

# Sentencia Tribunal Supremo Sala 2ª 02/04/2019

Tribunal Supremo Sala 2ª, 2-04-2019 , nº 2539/2018, rec.185/2019,

Procedimiento: Recurso de casación

Pte: Polo García, Susana

ECLI: ES:TS:2019:1070

## ANTECEDENTES DE HECHO

El Juzgado Central de Instrucción nº 3 incoó Diligencias Previas nº 58/16, y una vez concluso lo remitió a la Sección II de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que con fecha 15 de marzo de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

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

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

- El 15 de abril de 2012, "Policía bueno policía muerto", #polibuenopolimalo #Salvados; "Perros guardianes del orden y la ley, asesinos a sueldo abuso de poder... " #polibuenopolimalo #Salvados"

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

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

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

- El 10 de julio de 2012, "La próxima visita será con dinamita" #nocheminera #marchaminera

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

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

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

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

- El 29 de julio de 2012, <<Representación parlamentaria, Amanecer Dorado? Isidoro hijo de puta exijo tu

cuello cortado>>

- El 30 de julio de 2012, "Discurso racista me pone de los nervios, un tiro en la cabeza a todos esos cerdos!"
- El 31 de julio de 2012 "Colgaremos al último político con las tripas del último policía"
- El 5 de agosto de 2012: "De siempre antiespañol solo mira mis letras, anticonstitucional yo como la ETA!", "No descansaré hasta ver por los aires el Mercedes del alcalde", "Borroka da bide bajarra (la lucha es el único camino)" "Hacen falta más comandos, más atracos y por mí, que fusilen a Jon y Juan "
- El 15 de agosto de 2012, "Las redes para difundir, las calles para pelear"
- El 17 de agosto de 2012, "Un tiro en la cabeza a todos esos cerdos hijos de puta. Perros guardianes del orden y la ley, asesinos a sueldo abuso de poder" #ACAB
- El 21 de agosto de 2012, "Bidón de goma 2 en el plató de Telecinco ya "l #FrancoGenocida"
- El 21 de agosto de 2012. "El terrorismo hoy por hoy parece ser la única opción pa que puedan entender que Canarias no se vende, lucha por defender"
- El 23 de agosto de 2012 "Escupo en tu placa"
- El 7 de septiembre de 2012 "Debiste tomar nota del partido en el que voló Rafael ... Resultado Goma 2 España 0"
- El 8 de septiembre de 2012 "Si te veo sin la porra lo mejor será que corras" #ACAB
- El 10 de septiembre de 2012, "El 11-S no fue un drama fue justicia"
- El 19 de noviembre de 2012 "Si nosotros atacamos la jodida policía no es para hacerla salir de los barrios, sino para hacerla salir de nuestra vida",
- El 14 de febrero de 2013 "Por cada familia desahuciada, una sucursal quemada! Hijos de puta!!!"
- El 10 de agosto de 2013 "Ni bueno ni malo eso es un cuento, si sos policía te quiero ver muerto!!!"  
[youtu.be/xx0o\\_JNjvTQ](https://youtu.be/xx0o_JNjvTQ).
- El 1 de octubre de 2013 "ALGUNAS PERSONAS SOLO ESTÁN PORQUE ES ILEGAL DISPARARLES"
- El 12 de noviembre de 2015, "A ver si sales a defender la Constitución cada vez que desahucien a una familia, gilipollas", en respuesta a un comentario A3Noticias sobre la afirmación del Rey Felipe VI, referido a que: "la Constitución prevalecerá, que nadie lo dude".
- El 21 de enero de 2016 " Jose Miguel es ETA "
- El 1 de febrero de 2016 "La derecha rancia ladra. Pero ojo, si pides un tiro en la nuca para este individuo tendrás que explicarlo en la AN" [youtu.be/IOL\\_MmzauRO](https://youtu.be/IOL_MmzauRO), en referencia al periodista del canal de televisión Intereconomía Carlos Daniel .

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

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

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

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

Alzar cuantas medidas cautelares existan contra Carlos en el presente procedimiento.

Declarar las COSTAS de oficio."

Interpuesto recurso de apelación por el Ministerio Fiscal, con fecha 10 de julio de 2018, la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, dictó sentencia con el siguiente encabezamiento:

"Visto por este Tribunal, constituido por los Ilmos. Sres. Magistrados señalados arriba, en grado de APELACIÓN la presente causa penal, (Rollo nº. 3/2018 de la Sala de de Apelación de la Audiencia Nacional), seguida antes como Diligencias Previas-Procedimiento Abreviado 58/2016, del Juzgado Central de Instrucción nº 3 de esta Audiencia Nacional, resuelta en sentencia nº 11/2018, de 15/03/2018 en Rollo 2/2017 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y seguida de oficio por delitos de enaltecimiento del terrorismo o de odio, contra el acusado Carlos , nacido el NUM000 /1993 e hijo de Juan Pedro y Frida , con NIF NUM001 , con domicilio en Santa Cruz de Tenerife y en libertad, en causa en la que son partes el Ministerio Fiscal y el ya referido acusado".

Dicha sentencia contiene los siguientes HECHOS PROBADOS :

"ÚNICO.- Se aceptan los hechos declarados probados en la Sentencia apelada, a excepción del tercero que cambia por el siguiente:

"TERCERO.- Las expresiones contenidas en los mensajes reflejados constituyen un incentivo indirecto al lector a apreciar de manera positiva la realización de un acto criminal, y tienen como fin desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia."

Dictándose sentencia cuyo FALLO es del siguiente tenor literal:

" Que debemos estimar el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal, y en consecuencia revocar la sentencia dictada por la Sección Segunda de la sala de lo Penal, en el sentido de condenar a Carlos como autor responsable de un delito de enaltecimiento justificación del terrorismo, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión por tiempo de tres meses, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la pena de inhabilitación absoluta durante seis años superior al de la pena principal impuesta, así como al pago de las costas causadas en la instancia.

Se ordena la retirada de los contenidos ilícitos del perfil de Twitter identificado en los hechos probados.

Remítase testimonio de esta sentencia a la Sección Segunda de lo Penal de esta Audiencia Nacional, con sus actuaciones, a los efectos que procedan en su causa Rollo nº. 8/17, seguido contra Carlos ."

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Carlos que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal de la recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo Primero.- Por infracción de Ley. Al amparo del artículo 849 LECr , por indebida aplicación del art. 578 CP , por entender que, dados los hechos probados, se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter, que debe ser observada en aplicación de la Ley penal.

Motivo Segundo.- Por vulneración de precepto Constitucional. Al amparo de lo previsto en el art. 20 CE , en relación con el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ; en relación con el art. 852 LECr , y el art. 5.4 LOPJ ; por infracción del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

Motivo Tercero.- Por vulneración de precepto Constitucional. Al amparo de lo previsto en el art. 24.2 CE ; en relación con el art. 852 LECr , y el art. 5.4 LOPJ , por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías; toda vez que, tratándose de una sentencia que revoca una sentencia absolutoria en la instancia, al acudir a la revisión de los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos, volviendo a valorar para ello las pruebas personales practicadas en el juicio para la construcción del hecho probado, lo que le está manifiestamente vedado.

Conferido traslado para instrucción, El Ministerio Fiscal interesó la inadmisión a trámite del recurso, impugnando los motivos del mismo, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 30 de octubre de 2018; la Sala lo admitió a trámite, quedaron conclusos los autos para señalamiento de la vista cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para la vista prevenida, se celebró el día 26 de marzo de 2019.

Al acto no compareció el letrado recurrente, pese a estar citado en forma, y como recurrido el Ministerio Fiscal que se ratificó en su informe.

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 26 de marzo de 2019.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. Comenzaremos el estudio del recurso por el tercer motivo, dadas las consecuencias de su hipotética estimación, en el que se alega vulneración de precepto Constitucional, al amparo de lo previsto en el art. 24.2 CE ; en relación con el art. 852 LECrim , y el art. 5.4 LOPJ , por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías; toda vez que, tratándose de una sentencia que revoca una sentencia absolutoria en la instancia, al acudir a la revisión de los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos, volviendo a valorar para ello las pruebas personales practicadas en el juicio para la construcción del hecho probado, se vulnera el principio de presunción inocencia, lo que le está manifiestamente vedado.

2. En cuanto a la viabilidad de revocación de una sentencia absolutoria para condenar en la segunda instancia, reproducimos aquí la ya consolidada doctrina constitucional resumida en la STC nº 37/2018, de 23 de abril , que da cuenta, en primer lugar, de la evolución de la doctrina constitucional relativa al derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho de defensa ( art. 24.2 CE ), vinculada a las condenas o la agravación de las mismas en vía de recurso.

Reitera el Tribunal Constitucional en esa sentencia la síntesis de doctrina constitucional efectuada en la STC 146/2017 , FFJJ 6 y 7, cuando indicaba que el derecho a un proceso con todas las garantías ha sido objeto de un detenido y extenso análisis en numerosas Sentencias, inspiradas en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 26 de mayo de 1988, asunto Ekbatani c. Suecia , o de 27 de junio de 2000, asunto Constantinescu c. Rumania). En la STC 167/2002, de 18 de diciembre , FFJJ 9 a 11, el Pleno de este Tribunal Constitucional, señaló que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías ( art. 24.2 CE ), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción.

A partir de ello, se ha consolidado una doctrina constitucional, reiterada en numerosas resoluciones (entre las últimas, SSTC 126/2012, de 18 de junio, FJ 2 ; 22/2013, de 31 de enero, FJ 4 , o 43/2013, de 25 de febrero , FJ 5), según la cual resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora -como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados (así, entre otras, SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4 , o 1/2010, de 11 de enero , FJ 3)-, sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria.

Por el contrario, en aplicación de esta doctrina constitucional, también se ha destacado que no cabrá efectuar ese reproche constitucional cuando la condena pronunciada en apelación o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una alteración fáctica que no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración -como es el caso de pruebas documentales (así, SSTC 272/2005, de 24 de octubre, FJ 5 , o 153/2011, de 17 de octubre , FJ 4), o de pruebas periciales documentadas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6 , o 142/2011, de 26 de septiembre , FJ 3)-;o, también, cuando dicha alteración fáctica se derive de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, de modo que el órgano judicial revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos que resultan acreditados en ésta, argumentando que este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso sin merma de garantías constitucionales (así, SSTC 43/2007, de 26 de febrero, FJ 6 , o 91/2009, de 20 de abril , FJ 4). Por último, también se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6 , o 2/2013, de 14 de enero , FJ 6).

Más en concreto, y centrándose en la cuestión de la acreditación de los elementos subjetivos del delito, se vino considerando, también en proyección de la doctrina de la STC 167/2002 , que, desde la perspectiva de la exigencia de inmediación, el elemento determinante para concluir la eventual vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías era verificar si el razonamiento judicial sobre la concurrencia de ese elemento subjetivo por el órgano judicial de segunda instancia se fundamentaba en elementos de prueba que exigieran inmediación (por todas, entre las últimas, SSTC 127/2010, de 29 de noviembre, FFJJ 3 y 4, o 126/2012, de 18 de junio , FJ 3); o, por el contrario, se vinculaba con pruebas que no tuvieran carácter personal (así, STC 137/2007, de 4 de junio , FJ 3) o sobre la base de un control de la razonabilidad de la inferencia llevada a cabo en instancia, a partir de unos hechos base que se dan por acreditados , argumentando que, en este último caso, se trata de una cuestión de estricta valoración jurídica que no exige la reproducción del debate público y la

inmediación (por todas, SSTC 328/2006, de 20 de noviembre, FJ 3 , o 184/2009, de 7 de septiembre , FJ 2).

Ahora bien la misma sentencia lleva a cabo una importante advertencia en el Fundamento Jurídico 7º en referencia, no solamente al derecho a un proceso con todas las garantías, sino en relación al derecho de defensa: Las indicadas garantías del acusado en la segunda instancia fueron ampliadas a consecuencia de los diversos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en lo referente a la acreditación de los elementos subjetivos del delito, este Tribunal, perfilando el criterio de la STC 184/2009 , afirmó "que también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo -u otro elemento subjetivo del tipo- no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado" ( STC 126/2012, de 18 de junio , FJ 4).

En esta línea y específicamente sobre la posibilidad de revisar en casación el tipo subjetivo del delito, declaraba la STC 37/2018, de 23 de abril , lo siguiente: "(...) también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo -u otro elemento subjetivo del tipo- no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado" ( STC 126/2012, de 18 de junio , FJ 4)".

Tal ampliación era el corolario de la recepción de las SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto Igual Coll c. España , § 27; 21 de septiembre de 2010, asunto Marcos Barrios c. España, § 32 ; 16 de noviembre de 2010, asunto García Hernández c. España , § 25; 25 de octubre de 2011, asunto Almenara Álvarez c. España, § 39 ; 22 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España, § 38 ; 13 de diciembre de 2011, asunto Valbuena Redondo c. España , § 29; 20 de marzo de 2012, asunto Serrano Contreras c. España , § 31. A las que siguieron con posterioridad las SSTEDH de 27 de noviembre de 2012, asunto Vilanova Goterris y Llop García c. España , y de 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España (§§ 41 a 46).

Esta última merece una especial referencia. En ella se constata que el Tribunal Supremo, pese a que reprodujo los hechos que habían sido considerados probados en la Sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, efectúa una nueva valoración de los distintos elementos de prueba que ya habían sido examinados por el órgano de instancia: por una parte medios de carácter documental y, por otra, testimonios propuestos tanto por la parte acusadora como por los demandantes, así como las declaraciones de estos últimos, y concluyó que los acusados se habían negado "de manera consciente y deliberada" a acatar la resolución del propio Tribunal Supremo. La STEDH consideró que el Tribunal Supremo procedió a una nueva valoración de las pruebas sin haber tenido un contacto directo con las partes y, sobre todo, sin haber permitido que éstas últimas expusieran sus argumentos en respuesta a las conclusiones expuestas (asunto Serrano Contreras, anteriormente citada, § 36). Finalmente, el Tribunal Europeo razonó que el Tribunal Supremo, para llegar a esa distinta interpretación jurídica del comportamiento de los demandantes, se pronunció sobre circunstancias subjetivas que conciernen a los interesados, a saber que eran conscientes de la ilegalidad de sus actos. La Sentencia entendió que ese elemento subjetivo ha sido decisivo en la determinación de la culpabilidad de los demandantes, pues el Tribunal Supremo sí que concluyó que hubo intencionalidad por parte de los demandantes sin valorar directamente su testimonio, conclusión que contradice las conclusiones de la instancia que sí había oído a los acusados y a otros testigos (§§ 41 y 42). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que las

cuestiones que debían ser examinadas por el Tribunal Supremo requerían la valoración directa del testimonio de los demandantes (asunto Serrano Contreras, anteriormente citada, § 39). Y habida cuenta de todas las circunstancias del proceso, concluyó que los demandantes han sido privados de su derecho a defenderse en el marco de un debate contradictorio, en consecuencia, por lo que ha habido violación del derecho a un proceso equitativo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio (§§ 45 y 46).

Recuerdan las SSTS 892/2016, 25 de noviembre , 421/2016, 18 de mayo , 22/2016, 27 de enero , 146/2014, 14 de febrero , 122/2014, 24 de febrero , 1014/2013, 12 de diciembre , 517/2013, 17 de junio , 400/2013, 16 de mayo , etc. (con cita de la STC núm. 88/2013, de 11 de abril , entre otras), que la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas. Es decir, cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico.

3. En el caso que ahora examinamos el debate se ha centrado en la supuesta introducción, como fundamento de la condena que se hace en la sentencia de apelación, de un elemento tendencial cuya presencia se rechazó en la sentencia dictada en primera instancia, en concreto en el Hecho Probado Tercero de la primera sentencia se hacía constar que "No resulta acreditada otra finalidad distinta de los tuits publicados que la de dar rienda suelta por parte del acusado de forma airada y exagerada a su protesta y disconformidad con la sociedad en la que vive, sin que las expresiones impliquen un discurso de incitación al odio, a la violencia o al terrorismo, ni que tales expresiones sueltas hayan supuesto algún riesgo o incremento de éste de comisión de posibles delitos."

El anterior Hecho Probado no se acepta en la sentencia de apelación y se sustituye por el siguiente: "ÚNICO.- Se aceptan los hechos declarados probados en la Sentencia apelada, a excepción del tercero que se cambia por el siguiente: "TERCERO.- Las expresiones contenidas en los mensajes reflejados constituyen un incentivo indirecto al lector a apreciar de manera positiva la realización de un acto criminal, y tienen como fin desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia."

En principio, en aplicación de la doctrina analizada debemos decir que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia, de manera que el órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado, si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.

Ahora bien, en el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia de apelación se hace constar que "no nos cabe duda alguna sobre la posibilidad de la posibilidad de proceder a una revocación de la presente sentencia, y ello sobre la base de que como se comprobará para la determinación de la condena no se ha de proceder a una nueva fijación de los hechos probados, y menos, que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora. Como se ha adelantado, se aceptan todos los hechos probados de la sentencia excepto la inferencia que se hace en el último párrafo sobre la finalidad de los tuits publicados; este hecho probado se ha construido sobre la base de pruebas indiciarias, en cuya inferencia discrepamos sobre la base exclusiva de los hechos que resultan acreditados en la sentencia recurrida, de tal suerte que como dice el alto Tribunal "este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso sin merma de garantías constitucionales".

En el desarrollo de la sentencia no se valora ninguna prueba personal, la modificación introducida por el Tribunal de apelación se trata de una revisión de la razonabilidad de las inferencias del Tribunal de instancia, con respecto "elemento tendencial" -aunque éste no venga expresado en la literatura del precepto penal, es exigido por este Tribunal en numerosas sentencias-, inferencia que conforme a la citada Jurisprudencia, aunque la misma afecte al dolo o a cualquier elemento subjetivo del tipo, no es necesaria la intermediación si, tal y como ocurren en el presente caso, la valoración no se produce por el Tribunal de instancia mediante la nueva revaloración de testificales practicadas y además, la misma ha venido precedida de previa audiencia al acusado, requisitos que concurren en el presente caso, por lo que no se ha infringido el derecho a la presunción de inocencia cuya vulneración se alega por el recurrente.

El motivo debe ser desestimado.

En el segundo motivo del recurso se alega vulneración de precepto Constitucional, al amparo de lo previsto en el artículo 20 de la C.E , en relación con el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ; en relación con el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , y el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ; por infracción del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

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

En parecidos términos se pronunció el Tribunal Constitucional, STC 235/2007 , que señala que "el artículo 20.1 de la Constitución , ofrece cobertura a las opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, por muy erróneas o infundadas que resulten siempre que no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro cierto para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos,". O la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1995, de 11 diciembre , "la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, también para aquéllos que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población", en referencia a la STDH De Haes y Gijssels c. Bélgica de 24 de febrero de 1997. También la Sentencia de esta Sala 4/2017, de 18 enero , en la que afirmábamos que la interpretación del artículo 578 CP . no está exenta de dificultades. De una parte, por la proliferación de tipos penales que convergen en la protección del denominado discurso de odio, enaltecimiento del terrorismo, vilipendio de las víctimas, provocación al genocidio, negación del holocausto (anterior a la reforma que lo suprimió), de los arts. 510 , 578 , 607 CP . De otra, por la necesidad ínsita de este tipo penal de ponderar el denominado discurso del odio con el alcance de la libertad de expresión, en ocasiones



debiendo atender a una excesiva circunstancialidad, lo que dificulta determinar el alcance de lo intolerable. Es por eso que en esta Sentencia se aludía a la necesidad "de no convertir la libertad de expresión, y los límites que ésta tolera y ampara, en el único parámetro para discernir cuándo lo inaceptable se convierte en delictivo. No todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en la porción de injusto que abarca el artículo 578 del Código penal . Nuestro sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasa necesariamente por la incriminación penal... no todo mensaje inaceptable o que ocasiona rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo que lo que no es acogido en que la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo...".

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

Se desestima el motivo.

1. El primer motivo del recurso se basa en infracción de ley, al amparo del artículo 849 1º de la Lecrim , por indebida aplicación del artículo 578 del Código Penal , por entender que, dados los hechos probados, se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter, que debe ser observada en aplicación de la Ley Penal.

En el desarrollo del motivo se hace constar que en los presentes autos, la detección de los tuits se obtuvo mediante prospecciones en la red sin que se haya constatado que hayan provocado alarma social ni impacto alguno en la opinión social; cuando a mayor abundamiento el número de seguidores del perfil del acusado, apenas 250, no mostraron muestras de aprobación ni de adhesión a los mismos, por lo que difícilmente puede entender que los referidos tuits hayan generado ni sean potencialmente aptos para que se incremente mínimamente el peligro de comisión de delitos terroristas, ni tan siquiera de forma indirecta, resultando ser expresión de opiniones que no contienen un llamamiento a la violencia terrorista, y no han generado riesgo alguno para las personas, ni derechos de terceros ni para el orden público. La ausencia absoluta de este elemento normativo impide que pueda considerarse que concurren los elementos integrantes del tipo de compatibilidad con la normativa europea y constitucional para considerar legítima la injerencia del Estado en el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, amparado constitucionalmente.

Apuntando que de conformidad con las más recientes sentencias del Tribunal Supremo, una cosa es proclamar, incluso vociferar, lo que el sujeto siente, es decir sus deseos y emociones, exteriorizándolos a rienda suelta; y otra cosa es que tal expresión se haga, no para tal expresión emotiva, sino, más allá, para la racional finalidad de procurar que el mensaje, al menos indirectamente, incite a otros a cometer delitos de terrorismo. De ahí, la atipicidad de los hechos objeto de enjuiciamiento, por falta de un elemento normativo del tipo integrado por el Tribunal Constitucional y acogido por la Unión Europea, para posibilitar una lectura constitucional de la norma sancionadora que se contiene en el precepto penal en cuestión, esto es, el artículo 578 del Código Penal . Objetivamente ha de considerarse que los tuits expresados por mi defendido, no enaltecen ni justifican o alientan ni instigan a la violencia terrorista, ni tan siquiera de forma indirecta, ni generan peligro o riesgo de comisión de actos violentos, ni tampoco incrementan el que pudiera ya existir.

2. Establecía el art. 578 CP vigente en el momento de los hechos (la mayoría de los tuits son anteriores a la reforma de 2015): "El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su

ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código ".

El precepto sanciona dos conductas diferenciadas, aunque con un denominador común: su referencia al terrorismo. Por un lado, el enaltecimiento o justificación del terrorismo o de sus autores; por otro, la emisión de manifestaciones o realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas. Esta segunda figura cuenta con perfiles propios.

El término discurso del odio tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, a su vez lo tomó de las resoluciones del Consejo de Europa. Los Estados han configurado tipos penales expresivos del discurso del odio. En realidad, no hay una figura típica del discurso del odio, sino que se trata de diversos tipos penales que recogen figuras de agresión a sujetos individuales o colectivos, especialmente vulnerables, a través de distintos vehículos de comunicación. El origen legal se encuentra en la Recomendación (97) 20 del Comité de ministros del Consejo de Europa, de octubre de 1997, que "insta a los Estados a actuar contra todas formas de expresión que propaguen, inciten o promuevan el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiesta a través del nacionalismo agresivo, el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las medidas y los inmigrantes o personas de origen inmigrante". Esta recomendación tiene su origen en la interpretación del artículo 10 del Convenio Europeo de derechos humanos , de 1950 que, en su apartado primero, declara que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, matizando en su apartado segundo que el ejercicio de la libertad entraña deberes y responsabilidades, y podrá ser sometida ciertas condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial, la seguridad pública, la defensa del orden, en la protección de la reputación o de los derechos ajenos.

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

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

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

El elemento que caracteriza a los delitos de odio es el ánimo subjetivo que conduce al autor a la comisión del hecho agresivo. El ánimo consiste en la animadversión hacia la persona, o hacia colectivos, que unificados por

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

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

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

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

El discurso generador del odio y la discriminación no tienen amparo, ni cobertura en los referidos derechos constitucionales. A tal efecto son numerosos los Tratados Internacionales ratificados por España que, al amparo del artículo 10 de la Constitución , ha de guiar la interpretación de la tipicidad de los delitos de odio en sus variadas manifestaciones típicas. Junto a la Convención de Naciones Unidas para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948; la Convención de Naciones Unidas sobre eliminación de toda forma de discriminación racial de 22 diciembre de 1965; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 diciembre de 1966; el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 noviembre de 1950; la Recomendación (97) 20, de 20 octubre 1997 y la de 3 octubre de 2002, de política general acerca de la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial en la Comisión europea contra el racismo e intolerancia (ECRI); la recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo sobre blasfemia, insultos religiosos y discurso de odio contra personas por razón de su religión; la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 noviembre 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal; la Convención sobre cibercrimen, de 23 noviembre 2011; la Recomendación 7 de la Comisión europea contra el racismo y la intolerancia, de 13 diciembre del 2002, que identifica el discurso del odio, como expresiones que intencionadamente difundidos implican a) una incitación pública a la violencia y el odio; y b) a través de las cuales insultan y difaman públicamente a personas o grupo de personas por razón de su raza, color, lengua, religión, nacionalidad, su origen, nación o etnia; la Convención del Consejo de Europa sobre prevención del terrorismo, de 16 mayo 2008, cuyo artículo 5 define la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo, disponiendo que la tipificación de las conductas requiere la creación de un riesgo para la comisión de un delito terrorista. Concretamente, la Convención del Consejo de Europa sobre prevención del terrorismo, de 16 de mayo de 2005

y la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, establece que en su punición los Estados miembros han de incorporar a su tipicidad una potencialidad de riesgo de que puedan cometerse actos terroristas.

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

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

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

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

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

Otra sentencia, la 112/2016 , referida a un delito de enaltecimiento del terrorismo en el que se realiza un homenaje a un terrorista y en la cual una persona que hace uso de la palabra que expuso diversas expresiones objeto de censura penal. El Tribunal Constitucional al denegar el amparo, destaca "si el acusado se hubiera limitado a pronunciar un discurso estrictamente político en defensa de la independencia del País Vasco y el socialismo, su conducta no sería reprochable, porque España es una democracia tolerante, no militante, es decir,

no se exige la adhesión a los postulados constitucionales... sin embargo, el acusado al no hacer eso sino que, con ambigüedad calculada, emplea una expresión para escoger el camino más idóneo, el camino que más daño haga al Estado que conduzca este pueblo a un nuevo escenario democrático".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclusión que derivaba del considerando 10 de la Directiva: Los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población. Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. En cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional.

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

A su vez las SSTS 378/2017, de 25 de mayo , 560/2017, de 13 de julio , y 600/2017, de 25 de julio , en la interpretación del citado penal, reclaman lo que denominan "elemento tendencial", aunque éste no venga expresado en la literatura del precepto penal, y advierte de que "la trascendencia de esa exigencia como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad del tipo penal. Por lo que concluye: la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el artículo 578, supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

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

3. De los hechos probados se deduce la corrección del planteamiento llevado a cabo por la Sala de Apelación, la cual destaca en su sentencia los siguientes mensajes como más significativos: "policía bueno, policía muerto", "que vuelva ya, el MPAIAC", "1,2,3 maderos muertos, arden bancos y banqueros, movimiento sanguinario y odio revolucionario", " yo me levanto todos los días a ver si han matado a un policía, " soy del GRAPO, puta España", "ladra perro, ladra capta su atención y siguen sembrado odio, policía bueno, policía muerto", "más lucha armada", " Hacen falta más comandos, más atracos, y por mí que fusilen a Jon y Juan ", "el terrorismo hoy por hoy parece ser la única opción"; " si te veo sin la porra, mejor será que corras", "el 11-S no fue un drama, fue justicia", "si nosotros atacamos a la policía, no es para hacerla salir de los barrios, sino para hacerla salir de nuestra vida", "por cada familia desahuciada, una sucursal quemada, hijos de puta, "si eres policía te quiero ver muerto".

Y, sobre los mismos, compartiendo el voto particular de la sentencia de instancia, afirma que tales manifestaciones "van más allá de la expresión de coincidencia de objetivos políticos o expresión de vínculos ideológicos, siendo sin lugar a dudas una justificación de los medios violentos y una invitación a la utilización de métodos terroristas, representado el terrorismo como merecedor de elogio y el asesinato de policías y banqueros como algo necesario. Se destaca que tales expresiones son reiteradas en el tiempo y se publicaron por el acusado en una red social de acceso público y sin ningún tipo de restricción. También entendemos que está acreditada la intención de provocar o incitar como elemento tendencial, y en este sentido hay que tener en cuenta, no solo la literalidad explícita de algunos de los mensajes, sino y también, la prolongación en el tiempo de los mismos. El voto particular contextualiza muchos de estos mensajes en momentos tales como el anuncio del cese de la actividad de la banda terrorista ETA, así como un momento de grave crisis económica en el que era muy frecuente la ejecución de actos violentos relacionados con la ejecución de sentencias de desahucio, a lo que hay que añadir frecuentes manifestaciones en las que se produjeron ataques y lesiones a miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad de Estado; también se destaca que en la misma época se cometieron diversos atentados a entidades bancarias atribuidos a grupos terroristas de ideología anarquista."

Sigue afirmando la sentencia que "En el presente caso los mensajes del acusado rezuman un discurso de aniquilación del adversario ideológico en un marco de clara hostilidad y deseo de violencia, incardinado en un típico discurso de odio, en el que se propone el terrorismo por un lado como solución y por otro lado se justifican actos tales como los atentados de 11 de septiembre en Nueva York. Por otro lado, en cuanto al riesgo abstracto ínsito en el tipo, la literalidad, la reiteración y la claridad de las expresiones determina este alto grado de peligrosidad intrínseca a este tipo de mensajes, suponiendo una incitación indirecta a la comisión de hechos de naturaleza terrorista. Podemos concluir que este riesgo abstracto en la forma que hemos determinado con

anterioridad esta ínsito en las declaraciones públicas del acusado a través de los mensajes, siendo aptos o idóneos para desplegar una actividad suponiendo un caso claro de incentivo indirecto al lector potencial a apreciar de manera positiva la realización de un acto criminal."

Se analiza también en la sentencia que el riesgo abstracto concurre, y que el elemento tendencial se infiere de la literalidad tan expresiva indirecta de las expresiones utilizadas, no siendo un elemento negativo del tipo la ausencia de interacción de los seguidores, ya que son más de 250 personas los seguidores, y ello al margen de que no interactúen hasta el punto de reenviar el mensaje o utilizar una aplicación que permite manifestar que "te gusta" el mismo, el seguidor del acusado conoce perfectamente su discurso, sin perjuicio que ello es tenido en cuenta por el Tribunal para la aplicación 579 Bis 4, bajando la pena en dos grados.

En efecto, compartimos con el Tribunal de apelación que las expresiones que se propagan por las redes sociales, a cargo de los mensajes elaborados por el recurrente, se refieren claramente a una actividad de alabanza y justificación de los medios violentos y una invitación a la utilización de métodos terroristas, elogiando el asesinato de policías y banqueros como algo necesario. Su potencialidad de riesgo abstracto se desprende de los propios mensajes "Que vuelva ya el MPAIAC", -sin que afecto a ello el hecho de que sea éste retuiteado-, "la próxima visita será con dinamita"; "ponte una capucha y apuñala al nazi que veas en tu calle haciendo apología de su lucha" "MENOS BATUCADAS Y MÁS LUCHA ARMADA" "Soy del GRAPO puta España", "discurso racista me pone de los nervios, un tiro en la cabeza a todos esos cerdos"; Isidoro hijo de puta exijo tu cuello cortado"; "colgaremos al último político con las tripas del último policía"; "De siempre antiespañol solo mira mis letras, anticonstitucional yo como la ETA"; "No descansaré hasta ver por los aires el Mercedes del alcalde", "Hacen falta más comandos, más atracos y por mí, que fusilen a Jon y Juan ", "un tiro en la cabeza a todos esos cerdos hijos de puta. Perros guardianes del orden y la ley, asesinos a sueldo abuso de poder"; "Bidón de goma 2 en el plató de Telecinco ya"; "El 11-S no fue drama fue justicia".

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

El motivo debe ser desestimado.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM , procede imponer al recurrente las costas causadas en este recurso.

## **FALLO**

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

1º Declarar no haber lugar al recurso de casación nº 2539/2018 interpuesto por la representación legal de por D. Carlos , contra Sentencia de fecha 10 de julio de 2018 dictada por la Audiencia Nacional , Sala de Apelación, en el Procedimiento Abreviado 8/2017.

2º Imponer al recurrente las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

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

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



Julián Sánchez Melgar Francisco Monverde Ferrer Vicente Magro Servet

Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina