundamental de una sociedad libre y democrática (también SSTC 6/1981, de 16 de marzo y 12/1982, de 31 de marzo). Sin embargo, este derecho fundamental **puede ser limitado** ante formas de expresión que **propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia y el uso de violencia**. Algunos ejemplos de lo que no es un ejercicio legítimo de libertad de expresión (STC 177/2015 y STC 136/1999): cuando los mensajes incorporan amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o electores; la utilización de símbolos, mensajes o elementos

que supongan la exclusión política, social o cultural pues sería un acto de intolerancia excluyente; el discurso de odio, cuando incorpore amenazas o persiga fomentar el rechazo, la exclusión o la eliminación física de quienes no compartan su ideario. Para ello hay que **ponderar de manera rigurosa** la limitación del derecho a la libertad de expresión en un **ejercicio de proporcionalidad**. Acudir al derecho penal puede tener un efecto desaliento, por lo que los límites deben ser siempre ponderados con exquisito rigor y de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado.

Asimismo, la STC 112/2016 aplicaba por similitud la STC 235/2007, de 7 de noviembre referida a la negación y difusión de ideas que justifican el genocidio, que concluía que se puede castigar este delito sin quebranto constitucional siempre y cuando exista **incitación indirecta a su comisión**, es decir, se pueden perseguir excepcionalmente conductas que, aunque sea de forma indirecta, supongan una provocación al genocidio. Ante la ausencia de este elemento de incitación en la tipificación del delito, se introduce la exigencia interpretativa de que debe concurrir este elemento de incitación en el delito de difusión de ideas que justifiquen el genocidio. De tal modo, para sancionar conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores se requiere, como una manifestación del discurso del odio, una situación de **riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades** para justificar su compatibilidad con la libertad de expresión.

A continuación, el TC hace un repaso a la jurisprudencia del TEDH que ha justificado una limitación de la libertad de expresión (Leroy c. Francia, párr. 43; Özgür Gündem c. Turquía, párr. 65; Halis Dogan c. Turquía, párr. 35 y 37; Hocaogullari c. Turquía, párr. 3; Öztürk c. Turquía, párr. 66) o de inadmisión (Gündüz c. Turquía, Bahceci c. Turquía). Asimismo, los aspectos relevantes que deben considerarse en la ponderación, como, por ejemplo: el mayor o menor impacto de difusión pública, dependiendo de la naturaleza de la conducta desarrollada (Gerger c. Turquía, párr. 50; Leroy c. Francia, párr. 45); las circunstancias personales de quien realiza la conducta (Castells c. España, párr. 42, Faruk Temel c. Turquía, párr. 55, Otegi Mondragón c. España, párr. 50, Hogefeld c. Alemania); que la conducta coincida en el tiempo con actos terroristas (Zana c. Turquía, párr. 56, Leroy c. Francia, párr. 45); el contexto de violencia en el que la manifestación hubiera tenido alguna influencia (Öztürk c. Turquía, párr. 69); el contenido de las expresiones, siendo especialmente cautelosos pues, aunque se trate de tonos hostiles e incluso de defendiendo objetivos contrarios al orden legal y constitucional, no pueden ser identificados como defensa de actitudes violentas (Karakoyun y Taran c. Turquía, párr. 30 y Yalciner c. Turquía, párr. 47).

Finalmente, el TC analiza y explica la extensión del control constitucional que ha de realizarse sobre la proporcionalidad a la hora de limitar la libertad de expresión en los delitos de enaltecimiento, y manifiesta: 1) que el juez penal debe de **valorar de manera previa, si según las diversas circunstancias concurrentes en el caso, la conducta constituye un ejercicio lícito del derecho a la libertad de expresión**, no pudiendo reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera cuando no constituya un legítimo ejercicio del derecho; y 2) La ausencia de ésta valoración previa no es constitucionalmente admisible y es una vulneración de derechos fundamentales en sí misma (y se equipara cuando la ponderación resulta manifiestamente carente de fundamento).

Aplicación de la jurisprudencia constitucional al caso concreto. Entiende el Tribunal que la sentencia recurrida vulnera el derecho a la libertad de expresión del recurrente porque la resolución no cumple, con la suficiencia requerida, la exigencia de valoración previa de la conducta realizada como legítima manifestación del derecho fundamental a la libertad de expresión.

La resolución analiza de manera detallada cómo el órgano sentenciador valora el contenido de los tuits, insistiendo que el objeto del proceso no era la actitud del acusado, sino los mensajes de humillación que difundió y que alimentan el discurso del odio. Para el TC, el Supremo **no realizó un análisis suficiente respecto del derecho a la libertad de expresión al no ponderar con la intensidad que exige la jurisprudencia constitucional las circunstancias concurrentes en el caso.**

Según el TC, la ponderación constitucionalmente exigible con carácter previo al examen de los elementos del delito debe de extenderse a conocer las bases sobre las que se entiende que la conducta indicada debe ser considerada como un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión o excluida del mismo, teniendo en cuenta el **principio de proporcionalidad** que la jurisprudencia constitucional exige en la restricción del derecho fundamental.

Añade que, aunque la resolución condenatoria hace referencia al uso de las nuevas tecnologías como elemento amplificador del daño y el contenido de los mensajes y su efecto sobre la dignidad e integridad moral de los mencionados en los mensajes, estos argumentos no son suficientes. No se hace mención al carácter institucional del derecho a la libertad de expresión y cómo los mensajes controvertidos también forman parte de la formación de opinión libre y del intercambio de ideas propios del pluralismo de las sociedades democráticas. **Sin ponderar si la condena pudiera tener un efecto desaliento o desnaturalizar el derecho; sin estudiar si el contenido, la finalidad, contexto y circunstancias del autor y sus destinatarios** pudiera ser equiparable a la defensa de actitudes violentas contra el orden legal constitucional. La sentencia recurrida no realiza estas consideraciones y además afirma que era irrelevante ponderar cuál era la intención del recurrente en relación con su trayectoria y con el contexto.

Entiende el Tribunal, que no es a su jurisdicción a la que le corresponde pronunciarse sobre la intención perseguida con los mensajes objeto del proceso, la intención debería haber sido analizada, junto con las demás circunstancias y elementos relevantes para entender si existe o no un ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Es decir, desde la perspectiva de la ponderación previa, la intención resulta uno de los aspectos indispensables que debe analizarse. La ponderación debe incluir no sólo el resultado del acto (de quien se siente dañado) sino también la libre circulación de ideas y formación de opinión pública (aspecto institucional). La resolución recurrida no se pronuncia sobre esto y además rechaza valorar elementos esenciales para la ponderación previa como son la intención, las circunstancias, contexto. Aunque el TC reconoce que hay aspectos reprobables de los tuits, no puede obviar que pueden ser interpretados como una crítica política y social de personajes públicos cuando fueron publicados.

Concluye el Tribunal que concurre la vulneración del derecho a la libertad de expresión del recurrente, porque la sentencia condenatoria **no ha ponderado con la exigencia necesaria si la conducta enjuiciada era un ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, al negar la necesidad de valorar la intención del recurrente en relación con la autoría, contexto y circunstancias** de los mensajes publicados. Por todo ello, resuelve anular la sentencia condenatoria de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 4/2017, de 18 de enero.

Voto particular discrepante

El Voto indica que su discrepancia se centra en la interpretación que la mayoría realiza de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la libertad de expresión en los supuestos de condena por delito de enaltecimiento y a la aplicación de dicha jurisprudencia.

Discrepa de cómo se traslada al caso concreto el planteamiento de la necesidad de valoración, como cuestión previa a la aplicación de tipo penal, de la conducta y si constituye un ejercicio legítimo de la libertad de expresión. No comparte la opinión de la mayoría de que el Tribunal Supremo no ponderó suficientemente la vulneración de la libertad de expresión. Rechaza la centralidad que otorga la mayoría a que el Supremo no ponderó si la conducta representaba una situación de riesgo para las personas, los derechos de terceros o para el sistema de libertades.

Entiende que no puede concluirse que en la sentencia recurrida no exista un examen necesario del ejercicio legítimo de la libertad de expresión ya que toma en consideración muchos de los factores contemplados en la doctrina constitucional como determinantes de la presencia o ausencia de la lesión del derecho fundamental a la libertad de expresión. Así, la sentencia reconoce la condición del autor de los mensajes y sus circunstancias subjetivas; y que, en sus expresiones artísticas, mantiene un tono crítico con la realidad política y social, pero entiende que tales características no le exoneran; también tiene en cuenta cómo los mensajes intensificaron su efecto al ser emitidos o publicados en una red social (medio de comunicación de masas); igualmente enmarca los mensajes dentro del llamado discurso del odio y que dicho discurso no goza de tutela constitucional; también la sentencia se hace eco de la jurisprudencia que confirma que la libertad de expresión no puede alcanzar a expresiones que desprecian o humillan a las víctimas del terrorismo, estableciendo que la protección a las víctimas es uno de los posibles límites a la libertad de expresión.

Por todo ello, no puede concluirse que el Tribunal Supremo en su resolución dejara de efectuar una valoración adecuada de cómo las expresiones vertidas no eran una manifestación legítima del derecho a la libertad de expresión. Discrepa que las manifestaciones realizadas puedan contribuir a la formación de una opinión pública libre o constituir una adhesión a posiciones políticas legítimas. Asimismo, afirma que la condición de personaje público de los afectados o mencionados por los tuits no supone la pérdida automática del derecho a ser protegido como víctima del terrorismo frente al escarnio y la burla ajena.

En relación con el análisis que realiza la mayoría sobre los límites entre el delito de enaltecimiento y la libertad de expresión, entiende el discrepante, que en el caso concreto resulta claro que la conducta está relacionada con la humillación a las víctimas y no con el enaltecimiento del terrorismo. Por tanto, no cabe extrapolar los criterios desarrollados en relación con el puro enaltecimiento del terrorismo. Es decir, la humillación o burla no conlleva la acción de animar directa o indirectamente a la comisión de delitos (incitación). Esta exigencia supondría vaciar el tipo y con ello una inasumible desprotección de las víctimas.

Por todo ello, desde su perspectiva, la sentencia recurrida no lesionó derecho fundamental alguno. Está aceptado claramente que la protección de las víctimas pueden ser un límite a la libertad de expresión y que la sentencia recurrida introdujo en la ponderación, dicha necesaria protección de las víctimas. Y que ello se desprende incluso de la Recomendación de Política General no. 15 relativa a la lucha contra el discurso del odio, adoptada el 8 de diciembre de 2015, por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI): la necesidad de tutelar a las víctimas frente a conductas violentas, intimidatorias, hostiles o discriminatorias.