

RECURSO CASACION núm.: 3344/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la  
Cuesta y de Quero

## TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

### Sentencia núm. 135/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 7 de mayo de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la representación del acusado **D. PABLO RIVADULLA DURÓ**, contra sentencia dictada por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación de indicado acusado contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 2 de marzo de 2018, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Dña. Ana Arauz de Robles y bajo la dirección Letrada de D. Diego Catriel Herchhoren Alcolea.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado Central de Instrucción nº 5 incoó Procedimiento Abreviado con el nº 113 de 2016 contra Pablo Rivadulla Duro, y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que con fecha 2 de marzo de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Consideramos probado y así se declara: La Fiscalía de la Audiencia Nacional, como consecuencia de escrito denuncia remitido por correo informático con indicación de su perfil ..... por parte de D. xxx en el que se ponía de manifiesto la existencia de posibles ilícitos contenidos en la cuenta que figuraba como @PabloHasel, en la cual se incluían comentarios en forma de tuits y se incorporaban vídeos que incitaban a la violencia, procediendo a la incoación de diligencias informativas que dieron lugar a la petición de diversos informes, que permitieron comprobar la titularidad del citado perfil del hoy acusado y los comentarios que se consideraban enaltecedores del terrorismo, y vejatorios para la Corona y otras Instituciones del Estado. Como consecuencia de tales diligencias se supo que el titular de la cuenta era el acusado Pablo Rivadulla Duro, nacido el 9 de agosto de 1.988, que alega tener como profesión la del rapero y poeta, utilizando artísticamente el pseudónimo de "Pablo Hasel" quien había sido condenado por sentencia de 31 de Marzo de 2.014 por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo a la pena de dos años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo superior a 10 años al de la duración de la pena privativa de libertad, al haber publicado en el Youtube durante los años 2.009 a 2011 diversos vídeos con tal contenido, sentencia que fue confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 106/2015 de 19 de Febrero de 2.015.

1º.- El acusado en la red Twitter mediante el perfil creado y administrado por él ya citado de @PabloHasel, publicó durante los años 2.014 a 2016 comentarios denigrantes contra distintas instituciones al tiempo que dedica frases y archivos ensalzando a determinadas personas condenadas por delitos de terrorismo. El citado perfil de Twitter tenía en el momento de publicarse los mensajes (Tweets) objeto del presente escrito más de 54.000 seguidores y se han podido encontrar 1.915 Tweets en los que aparecen los términos GRAPO, MONARQUÍA, REY, ETA, TERRORISMO, BILBO, BOMBA, BORBÓN, POLICÍA y GUARDIA CIVIL. Entre los citados mensajes, estaban los siguientes:

FECHA	TEXTO	IMAGEN
23/03/2014	¿50 policías heridos? Estos mercenarios de mierda se muerden la lengua pegando hostias y dicen que están heridos.	No consta
24/03/14	"orgullosos de quienes respondieron a las agresiones de la policía"	No consta
25/03/14	Ahora van de llorones los antidisturbios cuando han golpeado y torturado siempre a miles y miles de personas, han desahuciado a porrazos, etc.	No consta
27/03/14	La policía asesina a 15 inmigrantes y son santitos. El pueblo se defiende de su brutalidad y somos "violentos terroristas, chusma".	No consta
30/03/14	Pretenden ocultar que muchas personas han salido hoy a exigir el fin de la monarquía fascista y golpean hasta a periodistas.	No consta
30/03/14	Policía Nazi-onal torturando hasta delante de las cámaras.	No consta
04/04/14	¿Matas a un policía? Te buscan hasta debajo de las piedras. ¿Asesina la policía? Ni se investiga bien.	No consta
04/04/14	2 años desde que Iñigo Cabacas fue asesinado por la policía sin que haya habido condenados por ello.	No consta
23/04/14	¿Guardia Civil torturando o disparando a inmigrantes? Democracia. ¿chistes sobre fascistas? Apología del terrorismo.	No consta
28/04/14	Mismo contenido	No consta
30/10/15	Detenidos en Galiza por "enaltecimiento del terrorismo" es decir, por decir que hay que luchar contra el estado fascista.	Enlace a Movimiento Político de resistencia.
2/12/15	El mafioso del Borbón de fiesta	No consta

	con la monarquía saudí, entre quienes financian el ISIS queda todo.	
25/12/15	El ladrón del Borbón no debe dar crédito a la impunidad que tiene para burlarse de nosotr@s.	No consta
25/12/15	Constancia en la lucha hasta que un día el desahuciado sea Felipe de Borbón con toda su familia de parásitos enemigos del pueblo.	No consta
25/12/15	El mafioso del rey dando lecciones desde el palacio, millonario a costa de la miseria ajena. Marca España.	No consta
25/12/15	Lo más asqueroso de la monarquía es que millonarios por la miseria ajena, finjan preocuparse por el pueblo.	No consta
25/12/15	El PCE apoyó a la monarquía impuesta por Franco en la "transición" mientras el PC se dejaba la vida denunciando la maniobra.	No consta
27/12/15	Miles de ancianos pasando frío y sin un techo seguro mientras monarcas dan lecciones desde palacios.	No consta
27/12/15	Si tanta monarquía quiere el pueblo como dicen los tertulianos mercenarios, que suelten a la familia real sin escoltas por nuestras calles.	No consta
29/12/15	Ante el terrorismo de estado, el barrio organizado.	Vídeo de cargas policiales en Lavapiés.
30/12/15	Llaman banda criminal a grafiteros y no a la monarquía. Menudo estado demencial.	No consta
18/01/16	La monarquía mafiosa que da lecciones a países donde nadie es desahuciado.	Cómic donde aparece el Rey emérito junto a un saudita decapitado.
20/01/16	Quieren exterminarlo como a su camarada Marcelina Hortensia. Que se sepa.	No consta
21/01/16	Los amigos del reino español bombardeando hospitales	No consta

	mientras Juan Carlos se va de putas con ellos.	
21/01/16	Uno de la CUP hablando claro contra la monarquía mientras IU anda de risitas con esta en la Zarzuela.	No consta
24/01/16	La mierda de P. Iglesias de risitas en la Zarzuela sin reprocharle al Borbón las atrocidades de las que son responsables.	No consta
25/01/16	Mientras llaman terrible tiranía a Cuba donde con menos recursos no se desahucia ocultan los negocios mafiosos del Borbón con Arabia Saudí.	No consta
25/01/16	Por más millones que inviertan en manipulación, por más que sean intocables, la monarquía pasará a la historia como los parásitos que son.	No consta
26/01/16	El estado español dando armas a los criminales amigos de la monarquía para que puedan bombardear Yemen. Que se sepa.	Imagen del rey emérito junto a dirigentes saudíes.
29/01/16	Por culpa de Arabia Saudí los niños de Yemen sufren así. Cosas de los amigos demócratas de los mafiosos Borbones.	Un niño con avanzada desnutrición en una báscula.
7/02/16	Policías que con Franco encarcelaban y que ahora encarcelan como jueces de la Audiencia Nazi-onal.	No consta
14/02/16	Joseba Arregi asesinado por la policía torturándolo.	No consta
15/02/16	Dicen escorias policías "velamos por tu seguridad" mientras pagados por ti te vienen a desahuciar.	No consta
17/02/16	En la "ciudad libre de desahucios", que dijo Carmena, la policía agrediendo y deteniendo a quien lucha contra los desahucios, ahora mismo.	No consta

21/02/16	Ada Colau le llamara criminal al Rey por vender armas a Arabia Saudí o vivir a todo lujo a costa de la miseria, criminaliza la huelga.	No consta
22/02/16	Policías que te matan a un hijo, siguen impunes y encima piden dinero.	No consta
22/02/16	Si yo fuera el padre de Iñigo Cabacas se iba a enterar la policía que encima pide dinero por asesinarlo.	No consta
22/02/16	El policía que mandó disparar provocando el asesinato de Iñigo Cabacas, pide 777.000 euros a la familia por investigarlo. Es para...	No consta
07/03/16	La policía siembra racismo y recoge rabia ¿A quién sorprende?	No consta
09/03/16	Hasta el policía que parezca más majo, detiene por luchas y no a los que explotan o saquean. No son amigos.	No consta
11/03/16	Sí nos representan	Fotografía de Ignacio Varela Gómez
14/03/16	Las manifestaciones son necesarias pero no suficientes, apoyemos a quienes han ido más allá.	Fotografía de Victoria Gómez
16/03/16	La policía trata con racismo a los inmigrantes y cuando reciben una hostia en respuesta se hacen las víctimas. El cuento de siempre.	No consta
17/03/16	Estudiantes responden a la brutalidad policial en Euskal Herria.	No consta
17/03/16	Luchar por la educación digna supone que la policía te detenga o abra la cabeza a porrazos, otra vez sucede en Gasteiz.	No consta
17/03/16	Cuando la policía utilice sus armas contra los opresores y no contra los oprimidos, empieza a contarnos que son aliados.	No consta
17/03/16	Hoy la policía, enemiga de la	

	democracia, ha abierto cabezas y detenido a jóvenes que luchaban por una educación digna.	Fotografía de los ertzainas llevando detenido a un joven ensangrentado.
24/03/16	Luego pretenden que les lloremos cuando les pasa algo a esos monstruos llamados policías.	Vídeo: La Guardia Civil dispara pelotas de goma...
24/03/16	Ningún Guardia Civil pago por los 16 inmigrantes asesinados a balazos de goma. Ahora llaman democracia a esto.	Fotografía de un fallecido en una playa
31/03/16	No te vemos tan pesado con los golpes mucho más fuertes de los bombardeos imperialistas o las torturas de la policía.	No consta
31/03/16	Mónica y Francisco, 12 años de prisión por daños materiales en una basílica Guardia Civil impunidad por decenas de emigrantes asesinados.	No consta
01/04/16	A dos años de ser exterminada por el Estado torturador, recordamos sus palabras.	Imagen con un texto de Isabel Aparicio
01/04/16	Y así fue la acabaron exterminando	Imagen con un texto de Isabel Aparicio
01/04/16	La condenaron a 12 años de prisión por estar en el aparato de propaganda del PCE (r) 12 años sin lucha armada.	Imagen con un texto de Isabel Aparicio
01/04/16	2 años desde que Isabel Aparicio fue exterminada por comunista, negándole el estado la asistencia médica en prisión.	Imagen de un texto con la foto de Isabel Aparicio
01/04/16	Lo que no No habrá olvido ni perdón. consiguieron es asesinar tu importante legado de lucha, vives más que ellos	Fotografía de Isabel Aparicio con el anagrama del PCE (r)
01/04/16	Quisieron silenciarte exterminándote y jamás podrán hacerlo, porque tu voz son los gritos de las desesperadas.	Imagen con la lápida de Isabel Aparicio.
05/04/16	Los policías asesinos de Iñigo Cabacas no solo siguen impunes, sino que encima pedían dinero a la familia. La realidad supera la ficción.	No consta

05/04/16	Nueva carta de la presa política Victoria Gómez.	No consta
07/04/16	Juan Martín Luna militante del PCE (r) asesinado por la policía por defender nuestros derechos.	No consta
01/06/16	Militante antifascista relata las torturas que sufrió por parte de la policía.	No consta
01/08/16	Quisieron exterminarle y jamás podrán hacerlo, porque tu voz son los gritos de las desesperadas.	Fotografía de la lápida de Isabel Aparicio Sánchez
07/08/16	La Policía asesina con total impunidad: Iñigo Cabacas, inmigrantes, etc. Pero Pablo Iglesias dice que nos protegen.	No consta
24/12/16	Un año más con la mafiosa y medieval monarquía, insultando a la inteligencia y a la divinidad con dinero público. Parece mentira.	No consta

En dichos tuits y vídeos se cita como referente a: Juan Martín Luna miembro de los GRAPO que falleció en un enfrentamiento con la policía en diciembre de 1982; Isabel María Aparicio Sánchez, con DNI 01398343-N que fue detenida en octubre de 1979 como miembro de la organización terrorista GRAPO; Joseba Arregui era miembro de ETA militar el 13 de febrero de 1981 cuando falleció en dependencias policiales; María Victoria Gómez Méndez, con DNI 36005894-S ha sido condenada por diversos delitos de terrorismo en sentencias de la Audiencia Nacional y de Tribunales franceses de 22/05/1981, 30/04/1982, 13/06/1991, 29/04/2004, 25/11/2008, 02/10/2010 y de 01/10/2012. Ignacio Varela Gómez, titular del DNI 44408856-L fue condenado en sentencias de la Audiencia Nacional de 13/03/2006, 14/02/2007, 12/03/2007 por delitos de terrorismo. 2. Así mismo el acusado PABLO RIVADULLA DURÓ con fecha de 26 de agosto de 2016 publicó en el perfil Pablo Hasel de la Youtube un vídeo de 5 minutos y 19 segundos de duración con el título "Pablo Hasel ... Juan Carlos el Bobón" en las que aparecen diversas imágenes y cortes de voz del Rey emérito Juan Carlos I, así como una imagen de la cabeza del Rey Felipe VI, que surge del interior de la cabeza de su padre, que a su vez sale del interior de una cabeza de Francisco Franco, todo ello con el fondo de una canción escrita e interpretada por el acusado. A fecha de 30 de agosto de 2016 había tenido 5.417 visualizaciones. La letra de la canción contenida en dicho video es la siguiente: *"Cuántos millones y millones... han saqueado y derrochado durante tantos años... tantos miembros de la familia real. Luego los psicópatas que nos gobiernan dicen que no hay dinero... para derechos de primera necesidad. Pero tienen los años contados... se acerca la república popular. Es es la historia de Juan Carlos el Bobón que*



*quieren ocultar... Contar quien es y que hace es delito, apuntaba maneras cuando mató a su hermano Alfonsito (risas). Quien se cree que fue un accidente... ni Maruhenda imaginando a Rajoy desnudo cuando miente. Torrente es un santo al lado de Juanea, ya denunciaron que a Sofía maltrata. Que legitimidad tiene el heredero de Franco que en juergas y putas nuestra pasta está tirando. Se ríe de su impunidad en un chalé de Suiza. Imagínalo borracho diciendo "que buena mi hija". Con la pija de su amante recuerda cazas de elefantes mientras aumenta el hambre y no hay justicia que lo cace. A la cárcel van los pobres y no la infanta Cristina, pero medio país le desea la guillotina. A/o sabe ni hablar, "porqué no te callas". A mí no me cierra la boca semejante canalla. Juan Carlos el Bobón, capo mafioso saqueando el reino español. En televisión vomitan que es útil, si claro, pa su camello y pal dueño del puti. Juan Carlos el Bobón, tomará su palacio la revolución. No... no habrá Guardia Real que evite que los republicanos juzguemos a Felipe. Procrear con miembros de la misma familia pasa factura, ya procura la censura proteger su caradura. Haga lo que haga lo alaba la Guardia Civil y lo arregla con un "me he equivocado y no volverá a ocurrir". Tertulianos a sus servicio lo amparan diciendo que una república saldría más cara. Te preguntas como puede manipular tanto... si... pues por todo lo que tienen en el banco. Dicen en la tele pública "que mona va la princesa"... el pueblo quiere república ese debate no les interesa. Silencia sus negocios sucios en Arabia Saudí y por contarlos quieren condenarme a mí. Les venden armas que van al ISIS, lucha contra el yihadismo más falsa que la salida de la crisis. No soy un súbdito, no me someto apestoso cacique tu trono obsoleto no merece respeto, pronto se irá a pique. Juan Carlos el Bobón, capo mafioso saqueando el reino español. En televisión vomitan que es útil, si claro, pa su camello y pal dueño del puti. Juan Carlos el Bobón, tomará su palacio la revolución. No... no habrá Guardia Real que evite que los republicanos juzguemos a Felipe. Viva la república popular de la clase trabajadora. Una vez más contando la verdad y que los censores se yodan. 2016 y aún como anarquía parece el medievo mientras nos explotan y el Bobón entre lujos se rasca los huevos. Falso demócrata, mano a mano con la oligarquía fascista, para ir de jefe le vino muy bien el autogolpe del 23F. Utilizando al pelele convencido de Tejero... pa maquillarse con cuatro reformas superficiales y ganar aún más dinero. Juan Carlos el Bobón se librará como el fascista de Fraga, pero sus herederos picarán piedra por tanto crimen que no pagan... cada parásito será juzgado. La historia no perdona ni a la escoria con corona y cada oprimido será juez de una jodida vez. El futuro será republicano y Juan Carlos el borracho tirano, será recordado como la basura mafiosa que es. Juan Carlos el Bobón, tomará tu palacio la revolución ". Dichos mensajes y vídeos fueron publicados por medio del citado perfil de la titularidad y administración del acusado, en abierto, y permanecieron vigentes en las redes hasta la detención de este".*

**SEGUNDO.-** La citada Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dictó el siguiente Fallo:

"Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a: Pablo Rivadulla Duró, como autor de un delito responsable ya definido, de: I.- Enaltecimiento del terrorismo, con la agravante de reincidencia, a las penas de DOS AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN y multa de 15 meses a razón de 30 euros día, con responsabilidad subsidiaria de 6 meses. Asimismo se le impone la pena accesoria de inhabilitación absoluta, e inhabilitación especial para profesión u oficio

educativos en los ámbitos docente, deportivo y de tiempo libre por el periodo de 6 años. Igualmente se le impone la pena de dos años de libertad vigilada. II.- Injurias y calumnias contra la Corona y utilización de la imagen del Rey, la pena de DOCE MESES de multa con una cuota diaria de 30 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de 6 meses. III.- Injurias y calumnias contra las Instituciones del Estado, la pena de multa de QUINCE MESES, con una cuota diaria de 30 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 7 meses y 15 días. Se imponen las costas al acusado. Contra esta sentencia cabe recurso de apelación ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, previa preparación del mismo ante este Tribunal en el plazo de los cinco días siguientes al de la última notificación".

A la anterior sentencia se formuló un Voto Particular con la siguiente consideración: " ..... Por ello considero que Pablo Rivadulla Duró debe ser absuelto de los delitos por los que viene acusado, con declaración de las costas de oficio".

Contra la anterior sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se interpuso recurso de apelación ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, que con fecha 14 de septiembre de 2018 dictó sentencia que contiene el siguiente fallo:

"DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de PABLO RIVADULLA DURÓ contra la sentencia dictada en fecha 2 de marzo de 2018 por la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional en su causa rollo de Sala nº 5/2017 de que dimana el presente, CONFIRMANDO dicha resolución, salvo en lo que se refiere a la pena concreta por el delito de enaltecimiento del terrorismo, que se reduce a la de 9 meses y 1 día de prisión y una multa de 168 días, con cuota diaria de 30 euros y responsabilidad subsidiaria, para caso de impago, de 84 días de privación de libertad, con declaración de las costas de esta instancia de oficio, excepto en lo que se refiere al incidente de recusación acumulado, debiendo imponérsele al acusado por él el equivalente a una multa de 500 pesetas (sic) en euros. Notifíquese la presente resolución a las partes, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer ante esta misma Sala de Apelación de la Audiencia Nacional recurso de casación para ante la sala 2ª del Tribunal Supremo en el improrrogable término de los cinco días siguientes al de la última notificación y una vez firme, llévese certificación al rollo de sala, anótese en los registros correspondientes y remítase testimonio junto con las actuaciones originales a la Sala de lo Penal de procedencia, archivándose el rollo de esta".

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley por la representación del acusado **D. Pablo Rivadulla Duró** 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.

**CUARTO.-** El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. PABLO RIVADULLA DURÓ**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- El motivo primero es la consecuencia inmediata de lo previsto en el art. 849. 1º de la LECrim, es decir, no se discute la autoría de las actuaciones realizadas por D. Pablo Rivadulla ni de sus mensajes difundidos en su perfil de la red social Twitter, sino que para resolver el presente recurso tendremos que analizar si lo actuado constituye o no infracción penal sustantiva.

Segundo.- Inexistencia de delito de enaltecimiento del terrorismo.

Tercero.- Inexistencia de delito de injurias y calumnias a la corona.

Cuarto.- Inexistencia de delito de injurias y calumnias a las instituciones del Estado.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, impugnó el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 24 de marzo de 2020, prolongándose los mismos hasta el día de hoy.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación procesal de Pablo Rivadulla Duró, contra la sentencia nº 5/2018 de 14 de septiembre, dictada por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

**SEGUNDO.-** 1 y 2.- Al amparo del art. 849.1º de la Lecrim. por inexistencia de delito de enaltecimiento del terrorismo.

Esta Sala ha reiterado (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 849/2013 de 12 Nov. 2013, Rec. 10038/2013, STS. 121/2008 de 26.2) que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim. ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que, a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Con ello, nos debemos sujetar al hecho probado sobre lo que el recurrente cuestiona que no se ha cometido un delito del art. 578 CP.

Y en tal caso se recoge que: "...Publicó durante los años 2.014 a 2016 comentarios denigrantes contra distintas instituciones al tiempo que dedica frases y archivos ensalzando a determinadas personas condenadas por delitos de terrorismo. El citado perfil de Twitter tenía en el momento de publicarse los mensajes (Tweets) objeto del presente escrito más de 54.000 seguidores y se han podido encontrar 1.915 Tweets en los que aparecen los términos GRAPO, MONARQUÍA, REY, ETA, TERRORISMO, BILBO, BOMBA, BORBÓN, POLICÍA y GUARDIA CIVIL".

Se relacionan en el relato de hechos probados el contenido de los mensajes difundidos, para añadir que:

"En dichos tuits y vídeos se cita como referente a:

1.- Juan Martín Luna miembro de los GRAPO que falleció en un enfrentamiento con la policía en diciembre de 1982;

2.- Isabel María Aparicio Sánchez, con DNI 01398343-N que fue detenida en octubre de 1979 como miembro de la organización terrorista GRAPO;

3.- Joseba Arregui era miembro de ETA militar el 13 de febrero de 1981 cuando falleció en dependencias policiales;

4.- María Victoria Gómez Méndez, con DNI 36005894-S ha sido condenada por diversos delitos de terrorismo en sentencias de la Audiencia Nacional y de Tribunales franceses de 22/05/1981, 30/04/1982, 13/06/1991, 29/04/2004, 25/11/2008, 02/10/2010 y de 01/10/2012.

5.- Ignacio Várela Gómez, titular del DNI 44408856-L fue condenado en sentencias de la Audiencia Nacional de 13/03/2006, 14/02/2007, 12/03/2007 por delitos de terrorismo”.

El Tribunal de instancia sustenta la condena por delito de enaltecimiento del terrorismo basado en los siguientes parámetros de los que se pueden extraer las siguientes conclusiones o puntos de base para sustentar la condena:

1.- Surge el primer debate acerca de la posible colisión del delito de enaltecimiento del terrorismo con los derechos constitucionalmente establecidos a la libertad de expresión y a la libertad de opinión.

2.- La simple ligazón con la libertad ideológica o de expresión no legitima la conducta per se situándola por definición al margen del Código Penal.

3.- El ejercicio de la libertad de expresión y opinión cuenta con algunas barreras. O por decirlo con fórmula más afortunada, está condicionado por otros derechos y exigencias constitucionales. Entre ellos desempeñan un papel no desdeñable el respeto al otro (humillación víctimas) y la prohibición

de conductas de alabanza de actividades terroristas que alimente un clima favorable a su reproducción o se constituya en germen, remoto pero real, de nuevas acciones de esa naturaleza, acciones que cuartejan los pilares del Estado de derecho.

4.- Las acciones que se penalizan en el art. 578 CP constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas.

5.- ¿Qué es lo que se persigue con esta tipificación penal?

a.- No se trata con toda evidencia de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional.

b.- Tampoco prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad.

c.- Se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las 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 un claro reproche penal.

6.- Conductas que sanciona el precepto:

El precepto sanciona dos conductas diferenciables aunque con un denominador común: su referencia al terrorismo.

a.- Por un lado, el enaltecimiento o justificación del terrorismo o sus autores.

b.- Por otro, la emisión de manifestaciones o la realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas.

7.- El castigo por el enaltecimiento del terrorismo. ¿Qué se persigue con su punición?

a.- Persigue la justa interdicción de lo que se ha destacado por:

1.- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (vgr. SSTEDH de 8 de Julio de 1999, Sürek vs. Turquía , y de 4 de Diciembre de 2003, Müslüm vs. Turquía),

2.- Tribunal Constitucional (STC 235/2007, de 7 de Noviembre)

3.-Tribunal Supremo (STS 812/2011, de 21 de julio)

Como es el discurso de alabanza o justificación de acciones terroristas.

b.- 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).

c.- El terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de la comunidad que lo sufre.

d.- 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).

e.- El límite en la libertad de expresión, castigando a través de una ley orgánica la apología del terrorismo, está protegiendo los riesgos de propagación de esta ideología patógena, ensalzando a los terroristas y a sus acciones criminales.



f.- El tipo -en cuanto a su primera conducta típica- exige formalmente una actuación del sujeto que suponga justificar delitos de terrorismo o enaltecer a los que hayan participado en ellos.

g.- Supone proclamar que aquellos hechos tipificados como delitos deben considerarse admisibles y no censurables si no obstante su consideración legal, o decir alabanzas de quien se considere participe en su ejecución o atribuirle cualidades de gran valor precisamente, se sobreentiende por razón de tal participación.

h.- La sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el artº 578 suponen 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.

8.- ¿Qué es el riesgo abstracto?

a.- 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".

b.- Se trata de que se debe comprobar si en el comportamiento formalmente ajustado a la descripción típica concurre además algún otro elemento que haga constitucionalmente tolerable la sanción penal.

c.- 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.



d.- Riesgo como aptitud ínsita en la actuación imputada y que va más allá de la mera expresión emotiva, sino que busca incitar a que se apoye y ayude a los que cometen actos de terrorismo.

Pues bien, el Tribunal de apelación, ante el recurso presentado destaca como elementos determinantes de la desestimación del recurso los siguientes que se exponen y que es a lo que se debe remitir la Sala en razón a que es la sentencia recurrida, debiendo analizar:

a) en primer lugar, si la Sala de apelación de la AN, al examinar la sentencia de la Audiencia se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;

b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;

c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;

d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

Pues bien, se destaca sobre este proceso de subsunción y error iuris alegado que:

1.- El delito tiene acogida entre los recogidos en el Título III de la meritada Directiva, en los que esta denomina "Delitos relacionados con actividades terroristas", que, en su Art. 5, bajo la rúbrica de "Provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo" indica que "los Estados

miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos.

2.- Considerando 10º de la Directiva, que señala que "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.

3.- Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas.

Parámetros a tener en cuenta en este caso en relación al *riesgo*:

a.- 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.

b.- También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional", que es lo que interpreta en este caso concreto la resolución recurrida, que acaba entendiendo que efectivamente el acusado pretende justificar cierto tipo de terrorismo, aleccionando en su "bondad" a sus seguidores, con la intención de conseguir que alguno de ellos retome y vivifique el pasado terrorista que ensalza como ejemplo en la trayectoria de varias personas a las que se enaltece por ello, colocando a la sociedad ante el

riesgo de que, nuevamente, pueda someterse a determinados colectivos a su azote.

4.- Requisitos del tipo penal del art. 578 CP:

a.- Exige formalmente una actuación del sujeto que suponga justificar delitos de terrorismo o enaltecer a los que hayan participado en ellos.

b.- Proclamar que aquellos hechos tipificados como delitos deban considerarse admisibles y no censurables, o decir alabanzas de quien se considera participe en su ejecución o atribuirle cualidades de gran valor precisamente, se sobreentiende, por razón de tal participación.

5.- Aplicación al caso concreto:

a.- Pluralidad de mensajes publicados en Internet, con acceso abierto por el acusado al público, reincidente en actos semejantes realizados por él en el Pasado, tienen un indudable carácter laudatorio de las organizaciones terroristas (GRAPO, insurreccionalismo GAC...) y miembros activos de ellas (Ignacio Varela Gómez; María Victoria Gómez Méndez; Mónica Andrea Caballero Sepúlveda y Francisco Javier Solar Domínguez; Isabel María Aparicio Sánchez y Juan Martín Luna).

b.- Esta conducta va más allá de la expresión de coincidencia con objetivos políticos, o camaradería nacida de vínculos ideológicos, simpatía o de la mera crítica social, y que comporta una alabanza, no ya de los objetivos políticos sino de los medios violentos empleados por las citadas organizaciones terroristas y por sus miembros y contienen una incitación a su reiteración que genera un elevado riesgo real de que alguno de los múltiples seguidores en las redes sociales del acusado los intente repetir.

c.- No queda la conducta amparada por la libertad de expresión o difusión de opiniones invocada por el acusado y su defensa, en el entendido de que a los fines del terrorismo resultan extraordinariamente útiles y valiosas las aportaciones de quienes, como el recurrente, ensalzan las acciones,

justifican la violencia y expresan simpatía frente a la eliminación física del disidente siendo ese el *leitiv motiv* que late en los tuits seleccionados entre los redactados por el acusado en los Hechos probados.

d.- No se trata como se pretende en el recurso, de sancionar penalmente una discrepancia respecto de la ideología política o social de otros, sino, dada la forma en que se exterioriza y expresa la discrepancia, de penar la incitación, la provocación y el riesgo que genera de que terceras personas, enardecidas por esas expresiones, retomen la violencia concreta contra instituciones y colectivos reales y determinados de la manera en que lo hicieron los terroristas que se pone de ejemplo.

e.- Elementos objetivos que integran la infracción penal:

1.- La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica el delito de terrorismo.

2.- Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo.

3.- Justificar supone presentar o hacer aparecer como acciones legítimas aquello que es un claro comportamiento criminal de carácter terrorista.

4.- 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. 571 a 577; o

b) cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos.



5.- 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.

6.- La barrera de protección se adelanta, siendo exigida tan solo la mera alabanza o la justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los ejecutaron.

7.- Conducta típica: Consiste en ensalzar, engrandecer, alabar, dignificar, apreciar, mostrar admiración por la actividad terrorista o la justificación, es decir, describir como justo el terrorismo como medio de solución de conflictos, esto es, una relativización o la negación de su antijuridicidad, lo cual puede suponer una cierta identificación con los autores.

8.- El enaltecimiento es algo más que la mera aprobación o el asentimiento y, la justificación es algo más que una mera explicación y, en todo caso, deben estar referidos de forma clara y determinante a la actividad terrorista tipificada como tal en el CP o de quienes hayan participado en su comisión.

9.- La identificación con el ideario terrorista no puede erigirse per se en fundamento de un tipo penal, pero el mismo supone un indicio que, si se ve reforzado con acto inequívoco de alabanza y justificación de la lucha armada terrorista, rellena el espacio del injusto de este delito.

10.- En cuanto a la forma de la comisión se requiere que el hecho sea público, es decir, conocido por la sociedad, cuando menos las expresiones de enaltecimiento y justificación sean accesibles o de dominio público.

f.- Elemento subjetivo del tipo penal:

1.- Debe deslindarse el dolo o propósito del autor del móvil del delito. El tipo penal sólo exige el primero de ellos.

2.- Se comete el delito independientemente de las motivaciones que en su fuero interno pudieran llevar a una persona a actuar del modo en que lo hizo.

3.- Se admite el dolo eventual en algunos casos y según las circunstancias, de tal suerte que el delito se comete si las expresiones tienen los elementos objetivos a los que se refiere.

4.- El elemento subjetivo del injusto, de tal suerte que este último es propiamente el dolo, la conciencia y voluntad de que se está cometiendo un ilícito penal, el cual se constata mediante el examen objetivo de los mensajes publicados, sin que sea posible la integración de los mismos mediante explicaciones posteriores.

g.- Valoración del supuesto concreto:

1.- Muchos de los tuits analizados, que no dejan de ser expresiones escritas, enaltecen y subliman, justificándolo, el terrorismo:

*Expresiones ensalzando conductas terroristas y autores concretos de actos:*

(El pueblo se defiende de su brutalidad y *somos "violentos terroristas"*, ¿Matas a un policía? Te buscan hasta debajo de las piedras. ¿Asesina la policía? Ni se investiga, Detenidos en Galiza por "enaltecimiento del terrorismo" es decir, por decir que hay que luchar contra el estado fascista, Constancia en la lucha, el PC r se dejaba la vida denunciando, Ante el terrorismo de estado, el barrio organizado, Las manifestaciones son necesarias, pero no suficientes, apoyemos a quienes han ido más allá, Estudiantes responden a la brutalidad policial en Euskal Herria, estar en el aparato de propaganda del PCE (r) 12 años sin lucha armada, Lo que no consiguieron es asesinar tu importante legado de lucha, vives más que ellos, No habrá olvido ni perdón...), o las acciones del pasado terrorista de ciertos concretos activistas (Isabel Aparicio, Ignacio Varela Gómez, Victoria Gómez, Mónica y Francisco, Juan Martin Luna, 2 años desde que Isabel Aparicio fue

exterminada por comunista, negándole el estado la asistencia médica en prisión, La condenaron a 12 años de prisión por estar en el aparato de propaganda del PCE (r) 12 años sin lucha armada, Quisieron silenciarte exterminándote y jamás podrán hacerlo, porque tu voz son los gritos de las desesperadas, Nueva carta de la presa política Victoria Gómez, Juan Martin Luna militante del PCE (r) asesinado por la policía por defender nuestros derechos, ....).

*Publicidad.* Se lleva a cabo haciéndolo a través de redes sociales donde el acusado tiene más de 54.000 seguidores, garantizándose una enorme difusión y publicidad ante un colectivo afín, admirador y 4).

*Enaltecimiento de conductas terroristas:* Con una clara intención objetiva de enaltecer esas trayectorias terroristas -métodos violentos-, con potencial riesgo final de que algún seguidor, aleccionado por las expresiones y la justificación del terrorismo que encierran, acabe usando la violencia para conseguir los fines prohibidos en el Art. 573.1 in fine CP.

h.- Generación de un riesgo para la acción del terrorismo y que este sea abstracto y no concreto.

*Los elementos que determinan ese riesgo abstracto se ubican en:*

- a.- El conocimiento de los elementos objetivos del tipo.
- b.- La idoneidad y aptitud para objetivamente convertir las expresiones en enaltecedoras o justificativas del terrorismo.
- c.- El conocimiento de su gravedad.
- d.- La incitación a actuar de manera violenta contra la Corona o las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado.
- e.- No se trata de un mensaje ocasional, sino de una trayectoria continuada.

f.- Es un llamamiento a "ir más allá".

g.- Todo ello determina la previsión y asunción por parte del autor de este riesgo abstracto, que deberá valorarse en virtud de las circunstancias concretas:

1.- autor -artista músico y opinador-,

2.- Destinatarios del mensaje -admiradores del mismo- y

3.- Contexto en que se hace -red social con evidente enorme publicidad-.

h.- La incitación a la violencia terrorista, mediante el enaltecimiento de sus ejecutores o de sus métodos, no puede estar amparado por la libertad de expresión.

i.- El riesgo, aunque sea abstracto, se erige como un auténtico elemento del tipo, configurando el tipo penal que analizamos como un delito de mera actividad que se agota con la realización de la conducta, sin que se exija la producción de resultado distinto del comportamiento mismo, de manera que el riesgo predicado debe encontrarse ínsito en las manifestaciones, que objetivamente deben ser idóneas para la generación de ese riesgo abstracto, para lo cual, como se ha dicho, habrá que tener en cuenta las circunstancias concretas del caso.

j.- Estamos ante un delito de peligro abstracto, esto es aquel en que la «peligrosidad se supone inherente a la acción, salvo que se pruebe que, en el caso concreto, quedó excluida de antemano», lo que exige que el comportamiento determinado sea de hecho peligroso objetivamente ex ante, idóneo en el momento de la acción para producir el menoscabo lesivo aunque no se requiera tampoco una concreta puesta en peligro ex post".



k.- Sería ilegítima la injerencia en el ámbito de la libertad de expresión del acusado, y, en consecuencia, una condena por esta norma, cuando ni siquiera de manera indirecta, las manifestaciones enjuiciadas, supusiesen una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades, pero no lo es la hecha en la sentencia aquí recurrida, porque en ella se pondera el riesgo abstracto de que algunas de las expresiones consignadas en la red social, atendida por tantas personas - 54.000- pueda conllevar a que alguna de ellas, por admirar al autor o por entender justificado el acto, imite la violencia mortal de los ejemplos de terroristas puestos como modelo.

l.- Las expresiones delictivas integran un incentivo indirecto al lector potencial a apreciar de manera positiva la realización de un acto criminal.

"Aptitud" es la habilidad o postura que posee una persona o cosa para efectuar una determinada actividad.

El riesgo se dará cuando las manifestaciones públicas sean aptas o idóneas para desplegar una actividad, y por ello se debe valorar esa aptitud o idoneidad en sí misma y en función de las circunstancias. En el caso, lo conforma dirigirse a múltiples admiradores justificando actividades violentas execrables contra colectivos que se demonizan, incitándoles a reaccionar de modo violento contra ellos y poniendo ejemplos reales de cómo hacerlo en terroristas concretos que han actuado en un entorno de entre 5 y 20 años antes.

ll.- Se trata de tutelar la seguridad colectiva, tanto de las personas como de los bienes, entendiéndola como la creación de un clima de garantía social en el que no se verán amenazados los bienes jurídicamente protegidos, sean individuales o colectivos.

m.- Se trata de delitos de peligro abstracto en los que es necesario establecer el llamado "grado de probabilidad", esto es el llamado juicio de peligro, algo no ausente de dificultad.

Se incide en que el autor de las mismas ya ha sido condenado con anterioridad por el mismo delito en un pasado reciente; que es persona con gran séquito de seguidores en las redes sociales, de manera que, al publicarse los mensajes enjuiciados, tenía en Twitter más de 54.000 seguidores; que en los analizados aparecen 1.915 tuits con los términos GRAPO, MONARQUÍA, REY, ETA, TERRORISMO, BILBO, BOMBA, BORBÓN, POLICÍA y GUARDIA CIVIL; que ese colectivo significado destinatario ha sufrido muchos de los ataques terroristas de algunos de los miembros activistas ensalzados y que lo hace en redes sociales de máxima difusión, masivamente y al alcance de cualquiera.

n.- En los delitos de peligro abstracto materiales, en definitiva, el legislador parte de que una conducta es peligrosa para el bien jurídico protegido de acuerdo con las reglas de la experiencia, no siendo necesario que en el caso concreto se demuestre que el bien jurídico haya corrido peligro.

ñ.- En el presente caso se ensalza -por meramente compartir su uso antidemocrático de la violencia para imponer creencias- a determinados militantes del GRAPO —PCE ® o del insurreccionalismo GAC condenados por acciones violentas contra determinadas personas con móvil terrorista: Ignacio Varela Gómez; María Victoria Gómez Méndez; Mónica Andrea Caballero Sepúlveda y Francisco Javier Solar Domínguez; Isabel María Aparicio Sánchez y Juan Martín Luna.

o.- Con las expresiones recogidas en su conjunto en los Hechos probados en la sentencia de la instancia, se constata que se enalteció la trayectoria delictiva de varias personas exclusivamente en razón a su involucración en execrables delitos terroristas, siendo ese únicamente el aspecto curricular de las mismas que se pretendió loar y resaltar, y que la intención al hacerlo de forma reiterada y pública, en redes sociales con miles de seguidores, por persona ya condenada por lo mismo en el pasado, fue intentar que alguno de sus lectores asumiera el discurso del odio que así propagaba para ver si reanudaba la acción violenta terrorista con alguno de los fines que el Art. 573 CP señala, que justificaba, poniendo en riesgo, a la

mayoría pacífica de la población, de sufrir de nuevo el azote de facciones terroristas en fase de superación.

Con ello, se debe concluir en orden a la desestimación de los dos primeros motivos que:

1.- La libertad de expresión y opinión no están amparadas por conductas insertas en el tipo penal del art. 578 CP y con una relación de hechos probados como los expuestos respecto a los cuales la sentencia de apelación razona y motiva la perfecta y adecuada ubicación de los hechos en el tipo penal.

2.- Los mensajes publicados y difundidos no se trata de una mera expresión de coincidencia, o discrepancia, con objetivos políticos, o camaradería nacida de vínculos ideológicos, simpatía o de la mera crítica social. Se trata de una difusión de mensajes que justifican la violencia y expresan simpatía frente a la eliminación física del disidente, incitando a la violencia mediante el recuerdo de personas relacionadas con actividades terroristas y ensalzando conductas que han causado grave daño al país y a muchas víctimas del terrorismo.

3.- Recuperar la filosofía del terrorismo mediante manifestaciones que lo alaben y ensalcen supone el riesgo abstracto de que se cometan estos hechos de nuevo, aunque de forma aislada. Se rememora con anhelo. No supone una mera plasmación de confrontación ideológica. No se queda ahí. Es un plus añadido a la mera discrepancia.

Esta Sala señaló en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 79/2018 de 15 Feb. 2018, Rec. 939/2017 que “el tipo -en cuanto a su primera conducta típica- exige formalmente una actuación del sujeto que suponga justificar delitos de terrorismo o enaltecer a los que hayan participado en ellos. Es decir, proclamar que aquellos hechos tipificados como delitos deban considerarse admisibles y no censurables si no obstante su consideración legal, o decir alabanzas de quien se considera partícipe en su

ejecución o atribuirle cualidades de gran valor precisamente, se sobreentiende, por razón de tal participación”.

4.- Se condena la conducta para sancionar lo que lleva a cabo el recurrente con sus mensajes, que es:

a.- La incitación

b.- La provocación y

c.- El riesgo que genera de que terceras personas, enardecidas por esas expresiones, retomen la violencia concreta contra instituciones y colectivos reales.

*Libertad de expresión versus enaltecimiento del terrorismo*

5.- *Los parámetros del alcance de la “libertad de expresión” y la “opinión política o ideológica”.*

a.- La libertad de expresión se reconoce como un derecho humano en virtud del artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y se reconoce en el derecho internacional de los derechos humanos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). El artículo 19 de la DUDH establece que "todos tendrán derecho a opinar sin interferencia" y "todos tendrán derecho a la libertad de expresión, este derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo, independientemente de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impreso, en forma de arte, o por cualquier otro medio de su elección".

Esta libertad de expresión del Artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y el Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Artículo 9 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no puede “abrazar” conductas como las declaradas probadas tendente a enaltecer el terrorismo y la violencia. Con base en los argumentos de John Milton, la libertad de expresión se entiende como un derecho

multifacético que incluye no solo el derecho a expresar o difundir información e ideas, sino también tres aspectos más:

- 1.- El derecho a buscar información e ideas.
- 2.- El derecho a recibir información e ideas.
- 3.- El derecho a impartir información e ideas.

No es esto lo que se ha llevado a cabo por el recurrente.

b.- Las expresiones del recurrente no suponen una crítica a los gestores públicos.

c.- En este caso se debe ponderar el hecho de que los expresados tuits no son susceptibles de ser interpretados como producto de la intencionalidad crítica en el terreno político y social. No se trata de exponer una crítica. De ser así nos encontraríamos ante la libertad de expresión como ha expuesto el Tribunal Constitucional en el denominado “caso Strawberry”. (Sentencia 35/2020, de 25 de febrero).

Los mensajes no se dirigían a personas que ostentaban la condición de personajes públicos en el momento en que los actos comunicativos tuvieron lugar; y que, en uno de los casos, había tomado posición en favor de un determinado partido político, como apunta el TC, sino que ensalzan actuaciones de personas relacionadas con actos terroristas, alaban sus conductas y postulan su seguimiento y continuarlas para ir “más allá”.

d.- Esta Sala considera y tiene en cuenta la dimensión institucional de la libertad de expresión, como se desarrolla a continuación, pero no puede concluirse esta ponderación o alcance de aplicación a supuestos distintos de aquellos en los que está previsto que se aplique. Y la libertad de expresión no puede utilizarse como “paraguas” o “cheque en blanco” para ensalzar autores relacionados con el terrorismo fomentando sus actividades y ensalzándolas. No se trata de ataques a gestores públicos o crítica ideológica.

e.- Se pondera en este caso claramente por el Tribunal de apelación cuál es la intención del recurrente, que no era meramente irónica, provocadora o sarcástica, al emitir el recurrente sus mensajes en relación con su trayectoria profesional como artista y personaje influyente, sino que se trata de un “exceso punible” en la conducta desplegada.

f.- Hemos señalado con reiteración que el delito de enaltecimiento no solo es un límite al derecho a la libertad de expresión, sino que conforma su contenido, de tal suerte que el legislador expulsa del mismo expresiones y manifestaciones que enaltezcan o justifiquen las actividades terroristas.

g.- No se puede concebir que “todo” acto que se describa en la forma que se expresa en los hechos probados puede tener abrigo o cobertura en la “libertad de expresión”, salvo que queramos concebir que esta libertad lo es para incitar o provocar al regreso a épocas pasadas en donde se realizaron actos graves terroristas que causaron grave daño a la sociedad española y directamente a las víctimas que la sufrieron con elevado número de vistas.

h.- No puede entenderse que alentar, jalear, aplaudir estos actos pueden tener amparo en la “libertad de expresión”, salvo que queramos abrir la puerta de este término a actos como los probados en donde se enaltecen actos terroristas.

i.- Si así fuera y abriéramos la puerta de forma extensiva a la libertad de expresión a hechos como los presentes se dejaría sin efecto y sin cobertura a la tipicidad del art. 578 CP; y no es este el papel ni el rol de la Administración de Justicia, sino del legislador para introducir o quitar tipos penales en el texto penal. Pero el principio de legalidad y en este caso el de tipicidad nos lleva a admitir que si los hechos son los que quedan probados el enaltecimiento del terrorismo es la consecuencia típica como reproche penal a una conducta en modo alguno amparable en la libertad de expresión.

j.- Ello ha llevado al TC a admitir que (STC 112/2016) “el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los

delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código [delitos de terrorismo] o de quienes hayan participado en su ejecución, supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades".

k.- No puede tener cobertura en la libertad de expresión que se haga, no para tal expresión emotiva, sino, más allá, para la racional finalidad de procurar que el mensaje, al menos indirectamente, mueva a otros a cometer delitos de terrorismo.

l.- Lo relevante es que en este caso se exhiben como ejemplo a seguir las trayectorias de varios criminales condenados por terrorismo de sangre y la valoración del riesgo de que puedan cometerse actos terroristas ha de examinarse de acuerdo con las pautas.

ll.- No hay libertad de expresión cuando el exponente que se refleja en los mensajes públicos son violentos y tienen un claro carácter de incitar a la violencia poniendo el referente del terrorismo.

Se recoge en la sentencia que:

“Ejemplos como:

*Orgulloso de quienes respondieron a las agresiones de la policía; El pueblo se defiende de su brutalidad y somos "violentos terroristas"; ¿Matas a un policía? Te buscan hasta debajo de las piedras. ¿Asesina la policía? Ni se investiga; Detenidos en Galiza por "enaltecimiento del terrorismo" es decir, por decir que hay que luchar contra el Estado fascista; Constancia en la lucha; el PC se dejaba la vida denunciando; que suelten a la familia real sin escoltas por nuestras calles; ante el terrorismo de Estado, el barrio organizado; se iba a enterar la policía; es para...; las manifestaciones son necesarias, pero no suficientes; apoyemos a quienes han ido más allá; estudiantes responden a la*

*brutalidad policial en Euskal Herria; PCE (r) 12 años sin lucha armada; no habrá olvido ni perdón; tienen los años contados; no hay justicia que lo cace; pronto se irá a pique; tomará su palacio; sus herederos picarán piedra ) rezuman violencia, a veces ni siquiera solapada”.*

m.- No hay libertad de expresión cuando no se trata de mera crítica política o ideológica, sino que se entra en el terreno de la violencia. Amparar la violencia no puede ser entendido como libertad de expresión. Dar cobertura a la difusión de tuits que amparar, promueven, jalean, provocan, e incitan a la violencia, y rescatan las alabanzas a autores relacionados con el terrorismo no puede quedar enmarcado en la libertad de expresión, salvo que quisiéramos dar un alcance *erróneo y desviado* de lo que es la libertad de expresión.

n.- Ensalzar conductas y actividades terroristas no puede ubicarse en la libertad de expresión de pensamiento por diferir del ideario ideológico de otras personas. En modo alguno. Salvo que confundiéramos lo que es la libertad de expresión y denominemos con esta referencia lo que es el fomento e incitación de actividades terroristas.

ñ.- Pero si lo que está probado es lo que el Tribunal de instancia ha declarado probado y lo que el Tribunal de apelación ha valorado racionalmente no puede hablarse nunca, en ningún caso, de libertad de expresión.

o.- Determinadas restricciones a la libertad de expresión pueden ser no sólo legítimas, sino hasta necesarias ante conductas que puedan incitar a la violencia o, como sucede en la humillación a las víctimas, provocar un especial impacto sobre quien la sufre en un contexto terrorista.

p.- Existe en este caso un claro potencial ofensivo del discurso que incita al odio constatado en los hechos probados y se ha reconocido como un límite justificado a la libertad de expresión, aun cuando no haya provocación a la violencia o al delito, si bien se debe atender al contexto y a la intencionalidad, la condición del emisor, así como a las posibles consecuencias del discurso.



q.- La libertad de expresión no es, en suma, un derecho fundamental absoluto e ilimitado, sino que tiene lógicamente, como todos los demás, sus límites, de manera que cualquier expresión no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional.

r.- La libertad de expresión comprende la libertad de crítica, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática. Los hechos probados no suponen una crítica, ni una opinión, ni un uso democrático de las redes sociales. Se trata de un enaltecimiento de conductas violentas y buscar reforzar el ideario de quienes llevaron a cabo actos terroristas por su ensalzamiento. Esto no es libertad de crítica o política, o estar en contra de las instituciones. No supone un ataque institucional o al Estado. Supone mucho más. Y ello conlleva reproche penal.

s.- La libertad de expresión que se reclama entra en conflicto con los derechos a vivir en paz y tranquilidad en una sociedad no violenta, lejos de lo que se propone, provoca e incita en los mensajes el recurrente.

t.- No existe en este caso un asociacionismo de la libertad de expresión con la libertad de crítica o encasillar estas conductas con una denominada “libertad artística”. No es arte en modo alguno lo que se recoge en los hechos probados. Es difusión y provocación del mensaje violento de amparo al terrorismo con aptitud, idoneidad y eficacia en el modus operandi utilizado.

u.- El discurso del odio no es “libertad de expresión”.

v.- El contenido de los hechos probados no supone una conducta que, simplemente, moleste, inquiete o disguste a quien se dirige, sino que es mucho más. Es un enaltecimiento del terrorismo. Y esta conducta no puede tener el amparo del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, porque el contenido de los hechos probados es todo lo contrario a la tolerancia y al espíritu de apertura, sino al apoyo a la provocación e incitación y potencia de

las conductas violentas y terroristas, asociándolo como si fuera el “ejemplo a seguir” en la relación de personas implicadas en terrorismo.

w.- Hemos señalado en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 221/2017 de 29 Mar. 2017, Rec. 1998/2016 que

“En lo que hace referencia a que la libertad de expresión entraña la posibilidad de manifestar sin impedimento, las opiniones, sentimientos o creencias que se profesan, no puede resolverse el conflicto otorgando a este derecho subjetivo un alcance ilimitado, como tampoco puede concederse una acrítica protección al interés tutelado por la ley penal. Dado que el ejercicio de los derechos está sujeto a que se desarrollen dentro de los límites constitucionales propios de la sociedad democrática en la que se ejercen, no puede prescindirse de una evaluación sobre la presencia o no de excesos en su disfrute.

Y en ese análisis, 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 el Tribunal Constitucional (STC 235/2007, de 7 de Noviembre) y esta misma Sala (SSTS 812/2011, de 21 de julio o 4/2017, de 18 de enero) vienen destacando 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 (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 y 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)".

x.- El TEDH ha señalado recientemente en sentencia de 13 de Marzo de 2018 que “el apartado 2 del artículo 10 del Convenio, vale no sólo para las “informaciones” o “ideas” acogidas favorablemente o que se consideran inofensivas o resultan indiferentes, sino también para las que hieren, ofenden

o importunan: así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna “sociedad democrática” (Handyside c. Reino Unido, 7 de diciembre de 1976, § 49, serie A no 24, y Lindon, Otchakovsky-Laurens y July c. Francia [GS], no 21279/02 y 36448/02, § 45, CEDH 2007-IV). Tal como lo consagra el artículo 10 del Convenio, la libertad de expresión lleva aparejada unas excepciones que requieren sin embargo una interpretación restrictiva, y la necesidad de restringirla debe estar motivada de forma convincente”.

No se trata en este caso de conductas que meramente “hieran, ofendan, o importunan” a la población, sino que no pueden tener amparo en la libertad de expresión por incitar a la violencia y amparar a autores de terrorismo y relacionados con prácticas terroristas con su fomento y reivindicación moral y física. Es conducta con riesgo abstracto.

y.- Señala el TC en esta sentencia que “el artículo 10 § 2 del Convenio no deja apenas margen para restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso y del debate político –en el que esta adquiere la más alta importancia– o cuestiones de interés general”.

No se ha tratado en este caso “de debate político ni ideológico”. Nada más lejos de la realidad. Se trata de expresiones que llevan reproche penal por las características de sus expresiones y su claro dolo eventual y tendencia provocadora a actos de terrorismo, no al ideario político de nadie.

#### 6.- *El riesgo abstracto.*

La clave del contenido de la revisión casacional de la sentencia de apelación es, junto con la mención del factor “libertad de expresión” como contrapunto al tipo penal, el riesgo abstracto al citarse que se produce de forma objetiva en función de:

a.- La literalidad de las manifestaciones vertidas,

b.- La persona del autor,

c.- El cuantioso público al que las dirige,

d.- Las circunstancias concretas señaladas, y

e.- Que con las expresiones recogidas en la sentencia a quo el recurrente persigue desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la Democracia, incitando al uso de la violencia con respecto a un representante del Estado, el Monarca o contra los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado.

f.- Se aprecia también el riesgo abstracto de que algunas de esas manifestaciones y las justificaciones de la actuación de concretas actuaciones terroristas o de la desplegada por los modelos que los puedan constituir, por su aptitud, un incentivo indirecto al lector potencial a apreciar de manera positiva la realización de un acto criminal que pueda acabar debiéndose indirectamente a este enardecimiento a la acción violenta.

g.- El riesgo es evidente. Se constata en el análisis de la sentencia de apelación que “se colocan los mensajes ante 54.000 seguidores, muchos afines a la ideología que implican, como un ejemplo a seguir y singulariza la trayectoria de 6 concretos terroristas, todos condenados por atroces delitos, con la idea de que alguno de sus lectores adopte la decisión de seguir el ejemplo de esa violencia terrorista enaltecida por el opinador líder, seguido por ellos”.

h.- El riesgo va asociado al ensalzamiento y enaltecimiento. Se recoge que se ensalza -por meramente compartir su uso antidemocrático de la violencia para imponer creencias- a determinados militantes del GRAPO — PCE ® o del insurreccionalismo GAC condenados por acciones violentas contra determinadas personas con móvil terrorista.

i.- El alegato del recurrente de “la inexistencia actualmente en España de las organizaciones armadas a las que directa o indirectamente podrían

hacerse referencia en los mensajes publicados (ETA y GRAPO)". no altera la existencia del riesgo, por cuanto lo es en abstracto, no específico o de resultado, o de realidad palpable. Se trata de valorar si el riesgo en abstracto puede deducirse de las expresiones probadas.

Y es que, en efecto, su contenido pone en riesgo la integridad y seguridad de la familia Real y de los cuerpos y fuerza de seguridad no sólo por lo que objetivamente se dice y pretende, sino además porque se trata de múltiples mensajes que se prolongan en el tiempo y que se expanden "en abierto" a sus seguidores. No se trata de tuits ocasionales, ni producto de un momentáneo desahogo o de provocaciones puntuales previas, sino obra de una actitud reiterada en la que el acusado indica a sus 54.000 seguidores lo que está bien y lo que no, quiénes son modelo y quién no, e incitando a actuar violentamente contra la Corona y los Cuerpos policiales.

*Hay riesgo abstracto, no hay libertad de expresión.*

Es evidente que se justifica cierto tipo de terrorismo con la intención de conseguir que alguno de los destinatarios retome las acciones terroristas que ensalza poniendo como ejemplo la trayectoria de personas vinculadas a actos de esta naturaleza, con el riesgo que genera que terceras personas, que reciben esos mensajes, retomen la violencia concreta contra instituciones y colectivos reales y determinados de la manera en que lo hicieron los terroristas que se pone de ejemplo.

Expresiones como "Las manifestaciones son necesarias, pero no suficientes, apoyemos a quienes han ido más allá" junto a la foto de Victoria Gómez, condenada por terrorismo. O la cita de Juan Martín Luna como militante asesinado por la policía por "defender nuestros derechos" o de Isabel Aparicio, exterminada, se dice, por comunista y por lo que "no habrá olvido ni perdón. Lo que no consiguieron es asesinar tu importante legado de lucha, vives más que ellos".

7.- El dolo de estos delitos se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse de una situación

incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 72/2018 de 9 Feb. 2018, Rec. 583/2017).

Se evidencia que no se trata de una situación momentánea, hay reiteración y conducta reiterativa e intencional, aunque no se exija dolo directo, sino que se admita el eventual.

8.- Hay prueba indiciaria que se desprende de los hechos probados que se subsumen en el tipo penal. Lo admite el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 380/2018 de 23 Jul. 2018, Rec. 315/2018.

Los dos motivos se desestiman.

**TERCERO.-** 3 y 4.- Por inexistencia de delito de injurias y calumnias a la Corona y a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

*Injurias y calumnias a la corona. (Núm. 1 y 2 del art. 491 del Código Penal).*

Se ha condenado al recurrente como autor de Injurias y calumnias contra la Corona y utilización de la imagen del Rey, la pena de DOCE MESES de multa con una cuota diaria de 30 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de 6 meses.

Injurias al Rey (art. 491 CP)

Las expresiones que se citan a continuación han constituido el basamento de la condena por este tipo penal, a saber:

“El mafioso del Borbón de fiesta con la monarquía saudí, entre quienes financian el ISIS queda todo

El ladrón del Borbón no debe dar crédito a la impunidad que tiene para burlarse de nosotr@s

Constancia en la lucha hasta que un día el desahuciado sea Felipe de Borbón con toda su familia de parásitos enemigos del pueblo

El mafioso del rey dando lecciones desde el palacio millonario a costa de la miseria ajena. Marca España.

Si tanta monarquía quiere el pueblo como dicen los tertulianos mercenarios, que suelten a la familia real sin escoltas por nuestras calles.

Llaman banda criminal a grafiteros y no a la monarquía. Menudo estado demencial

La monarquía mafiosa que da lecciones a países donde nadie es desahuciado. Comic donde aparece el Rey emérito junto a un saudita decapitando.

Los amigos del reino español bombardeando hospitales mientras Juan Carlos se va de putas con ellos

Mientras llaman terrible tiranía a Cuba donde con menos recursos no se desahucia ocultan los negocios mafiosos del Borbón con Arabia Saudí

El estado español dando armas a los criminales amigos de la monarquía para que puedan bombardear Yemen. Que se sepa.

Ada Colau no le llamara criminal al Rey por vender armas a Arabia Saudí o vivir a todo lujo a costa de la miseria, criminaliza la huelga

Un año más con la mafiosa y medieval monarquía

Además, la letra de la canción contenida en un video reza entre otras expresiones:

“Cuantos millones y millones... han saqueado y derrochado durante tantos años... tantos miembros de la familia real.

Luego los psicópatas que nos gobiernan dicen que no hay dinero... para derechos de primera necesidad.

Pero tienen los años contados... se acerca la república popular. Es la historia de Juan Carlos el Bobón que quieren ocultar... Contar quien es y que hace es delito, apuntaba maneras cuando mató a su hermano Alfonsito (risas).

Quien se cree que fue un accidente... ni Maruhenda imaginando a Rajoy desnudo cuando miente.

Torrente es un santo al lado de Juanea, ya denunciaron que a Sofía maltrata.

Que legitimidad tiene el heredero de Franco que en juergas y putas nuestra pasta está tirando.

Se ríe de su impunidad en un chalé de Suiza.

Imagínalo borracho diciendo "que buena mi hija".

Con la pija de su amante recuerda cazas de elefantes mientras aumenta el hambre y no hay justicia que lo cace.

A la cárcel van los pobres y no la infanta Cristina, pero medio país le desea la guillotina.

A/o sabe ni hablar, "porqué no te callas". A mí no me cierra la boca semejante canalla.

Juan Carlos el Bobón, capo mafioso saqueando el reino español.

En televisión vomitan que es útil, si claro, pa su camello y pal dueño del puti.

Juan Carlos el Bobón, tomará su palacio la revolución.

No... no habrá Guardia Real que evite que los republicanos juzguemos a Felipe.

Procrear con miembros de la misma familia pasa factura, ya procura la censura proteger su caradura").

Haga lo que haga lo alaba la Guardia Civil y lo arregla con un "me he equivocado y no volverá a ocurrir".

Tertulianos a sus servicios lo amparan diciendo que una república saldría más cara.

Te preguntas como puede manipular tanto... si... pues por todo lo que tienen en el banco.

Dicen en la tele pública "que mona va la princesa"... el pueblo quiere república ese debate no les interesa.

Silencia sus negocios sucios en Arabia Saudí y por contarlos quieren condenarme a mí.

Les venden armas que van al ISIS, lucha contra el yihadismo más falsa que la salida de la crisis.

No soy un súbdito, no me someto apestoso cacique tu trono obsoleto no merece respeto, pronto se irá a pique.

Juan Carlos el Bobón, capo mafioso saqueando el reino español.

En televisión vomitan que es útil, si claro, pa su camello y pal dueño del puti.

Juan Carlos el Bobón, tomará su palacio la revolución.



No... no habrá Guardia Real que evite que los republicanos juzguemos a Felipe.

Viva la república popular de la clase trabajadora.

Una vez más contando la verdad y que los censores se yodan.

2016 y aún como anarquía parece el medievo mientras nos explotan y el Bobón entre lujos se rasca los huevos.

Falso demócrata, mano a mano con la oligarquía fascista, para ir de jefe le vino muy bien el autogolpe del 23F.

Utilizando al pelele convencido de Tejero... pa maquillarse con cuatro reformas superficiales y ganar aún más dinero.

Juan Carlos el Bobón se libraría como el fascista de Fraga, pero sus herederos picarán piedra por tanto crimen que no pagan... cada parásito será juzgado.

La historia no perdona ni a la escoria con corona y cada oprimido será juez de una jodida vez.

El futuro será republicano y Juan Carlos el borracho tirano, será recordado como la basura mafiosa que es.

Juan Carlos el Bobón, tomará tu palacio la revolución".

Señala el recurrente que "se hace una reprobación de diferentes conductas del anterior Jefe del Estado que por otro lado son de público conocimiento y que parcialmente detallamos en nuestro recurso de apelación, conductas que en algunos casos de no gozar el Rey Emérito de la protección constitucional de la que disfruta, podría suponer, al menos indiciariamente, la incoación de un proceso penal".

"Si el Rey Emérito mantiene relaciones económicas con regímenes reprobables como el de Arabia Saudí o si ha obtenido unos ingresos millonarios aprovechando su condición de Jefe del Estado, entendemos que las expresiones de "capo mafioso" o "ladrón" entran dentro del derecho a la libertad de expresión amparado por nuestra CE, porque, insistimos, la protección constitucional de la que gozan los miembros de la Corona no es un cheque en blanco para acallar cualquier conducta reprochable de sus componentes.

...

La posición de neutralidad del Rey en el debate político, de árbitro y de símbolo de la unidad del Estado, no lo pone al abrigo de toda crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales o -como en los hechos enjuiciados- en tanto que representante del Estado, al que simboliza, en particular de parte de aquéllos que contesten legítimamente las estructuras constitucionales de este Estado, incluyendo su régimen monárquico”.

En modo alguno puede admitirse que formar parte de la monarquía suponga una servidumbre de carga que obliga a aceptar la emisión pública de injurias y calumnias vertidas con publicidad con un amplio público que pueda visualizarlas como queda probado en cuanto a la difusión y publicidad que hace el propio recurrente con sus mensajes.

Constan en los hechos probados expresiones tales como *“El mafioso del Borbón” de fiesta con la monarquía saudí, entre quienes financian el ISIS queda todo*, *“El ladrón del Borbón” “Monarquía mafiosa”, capo mafioso saqueando el reino español, Les venden armas que van al ISIS*

Estas expresiones exceden del derecho a la “libertad de expresión” u opinión, y exceden y traspasan la línea divisoria en el marco de expresiones que puedan “herir” o importunar”, en palabras del TEDH a las instituciones, o sus representantes, para entrar en el ámbito del ilícito penal. El hecho probado descrito en las expresiones citadas incluye estas expresiones que no pueden consentirse en una sociedad donde el respeto deba ser la forma de actuar correcta y sus excesos en la medida declarada probada no puede ser admitido bajo ningún amparo. No hay crítica o queja a la monarquía o sus miembros, o incluso a su línea de actuación. Hay frases injuriosas y calumniosas que no pueden tener amparo en la opinión personal del que les expone en red social de amplia difusión. Ni aunque considere que otras personas puedan desaprobado conductas de una persona. Pero una cosa es desaprobado actitudes y otra injuriar y calumniar, porque en estas últimas existe el exceso determinante del ilícito penal.

En ningún modo la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de marzo de 2018 valida y admite que exista esa servidumbre, sino que marca claramente las directrices en orden a la posibilidad de que cualquier persona se le pueda cuestionar o criticar su posición en la vida social y pública. Pero no es el caso que se establece en esta cuestión, sino que se va más allá de la mera crítica pública respecto a la pertenencia a la monarquía y esto es lo que es delictivo y típico en el artículo 490 del Código Penal.

Tampoco puede admitirse, ni se deriva de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de Marzo de 2018, que pertenecer a la monarquía suponga una minusvaloración de los derechos que se tengan a la protección del honor. No se trata de que exista una barrera que no admita crítica la pertenencia a la monarquía, pero sí, al menos, el establecimiento de un plano de igualdad en el sentido de que si un miembro de la monarquía es víctima de injuria o calumnia puede merecer esta conducta el reproche penal que marca el tipo penal del artículo 490.

En el caso de que no se admitiera el reproche penal en supuestos como el presente supondría una anulación de un tipo penal que permite la subsunción en el mismo de los hechos probados que en este caso se citan con expresiones reiteradas tales como *“mafioso”, “ladrón”, “borracho tirano” “basura mafiosa”, “capo mafioso saqueando el reino español” “negocios sucios en Arabia Saudí”, “ya denunciaron que a Sofía maltrata”, “Cuantos millones y millones... han saqueado y derrochado durante tantos años... tantos miembros de la familia real.”, “monarquía mafiosa que da lecciones a países donde nadie es desahuciado”, “negocios mafiosos del Borbón con Arabia Saudí”, “entre quienes financian el ISIS queda todo”, la banda criminal de la monarquía, o incitando a la violencia como “a Cristina, pero medio país le desea la guillotina”, “Juan Carlos el Bobón, tomará su palacio la revolución”, “que suelten a la familia real sin escoltas por nuestras calles”.*

Se trata de expresiones que atentan al honor y que encuentran su ámbito de protección y reproche penal en el art. 491 CP. Recordemos que el art. 18.1 CE garantiza conjuntamente «los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», aunque son diferentes por su objeto

específico, sus límites y sus formas de protección. El bien jurídico que se protege en los delitos de injurias y calumnias es el honor. La doctrina apunta que el honor puede ser interno o externo. El honor interno, sería el «ideal e intangible, que posee el hombre como ser racional y que se identifica con la dignidad de la persona». El honor externo sería el juicio que la comunidad proyecta sobre el individuo, es decir, la reputación o fama social. Ambos tipos de honor han sido objeto de perturbación en este caso con las expresiones proferidas.

El exceso en cuanto a la libertad de expresión es claro y manifiesto.

No puede haber libertad de expresión cuando “se supera la barrera del límite de la mera crítica”, y en este caso se supera con creces. Y lo hacemos ponderando las posibilidades que tendría el uso de la libertad de expresión en una sociedad democrática que debe admitir la crítica o los comentarios que molesten o inoportunen, pero no es este el caso. Se trata de claros y graves ataques al honor de la familia real.

En cuanto a la calumnia consiste en atribuir un hecho falso constitutivo de delito a otra persona, sea éste perseguible de oficio o a instancia de parte, por lo que la doctrina señala que constituye un tipo agravado de la injuria. Y aquí la doctrina destaca que se requiere un temerario desprecio hacia la verdad, que debe entenderse en el sentido de que se requiere el dolo, es decir, el conocimiento eventual (doloso) de que el hecho de que se imputa es falso. Por consiguiente, «para estimar que concurre calumnia, a ese conocimiento ha de añadirse el de que la expresión que se profiere es ofensiva, sin que quepa exigir un ulterior animus injuriandi, ni utilizar este elemento como un criterio delimitador entre dos derechos fundamentales (la libertad de expresión y el honor) cuyos respectivos límites han de trazarse objetivamente» Y es aquí donde claramente se sobrepasa con las expresiones antes citadas claramente referenciales de imputación de delitos que conlleva la comisión de la calumnia.

No existe en las expresiones que se citan ninguno de los “animus” excluyentes de este tipo penal que se citan por la doctrina en casos semejantes, y que serían:

1.- El animus criticandi o propósito de criticar o censurar constructivamente el comportamiento ajeno» (STC 51/1989).

2.- Animus narrandi: Elimina toda injuria por desenvolverse dentro del campo jurídico y de la ética.

3.- Animus iocandi: cuando hay una expresión deshonrosa pero dentro de un espíritu de amistad o de broma que excluye toda intencionalidad de ofender. En el caso de la calumnia, hablaríamos del animus difamandi o voluntad de difamar.

Pero sí el Animus injuriandi: es la intención específica de injuriar, de promover en la sociedad el rechazo social hacia una persona mediante una expresión de desprecio, vejativa, pretendiendo el autor causar un daño en el honor del ofendido a través de la imputación (STC 170/1994). Y, además, como se sostiene por la doctrina, la calumnia es un supuesto agravado de la injuria. Se trata de una ofensa al honor a la que hay que añadir la imputación de un delito que puede suponer la posibilidad de que la autoridad judicial instruya el correspondiente sumario contra el agraviado.

Pues bien, lo que el TEDH ha destacado en la sentencia de fecha 13 de Marzo de 2018 es que:

“... En materia de insulto contra un Jefe de Estado, el TEDH ya ha declarado que una mayor protección mediante una ley especial en materia de insulto no es, en principio, conforme al espíritu del Convenio (Colombani y otros c. Francia, no 51279/99, §§ 66-69, CEDH 2002-V, Pakdemirli c. Turquía, no 35839/97, §§ 51-52, 22 de febrero de 2005, Artun y GÜvener c. Turquía, no 75510/01, § 31, 26 de junio de 2007, y Otegi Mondragón c España, no 2034/07, §§ 55-56, CEDH 2011). En efecto, el interés de un Estado en proteger la reputación de su propio Jefe de Estado no puede justificar que se

le otorgue a este último un privilegio o una protección especial con respecto al derecho de informar y de expresar opiniones que le conciernen t (Otegi Mondragón anteriormente citada§ 55).

El TEDH apunta en primer lugar que el acto que se reprocha a los demandantes se enmarca en el ámbito de la crítica política, y no personal, de la institución de la monarquía en general y en particular del Reino de España como nación. Esta conclusión se manifiesta claramente al examinar el contexto en el que este acto tuvo lugar. Este se produjo con motivo de la visita institucional del Rey de España a Girona, que fue seguida por una manifestación anti monárquica e independentista que tenía como lema “300 años de Borbones, 100 años combatiendo la ocupación española”. Fue después de esta manifestación cuando se produjo una concentración en una plaza de la ciudad donde los demandantes se dirigieron al centro de la misma para dedicarse a la puesta en escena que ha resultado en su condena penal, utilizando una fotografía de los Reyes. Esta controvertida puesta en escena se enmarcaba en el ámbito de un debate sobre cuestiones de interés público, a saber, la independencia de Cataluña, la forma monárquica del Estado y la crítica al Rey como símbolo de la nación española. Todos estos elementos permiten concluir que no se trataba de un ataque personal dirigido contra el rey de España, que tuviera como objeto menospreciar y vilipendiar a la persona de este último, sino de una crítica a lo que el Rey representa, como Jefe y símbolo del aparato estatal y de las fuerzas que, según los demandantes, habían ocupado Cataluña –lo cual atañe al ámbito de la crítica o disidencia política y corresponde a la expresión de un rechazo de la monarquía como institución.

...

El recurso al fuego y la colocación de la fotografía bocabajo expresan un rechazo o una negación radical, y estos dos medios se explican como manifestación de una crítica de orden político u otro.

Un acto de este tipo debe ser interpretado como expresión simbólica de una insatisfacción y de una protesta. La puesta en escena orquestada por los

ahora demandantes, aunque haya llevado a quemar una imagen, es una forma de expresión de una opinión en el marco de un debate sobre una cuestión de interés público, a saber, la institución de la monarquía”.

Existe un exceso en este caso respecto a lo que trata y analiza la STEDH antes citada y los hechos probados en este supuesto en donde no se produce un mero comentario crítico contra el Rey lo que representa, no se trata de una animadversión a la monarquía y su expresión contraria a lo que representa. Y no puede ampararse el recurrente para hacer los comentarios injuriosos en que la conducta que se injuria es conocida.

Se alega que no tienen carácter ni contenido injurioso con respecto a las expresiones de “capo mafioso” o “ladrón”, y se alega que “entran dentro del derecho a la libertad de expresión amparado por la CE, porque la protección constitucional de la que gozan los miembros de la Corona no es un cheque en blanco para acallar cualquier conducta reprobable de sus componentes”.

Se expresa que: “La existencia de fortunas personales no declaradas, las relaciones promiscuas con regímenes oprobiosos, las salidas de tono y la lujosa vida de los miembros de la Corona en un contexto general de aumento de la pobreza o la afinidad de sus miembros con el régimen franquista son temas de interés general; son debates que forman parte de la vida diaria de la sociedad española en todas sus vertientes y generan sentimientos muy encontrados que hacen que, entre otras cosas y de acuerdo a estudios sociológicos independientes, sea una institución desprestigiada en comparación a otros tiempos.

Las expresiones declaradas probadas no suponen “un ámbito de la crítica política, y no personal, de la institución de la monarquía en general y en particular del Reino de España”. Supone un ataque personal y directo a la Casa Real y a sus miembros de modo despiadado, atacando personalmente a los mismos, y no simplemente una mera discrepancia del recurrente hacia la monarquía como institución del Estado. En modo alguno. Y esta conclusión se lleva a cabo ponderando la libertad de expresión y dónde están sus límites, el alcance de la misma y su proyección. Y en esa actitud de ponderación de la

misma y de confrontación de derechos en una sociedad democrática, hay que destacar que, también, en esta misma sociedad democrática en la que se tienen derechos de libertad de expresión existe el mismo derecho de las personas a que no se atente a su honor ni que se les calumnie. Y este es el juego de la ponderación de los derechos de libertad de expresión y el del honor, en donde el exceso exacerbado en el primero entra de lleno en el ataque al segundo.

Todo ello supone un evidente menosprecio a SM el Rey y a la institución que encarna en su persona, afectando al núcleo último de su dignidad por lo que, en este caso, el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión resulta, con toda evidencia, contrario al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, absolutamente innecesario, superándose con mucho lo que pudieran considerarse críticas hirientes, molestas o desabridas, sin que por tanto el art. 20.1 a) y d) CE deban operar como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta, aunque en este caso se refiera a personas que se dedican a actividades públicas. Y es que ser persona pública no supone estar abierto a que se exprese el resto de la sociedad hacia ella en la forma que aquí se ha expuesto. Es una cuestión de límites y en este caso hay exceso grave. Se excede con mucho la barrera de ese límite y no puede encontrar abrigo la conducta del recurrente en la característica de persona pública del afectado, porque no es mera crítica. Es calumnia, injuria y ataque a su honor.

Ya lo dijo el propio TEDH en su sentencia de fecha 18 de Marzo de 2018, al apuntar que: “No se puede afirmar que la libertad de expresión en el ámbito de la crítica política sea sin embargo ilimitada. El TEDH recuerda que la tolerancia y el respeto de la igualdad de la dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y plural. De ello resulta que en principio se pueda juzgar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar, incluso prevenir, todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa), si se vela por que éstas “formalidades”, “condiciones”, “restricciones” o “sanciones” impuestas sean proporcionales a la finalidad legítima perseguida”.



Debemos recordar, y esto es relevante, que la opinión es libre, pero lo que no es libre es el insulto, la calumnia, el ataque a las instituciones del Estado, el menosprecio grave. Destaca la doctrina que el objeto de la libertad de expresión es la difusión de opiniones, ideas, juicios de valor, apreciaciones, etc. que, por su singularidad, sólo están sujetos al límite de que no se trate de expresiones formalmente injuriosas.

Se incide por la doctrina en que, en otros términos, la libertad de expresión comprende el derecho a la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida o ácida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, siempre y cuando, no se incurra en el insulto formal, o en expresiones intrínsecamente vejatorias, como en este caso se ha producido.

Y, con ello, no está permitido atacar a cualquier persona o institución sobre la que no se comulgue con sus ideas, o con su forma de actuar, porque el ataque injurioso o calumnioso no es libertad de expresión.

Y es por ello, por lo que la doctrina recuerda que fuera del ámbito del ejercicio legítimo de la libertad de expresión se encuentran las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, dado que el art. 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás incompatible con la norma fundamental; en consecuencia, lo único que no entra dentro del ejercicio legítimo de la libertad de expresión son las frases formalmente injuriosas o el insulto, ya que ello no entra en los parámetros de la “crítica”.

*Injurias y calumnias a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado  
(art. 504.2 CP)*

Lo mismo que se ha expuesto antes cabe decirlo del tipo penal objeto de condena en el art. 504 CP, ya que suponen los hechos probados ataques a la institución de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en tanto en cuanto tampoco supone una crítica a una institución pública como es la policía, sino que supone ataques injuriosos y calumniosos al desempeño de su función

como representantes del Estado. Porque los agentes de policía en modo alguno tienen una menor protección que cualquier ciudadano. Y por pertenecer al Estado no pueden ser objeto de hechos delictivos de carácter injurioso calumnioso como coste de los hechos probados.

Tampoco se trata de una crítica vertida en cuanto a cómo funcionan las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

También en esta modalidad se va mucho más allá y se introducen en los hechos probados en mensajes que entran dentro del tipo penal del artículo 504.2 del código penal, y que incitan a la violencia, como antes se ha recogido al tipificar los hechos en el art. 578 CP, tales como:

“Orgullosos de quienes respondieron a las agresiones de la policía”.

Ahora van de llorones los antidisturbios cuando han golpeado y torturado siempre a miles y miles de personas, han desahuciado a porrazos, etc.

La policía asesina a 15 inmigrantes y son santitos. El pueblo se defiende de su brutalidad somos "violentos terroristas, chusma"

Policía Nazi-onal torturando hasta delante de las cámaras

¿Matas a un policía? Te buscan hasta debajo de las piedras. ¿Asesina la policía? Ni se investiga bien

¿Guardia Civil torturando o disparando a inmigrantes? Democracia. ¿Chistes sobre fascistas? Apología del terrorismo.

Joseba Arregi asesinado por la policía torturándolo

Policías que te matan a un hijo, siguen impunes y encima piden dinero

Si yo fuera el padre de Iñigo Cabacas se iba a enterar la policía que encima pide dinero por asesinarlo

El policía que mandó disparar provocando el asesinato de Iñigo Cabacas, pide 777.000 euros a la familia por investigarlo. Es para....

La policía siembra racismo y recoge rabia

La policía trata con racismo a los inmigrantes y cuando reciben una hostia en respuesta se hacen las víctimas. El cuento de siempre

Luchar por la educación digna supone que la policía te detenga o abra la cabeza a porrazos, ora vez sucede en Gasteiz

Hoy la policía, enemiga de la democracia, ha abierto cabezas y detenido jóvenes que luchaban por una educación digna

No te vemos tan pesado con los golpes mucho más fuertes de los bombardeos imperialistas o las torturas de la policía

Mónica y Francisco, 12 años de prisión por daños materiales en un a basílica Guardia Civil impunidad por decenas de emigrantes asesinados

Juan Martin Luna militante del PCE (r) asesinado por la policía por defender nuestros derechos

Militante antifascista relata las torturas que sufrió por parte de la policía”.

Vemos que, incluso, en ambos casos, como se apunta en la sentencia de apelación, su contenido, por la vía también del art. 578 analizado en el fundamento precedente, pone en riesgo la integridad y seguridad de la familia Real y de los cuerpos y fuerza de seguridad no sólo por lo que objetivamente se dice y pretende, sino que, además, porque se trata de múltiples mensajes que se prolongan en el tiempo y que se expanden "en abierto" a sus seguidores. No se trata de tuits ocasionales, ni producto de un momentáneo desahogo o de provocaciones puntuales previas, sino obra de una actitud reiterada en la que el acusado indica a sus 54.000 seguidores lo que está bien y lo que no, quiénes son modelo y quién no, e incitando a actuar violentamente contra la Corona y los Cuerpos policiales.

Y en estos dos casos de ataques al Rey y a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, además de hostigamiento verbal contra el Rey y los Cuerpos Policiales, hay concretos actos de apoyo explícito a la violencia que se use contra ellos. De la literalidad de los tuits, en relación con el contexto en que fueron emitidos, como una opinión personal del autor desconectados de lo que podría suponer una crítica política, se puede advertir que aparecen como medio idóneo para suscitar reacciones violentas, minar la confianza en las instituciones democráticas, avivar el sentimiento de desprecio y odio contra esas instituciones y menoscabar la dignidad de las personas. No es libertad de expresión. Es odio y ataques al honor.

*Ponderación de la libertad de expresión ante el caso concreto circunscrito a los hechos probados de los que se desprende la comisión de delitos del art. 578, 504.2 y 491 CP.*

Este concepto de la libertad de expresión es un derecho fundamental o un derecho humano, consagrado en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

En el Artículo 19 de la "Declaración Universal de los Derechos Humanos", se lee: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y de recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

Recordemos, también, que la "Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" de 1969, en el Artículo 13. señala:

*"Libertad de pensamiento y de expresión.*

*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección y gusto.*

*2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:*

*a) El respeto a los derechos o la reputación de los demás.*

*b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

*3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.*

*4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.*

*5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, orientación sexual, religión u origen nacional".*

No obstante, destacamos de antemano una cuestión que es fundamental en este tema acerca de los delitos de odio y la libertad de expresión, ya que se matiza expresamente que esta libertad “no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) El respeto a los derechos o la reputación de los demás”.

Con ello, el primer límite se marca en dos vías:

1.- Que la existencia de responsabilidades por excesos en el uso de la expresión debe estar reconocida por la Ley, lo que se enmarca en el respeto al principio de legalidad y

2.- Que debe asegurarse el respeto a la reputación de los demás.

Bajo este inicial prisma debe preservarse que esta libertad de expresión no puede configurarse como una especie de puerta abierta a un escenario donde cabe todo, donde todo se puede decir, y donde las expresiones, aunque

atenten contra la dignidad de los demás, las humillen, desprecien o lo hagan por descrédito, son modos y formas de actuar válidas.

Viene a ser definido como un medio para exponer las ideas, y así fue concebido durante la época de la Ilustración. La relevancia de la libertad de expresión resulta básica y fundamental para el desarrollo de un país, porque sin libertad de expresión no es posible el desarrollo intelectual de una sociedad, y sin esta premisa quedan cercenados todos los derechos de los individuos que conforman la sociedad. Se recuerda en los estudios sobre la libertad de expresión que para filósofos como Montesquieu, Voltaire y Rousseau la posibilidad del disenso que dimana de la libertad de expresión basada en la capacidad de pensar lo que está mal, o que sectores de la sociedad no están funcionando correctamente, y expresarlo públicamente fomenta el avance de las artes y las ciencias y la auténtica participación política. Además, fue uno de los pilares de la Guerra de Independencia de los Estados Unidos (Primera Enmienda) y la Revolución francesa, hechos que revolviéron las cortes de los demás estados occidentales.

John Stuart Mill fue uno de los grandes defensores del concepto básico sobre la libertad, influenciada por Joseph Priestley y Josiah Warren, y dentro de ella, de la libertad de expresión, y consiste en el hecho de que el individuo ha de ser libre para hacer cuanto desee mientras no dañe al prójimo. Por ello, cuando al usar la pretendida libertad que se maneja por quien utiliza el discurso del *exceso punible en las expresiones* se está realizando una quiebra en el ejercicio de la libertad, pasando a constituirse en libertinaje, cuando este ejercicio de la expresión supone un ataque o daño a los demás, lo que incide en los delitos de odio, por ejemplo, cuando se llevan a cabo conductas que están inmersas en los arts. 510, 578 o 490 y 504 CP, ya que en el primero las acciones de este tipo penal van dirigidos a conductas de odio, hostilidad, discriminación, menosprecio, descrédito, humillación contra los demás, destacando el tipo del art. 510 CP determinadas condiciones del sujeto pasivo del delito y las razones personales o subjetivas por las que se realizan tales actos dirigidos a concretos sujetos pasivos del delito, mientras que el tipo penal del art. 578 CP se circunscribe a los delitos tipificados en los arts. 572 a

577 CP y en los dos últimos casos se circunscribe a las injurias y calumnias por el sujeto que las recibe como especialidad.

Pero esa libertad a la que apela John Stuart Mill la desarrolla este autor en su obra *Sobre la libertad* destacando que *A fin de ilustrar más completamente el error de negarse a oír a determinadas opiniones porque nosotros, en nuestro propio juicio, las hayamos condenado, será conveniente que fijemos la discusión en un caso concreto; y elijo, preferentemente, aquellos casos que son menos favorables para mí, en los cuales el argumento contra la libertad de opinión, tanto respecto a la verdad como a la utilidad, está considerado como el más fuerte. Supongamos que las opiniones impugnadas son la creencia en Dios y en la vida futura, o algunas de las doctrinas corrientes de la moralidad. [...] Pero debe permitírseme observar que no es el sentirse seguro de una doctrina (sea ella cual sea) lo que yo llamo una presunción de infalibilidad. Ésta consiste en tratar de decidir la cuestión para los demás, sin permitirles oír lo que pueda alegarse por la parte contraria. Y yo denuncio y repruebo esta pretensión igualmente cuando se refiere a mis más solemnes convicciones. Por positiva que pueda ser la persuasión de una persona no sólo de la falsedad, sino de las consecuencias perniciosas de una opinión —y no sólo de estas consecuencias perniciosas, sino para adoptar expresiones que terminantemente condeno de su inmoralidad e impiedad—, si a consecuencia de este juicio privado, aunque esté apoyado por el juicio público de su país o de sus contemporáneos, prohíbe que esa opinión sea oída en su defensa, afirma quien tal haga, su propia infalibilidad. Y esta presunción, lejos de ser menos reprehensible o peligrosa, por tratarse de una opinión que se llama inmoral e impía, es más fatal en este caso que en cualquier otro.*

En la antigua Grecia (año 507 a.d.c) la libertad tenía dos aspectos: la libertad política y la libertad individual, y la libertad de expresión era un aspecto muy importante de la libertad individual.

Además, la palabra griega para designar la libertad de expresión es *parrhesia*, y la translación directa es “hablar con libertad”.

La *parrhesia* era muy importante para los antiguos atenienses; en los tribunales y en las ágoras los atenienses tenían la libertad de decir casi cualquier cosa, y en el teatro los autores teatrales explotaban su derecho de reírse de todo el mundo. Sin embargo, el transcurso del tiempo ha ido exagerando esa libertad de expresión inicial que se vislumbraba como símbolo del progreso frente al silencio impuesto de la censura hasta llegar a la comisión de ilícitos penales por medio de una expresión que traspasa las fronteras y límites de lo permisible.

En esta tesis, el alegato del recurrente no puede ampararse en lo que incide como “libertad de expresión”, ya que no se trata de la censura de la “opinión” libre sobre el mal funcionamiento de instituciones, colectivos, o personas, sino de ataques a los demás bajo la fórmula de la injuria, calumnia, hostilidad, discriminación, menosprecio, descrédito, o humillación.

Por ello, el libre pensamiento es esencial bajo la tesis de Mill para el descubrimiento de la verdad. De igual modo, y en la misma línea, Oliver Wendell Holmes Jr. y Louis Brandeis, juristas estadounidenses, acuñaron el argumento del mercado de ideas. Relacionaron estos autores esta idea con la libertad de comercio, destacando que la verdad de una idea se revela en su capacidad para competir en el mercado, bajo la filosofía de que estando en igualdad de condiciones con las demás ideas (libertad de expresión), los individuos apreciarán qué ideas son verdaderas, falsas, o relativas. Y para ello es necesaria una libertad de expresión.

Pero al hilo de lo aquí expuesto el denominado por estos autores como *el mercado de las ideas* no puede tener soporte bajo la difusión de aquellas que sean tenidas por buenas y válidas para su autor por sus cuestiones o convicciones personales acerca de ideas o hechos concretos sobre actuaciones de terceros y ejerce su ideario, pero bajo el manto de la injuria, calumnia, hostilidad, discriminación, menosprecio, descrédito, o humillación. En esta línea, este discurso del *exceso verbal punible* no entra en la pretendida libertad de expresión, sino que entra en lo que podría denominarse como *el libertinaje de expresión*, que si se reúnen los elementos de los tipos



penales de los arts. 510 y 578 CP serían constitutivos de delito y en los casos de los arts. 490 y 504 injurias y calumnias.

Los motivos se desestiman.

**CUARTO.-** Por último, con respecto al escrito de fecha 1 de abril de 2019 presentado por el recurrente en relación a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo nº 449/2019, de 3 de abril de 2019, anulándose el RD 527/2017 con respecto al nombramiento de dos Magistrados y alegando el recurrente “la indefensión provocada a mi patrocinado por haber sido juzgado por una terna de magistrados, de los cuáles dos de ellos ocupaban irregularmente la plaza en la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional” hay que recordar que este mismo tema ya fue tratado por esta Sala en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 458/2019 de 9 Oct. 2019, Rec. 10194/2019, en cuyo FD 30º ya se destacó que “el juicio se celebró ante los jueces ordinarios predeterminados por la ley, siendo indiferente que, con posterioridad, revisando las normas administrativas que rigen los nombramientos judiciales, un tribunal entendiera que su designación no debió producirse.

La determinación de la "habilidad legal" y competencia judicial se determina al momento de la celebración del juicio, no ex post, ya que la determinación de la nulidad de un nombramiento no determina que los actos judiciales realizados durante la vigencia del nombramiento sean nulos o anulables. En modo alguno. La nulidad de nombramientos judiciales solo produce los efectos ex nunc.

La declaración judicial de una nulidad de pleno derecho, establece que esa relación jurídica jamás existió, se crea una ficción jurídica que da como resultado como que no nació nunca, por ello se dice que tiene efecto "ex tunc", retrotrayendo todo al momento anterior al "pretendido" inicio de la relación cuestionada y decretando que todos los efectos desplegados en ese espacio de tiempo (desde su inicio hasta el momento de la declaración), jamás han existido en el mundo jurídico.

Pero en modo alguno la sentencia citada opera una nulidad ex tunc, sino ex nunc.

Así, por el contrario, cuando se anula una relación jurídica, la nulidad no es de pleno derecho y por lo tanto es "ex nunc", o sea, que todos los efectos jurídicos hasta la declaración de su anulabilidad permanecen vigentes, y a partir de ese momento, ya la relación jurídica deja de desplegar efectos.

Los Magistrados citados por el recurrente tenían la competencia y habilitación para resolver el recurso de apelación del presente caso, sin que en modo alguno la nulidad de un nombramiento judicial provoque la nulidad de todas y cada una de las resoluciones dictadas por los Magistrados cuya designación haya sido anulada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Lo que se retrotraen en estos casos son las circunstancias del concurso seguido al efecto para el nombramiento, como de forma expresa recoge la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia 449/2019 de 3 Abr. 2019, Rec. 480/2017, pero no los actos judiciales realizados al abrigo de ese mismo nombramiento, aunque posteriormente haya sido declarado nulo".

Con ello, los actos judiciales realizados por Magistrados cuyo nombramiento se anula posteriormente son válidos, ya que el elemento determinante es si gozaban de *autoritas y potestas* judicial al momento de dictar la sentencia, sin que la sentencia dictada de nulidad del nombramiento tenga, en ningún caso, efectos retroactivos.

**QUINTO.-** Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente (art. 901 LECrim).

## FALLO

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

## DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN

interpuesto por la representación del acusado **Pablo Rivadulla Duró** contra sentencia dictada por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional de fecha 14 de septiembre de 2018, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación de indicado acusado contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 2 de marzo de 2018. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet

VOTO PARTICULAR QUE SUSCRIBEN EL EXCMO. SR. D. MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA Y LA EXCMA SRA. D<sup>a</sup> ANA MARÍA FERRER GARCÍA

Discrepamos del parecer de la mayoría al entender que ni los mensajes que se reproducen en el relato de hechos probados como emitidos por el acusado en su perfil de *Twitter*, con una amplia difusión (más de 54.000 seguidores), ni la letra de la canción que se transcribe y el video al que puso melodía, alcanzan desde el punto de visto objetivo el rango de tipicidad que corresponde a los delitos por los que se emite el pronunciamiento de condena.

Se condena al recurrente como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 CP, otro de injurias a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, y otro más de calumnias e injurias a la Corona del artículo 491 .1 y 2 CP. Todos ellos delitos de expresión en los que subyace la pulsión entre el interés protegido por la norma penal y las libertades de expresión y, en su caso, ideológica, que exige un equilibrado ejercicio de ponderación.

**1.1** Comenzando por el primero de los delitos citados, el contemplado en el artículo 578 CP, nuestro análisis se va a ceñir a la modalidad típica en la que se basa la condena, referida a la justificación de hechos constitutivos de terrorismo o al enaltecimiento de quienes participaron en los mismos. Queda al margen la humillación de las víctimas, de contenido y antijuridicidad diversa.

El precepto se sirve como verbos rectores del tipo penal que nos ocupa de los de enaltecer o justificar. Según el Diccionario de la RAE, aquél equivale a «ensalzar», que es como «engrandecer» o «alabar». El segundo a «probar algo con razones convincentes, testigos o documentos». Y, además, siempre y todo referido a las conductas descritas por el legislador en los artículos 571 a 577 como delitos de terrorismo; término este que describe las prácticas de quien recurre a la violencia contra las personas o las cosas, para provocar alarma o infundir terror, generalmente de forma organizada e invocando fines políticos. Lo relevante es la exaltación y justificación de la violencia terrorista como procedimiento legítimo de lucha contra el Estado.

Como destacó la STS 676/2009, de 5 de junio, no se trata de criminalizar mediante una condena las 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

Lo que proscribía el tipo penal es el llamado discurso del odio. Tanto la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 812/2011 de 21 de julio; 846/2015 de 30 de diciembre), como la del Tribunal Constitucional (SSTC STC 235/2007, de 7 de Noviembre, 177/2015 de 22 de julio; 112/2016 de 20 de junio; o 35/2020 de 25 de febrero) o la del TEDH (SSTEDH de 8 de Julio de 1999, Sürek vs. Turquía, y de 4 de Diciembre de 2003, Müslüm vs. Turquía; STEDH de 16 de julio de 2009, caso Féret c. Bélgica; STEDH de 15 de marzo de 2011, caso Otegi c. España; 13 de marzo de 2018, caso Stern Taulats y Roura Capellera contra España), coinciden: la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado

discurso del odio, esto es, «aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular». El discurso de odio opera como criterio de delimitación negativa del derecho fundamental a la libertad de expresión, y legitima la incriminación penal, en cuanto se presupone su lesividad para bienes jurídicos esenciales, y el funcionamiento mismo del sistema democrático. El discurso del odio puede analizarse en relación con problemas étnicos, religiosos, sexuales o ligados a la utilización del terrorismo como instrumento para la consecución de fines políticos.

En la STS 378/2017 de 25 de mayo, se señalaba que «la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el artículo 578, supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

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

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

Ahora bien, la cuestión radica en determinar en qué casos se produce ese efecto legitimador que da fundamento a la aplicación del derecho penal criminalizando manifestaciones ideológicas, especialmente cuando son coincidentes con las que defiendan grupos terroristas; humillan a las víctimas; ofenden sentimientos religiosos; incitan al odio contra determinados colectivos, o canalizan ataques a las más altas instituciones del Estado.

El legislador español ha querido que el mensaje de odio que socava las bases de la convivencia y que humilla a las víctimas del terrorismo tenga un tratamiento específico, con una sistemática singularizada frente al tipo previsto para incriminar los restantes supuestos de incitación al odio. Y su aplicación jurisprudencial demanda contenidos que inciten a la violencia y que sean potencialmente capaces de elevar el riesgo de que se produzca una conducta

de esa naturaleza, en línea con la DIRECTIVA (UE) 2017/541 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO (entre otras SSTs 820/2016 de 2 de noviembre; 948/2016 de 15 de diciembre; 47/2017 de 18 de enero; 378/2017 de 25 de mayo; 52/2018 de 31 de enero o 95/2018 de 15 de febrero).

**1.2.** En este caso la sentencia de la mayoría asienta la aplicación del artículo 578 en parte en que algunos de los tuits que el acusado colgó en su perfil en la época analizada (años 2014-2016) mencionaban a Juan Martín Luna, miembro de los GRAPO que falleció en un enfrentamiento con la policía en diciembre de 1982; a Isabel María Aparicio Sánchez, que fue detenida en octubre de 1979 como miembro de la organización terrorista GRAPO; a Joseba Arregui, miembro de ETA militar que falleció el 13 de febrero de 1981 en dependencias policiales; a María Victoria Gómez Méndez, condenada en distintas causas por delitos de terrorismo; y a Ignacio Várela Gómez, también condenado por delitos de terrorismo.

Se dice también que los mensajes tomados en consideración tenían un «carácter laudatorio de las organizaciones terroristas (GRAPO, insurreccionalismo GAC...) y miembros activos de ellas», que van más allá «de la expresión de coincidencia con objetivos políticos, o camaradería nacida de vínculos ideológicos, simpatía o de la mera crítica social, y que comporta una alabanza, no ya de los objetivos políticos sino de los medios violentos empleados por las citadas organizaciones terroristas y por sus miembros y contienen una incitación a su reiteración que genera un elevado riesgo real de que alguno de los múltiples seguidores en las redes sociales del acusado los intente repetir.» Sin embargo, analizados tales mensajes de manera individualizada necesariamente hemos de discrepar de tal apreciación.

El tuit de fecha 14 de febrero de 2016 «Joseba Arregi asesinado por la policía torturándolo», publicado coincidiendo con el 25 aniversario de su muerte en dependencias policiales no pasa de ser un recordatorio que, más que ensalzar un comportamiento terrorista, critica una actuación policial. Lo mismo ocurre con el del 7 de abril: «Juan Martín Luna militante del PCE (r) asesinado por la policía por defender nuestros derechos». Ninguno de ellos, como tampoco el «si nos representan» que publicó el 11 de marzo del mismo año junto a una foto de Ignacio Várela Gómez, soportan la consideración de incitadores a la violencia, o generadores del riesgo de que ésta se produzca, ni aun desde una perspectiva de peligro abstracto. Basta destacar que los dos primeros conmemoran acontecimientos producidos un cuarto de siglo atrás.

El tuit «Las manifestaciones son necesarias pero no suficientes, apoyemos a quienes han ido más allá» colgado el 14 del mismo mes junto a una foto de Victoria Gomez, es lo suficientemente críptico como para poder reconocerle la proyección hacia la violencia que el tipo penal reclama.

En cuanto a la serie de mensajes que aluden a Isabel Aparicio, coincidiendo con el segundo aniversario de su fallecimiento en la prisión de Zuera en el año 2014, encierran una ácida crítica hacia el sistema que no permitió su excarcelación por razón de enfermedad. «A dos años de ser exterminada por el Estado torturador, recordamos sus palabras.»; «y así fue la acabaron exterminando»; «la condenaron a 12 años de prisión por estar en el aparato de propaganda del PCE (r) 12 años sin lucha armada.»; «2 años desde que Isabel Aparicio fue exterminada por comunista, negándole el estado la asistencia médica en prisión»; «lo que no No habrá olvido ni perdón. Consiguieron es asesinar tu importante legado de lucha, vives más que ellos»; y «quisieron silenciarte exterminándote y jamás podrán hacerlo, porque tu voz son los gritos de las desesperadas.», y otro muy similar el 1 de agosto. Los mensajes hacen referencia a su discurso, sus palabras o voz, y no a sus acciones violentas.

Los tuits analizados ponen de relieve una cierta sintonía ideológica con los personajes a los que se cita, incluso coincidencia de objetivos políticos, que no implican necesariamente también de medios. Y especialmente contienen una dura crítica a la actuación policial. Pero ninguno patentiza con la claridad e intensidad exigibles el carácter laudatorio respecto a las acciones violentas protagonizadas por quienes son citados, y aun menos una invitación a que se reproduzcan.

Y lo mismo cabe señalar de otros también resaltados en la sentencia de la mayoría como «El pueblo se defiende de su brutalidad y somos "violentos terroristas»; «¿Matas a un policía? Te buscan hasta debajo de las piedras. ¿Asesina la policía? Ni se investiga»; «Detenidos en Galiza por "enaltecimiento del terrorismo" es decir, por decir que hay que luchar contra el estado fascista»; «Constancia en la lucha, el PC r se dejaba la vida denunciando, Ante el terrorismo de estado, el barrio organizado» o «Estudiantes responden a la brutalidad policial en Euskal Herria». Reflejan una dura crítica a la actuación de las fuerzas de Seguridad del Estado, y denotan sintonía ideológica con determinados activistas, pero buscar en los mismos un llamamiento, aun solapado, a comportamientos violentos resulta desmesurado.

Por último, tampoco incita a la violencia ni pone en riesgo la integridad de la familia real el mensaje «Si tanta monarquía quiere el pueblo como dicen los tertulianos

mercenarios, que suelten a la familia real sin escoltas por nuestras calles». Consta emitido el día 27 de diciembre de 2015, acompañado de otros que también lo fueron en la misma fecha o en días precedentes, en los que se muestra oposición a la Monarquía como forma política del Estado. Simplemente supone una toma de postura ideológica, desde luego desabrida en las formas y parcial en el análisis, que enfatiza el apoyo popular que, a juicio de su autor, respalda el republicanismo que el mismo profesa. No olvidemos que el margen de restricción de la libertad de expresión cuando del debate político se trata es muy estrecho.

2. Se consideran igualmente los hechos constitutivos de un delito contra las Instituciones del Estado del artículo 504.2 CP, que castiga a los que injuriaren o amenazaren gravemente a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. A continuación se recoge una exención de pena si se dan las circunstancias descritas en el artículo 210 del C.P, esto es, probando la verdad de las imputaciones cuando se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de infracciones administrativas. No incluye como comportamiento típico las calumnias, lo que no impide que aquellas alusiones que impliquen la falsa imputación de hechos sean susceptibles de sustentar la tipicidad como injurias graves (artículo 208 último párrafo CP).

En este caso, cierto es que muchos de los mensajes que se recogen en el relato de hechos probados hacen referencia, en términos de considerable dureza, a comportamientos que se describen como injustificadamente violentos por parte de los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. Con el empleo de términos gruesos, como el de torturas.

Respecto al delito del artículo 504, interpretado en relación con los artículos 205, 206, 207 y 208 todos ellos del CP, señaló el ATS de 17 de enero de 2013 que las declaraciones que se refieran «a la actuación profesional de funcionarios policiales en el ejercicio de las funciones los límites permisibles para la crítica son más amplios porque están expuestos a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna. En un sistema inspirado en los valores democráticos la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo con relevancia pública (STC 29/2002, de 28-1; 151/2004, de 20-9, 174/2006, de 5-6; 77/2009, de 33-3), aunque ello -obviamente- no significa en modo alguno que, en atención a su carácter público,



dichas personas queden privadas de ser titulares del derecho al honor que el art. 18.1 CE garantiza.

En este sentido, como ha recordado la STS 9/2007 de 15-1 , "el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor personal" , incluso de especial gravedad, ya que "la actividad profesional puede ser una de las formas más destacadas de manifestación externa a la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad, de forma que la descalificación insidiosa o innecesaria de ese comportamiento tiene un especial e intenso efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás puedan pensar de una persona, repercutiendo tanto en los resultados patrimoniales de su actividad como en la imagen personal que de ella se tenga ( STS 180/99 )".

Ahora bien, la imputación de hechos constitutivos de delito debe ser precisa y dirigida a personas determinadas o determinables, no bastando atribuciones genéricas, vagas o analógicas, sino que han de recaer sobre un hecho inequívoco, concreto y determinado en su significación y catalogable criminalmente, dirigiéndose la imputación a persona concreta, no bastando la denuncia genérica de un hecho.»

La Sentencia de la mayoría sustenta la tipicidad en los siguientes mensajes:

«Orgulloso de quienes respondieron a las agresiones de la policía»; «Ahora van de llorones los antidisturbios cuando han golpeado y torturado siempre a miles y miles de personas, han desahuciado a porrazos, etc.»; «La policía asesina a 15 inmigrantes y son santitos. El pueblo se defiende de su brutalidad somos "violentos terroristas, chusma"»; «Policía Nazi-onal torturando hasta delante de las cámaras»; «¿Matas a un policía? Te buscan hasta debajo de las piedras. ¿Asesina la policía? Ni se investiga bien»; «¿Guardia Civil torturando o disparando a inmigrantes? Democracia. ¿Chistes sobre fascistas? Apología del terrorismo.»; «Joseba Arregi asesinado por la policía torturándolo»; «Policías que te matan a un hijo, siguen impunes y encima piden dinero»; «Si yo fuera el padre de Iñigo Cabacas se iba a enterar la policía que encima pide dinero por asesinarlo»; «El policía que mandó disparar provocando el asesinato de Iñigo Cabacas, pide 777.000 euros a la familia por investigarlo. Es para...»; «La policía siembra racismo y recoge rabia»; «La policía trata con racismo a los inmigrantes y cuando reciben una hostia en respuesta se hacen las víctimas. El cuento de siempre»; «Luchar por la educación digna supone que la policía te detenga o abra la cabeza a porrazos, ora vez sucede en Gasteiz»; «Hoy la policía, enemiga de la democracia, ha abierto cabezas y detenido jóvenes que luchaban por una educación digna»; «No te vemos tan pesado con los golpes mucho más fuertes de los bombardeos imperialistas o las torturas de la policía»; «Mónica y Francisco, 12 años de prisión por daños materiales en un a basílica Guardia Civil impunidad por decenas de emigrantes asesinados»; «Juan Martin Luna militante del PCE (r) asesinado por la policía por defender nuestros derechos»; «Militante antifascista relata las torturas que sufrió por parte de la policía".»

Ninguno de estos mensajes, algunos de los cuales dan sustento también a la condena por aplicación del artículo 578 CP, contienen incitación a la violencia ni

son aptos para generar riesgo mínimamente valorable en relación a la misma. Muchos hacen referencia al empleo de métodos violentos por parte de los Cuerpos Policiales, sin concretar episodios identificables. Y en los casos en los que no es así, la crítica que contienen se proyecta más allá de los agentes, para denunciar el funcionamiento del sistema judicial que, en su opinión, no profundiza en la investigación de los excesos policiales, e incluso de un sistema de incriminación penal que incluye delitos de opinión, crítica ésta última compartida por un importante sector de la doctrina penal.

Nos detendremos en los que hacen alusión a la muerte de los miembros de las bandas ETA y GRAPO Joseba Arregi y Juan Martín Luna; y del seguidor del Athletic, Iñigo Cabacas.

Lo explica con claridad el voto particular discrepante que incorpora la sentencia dictada en primera instancia por sección 1 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. «Joseba Arregi falleció cuando se encontraba detenido en la Dirección General de Seguridad el 13 de febrero de 1981 y se siguió una causa penal por torturas contra miembros de la policía, que concluyó con la condena de una pena leve de dos de ellos. Iñigo Cabacas, seguidor del Athletic, falleció el 5 de abril de 2012 a causa del impacto de una pelota de goma en la cabeza, y estuvieron imputados tres miembros de la Ertzaintza por un delito de homicidio por imprudencia profesional. Posteriormente un representante de la Ertzaintza presentó una demanda contra, el honor por las publicaciones que habían aparecido sobre ese tema. Juan Martín Luna, miembro del GRAPO, murió en un enfrentamiento con la policía el 5 de diciembre de 1982.»

Significativo resulta el tuit de fecha 31 de marzo de 2016, que contrapone la actuación de dos miembros del GRAPO que colocaron un artefacto explosivo en la basílica del Valle de los Caídos, con la actuación de la Guardia Civil en los hechos que tuvieron lugar en el Tarajal el 6 de febrero de 2014. Es del siguiente tenor: «Mónica y Francisco, 12 años de prisión por daños materiales en una basílica Guardia Civil impunidad por decenas de emigrantes asesinados.»

En palabras que tomamos otra vez del voto particular discrepante al que acabamos de aludir, «por más que el GRAPO haya sido una organización terrorista, que se cobró la vida de muchas víctimas y que causó importantes daños materiales, no parece que este comentario pretenda ir más allá de la crítica que expone al compararlo con la muerte de 15 inmigrantes en El Tarajal, el 6 de febrero de 2014, por la que no se llegaron de depurar responsabilidades. Los medios de comunicación recogieron la noticia de que ese día cuando un grupo numeroso de inmigrantes trataba de entrar en territorio español de forma ilegal, a nado

por la playa ceutí de El Tarajal, miembros de la Guardia Civil pretendieron disuadirles mediante disparos de bolas de goma. Se contabilizaron 15 cadáveres.»

En definitiva son mensajes que se encuadran dentro de una crítica al funcionamiento de las instituciones públicas, en muchos casos desmedida, grosera y huérfana de un mínimo rigor, pero amparada en la libertad de expresión e inidónea como mecanismo incitador a la violencia.

**3.** Nos resta por analizar los que se califican como injurias y calumnias a la Corona del artículo 491. 1 y 2 CP.

El fundamento tercero de la sentencia de la mayoría condensa los mensajes en los que de manera específica se asienta tal tipicidad. Una serie de tuits y la letra de un rap, que una vez más expresan con grosería y rudeza la disconformidad política del acusado con la forma política del Estado Español. Mensajes y obra artística que se completan con un video montado sobre una sucesión de imágenes que enlazan a los Reyes D. Juan Carlos y D. Felipe con Franco.

Tanto los tuits como la letra de la canción focalizan su atención especialmente en la figura del Rey emérito. Hablan de despilfarro económico, de relaciones extramatrimoniales, de negocios privados, de vínculos de amistad con la monarquía Saudí, a la que se acusa, y no al monarca español, de financiar al terrorismo islámico. Como tampoco le acusa de haber matado a su hermano, por mas que tache de increíble la versión oficial del suceso. Se utilizan términos muy duros, algunos exabruptos, una crítica muy severa, y desde luego desde la óptica política de quien se siente republicano, no ajena a una cierta sensación de desencanto con el funcionamiento de la Monarquía como institución. Una crítica que canaliza una protesta portadora del desconcierto y la frustración de muchos, prueba de ello es el número de seguidores con que contaba el perfil del acusado o las veces que se reprodujo la canción. Una reprobación basada en hechos, no sustentados en una verdad ni objetiva ni formal, simplistamente abordados, pero que el acusado no se inventó, pues estaban a la fecha, y aun ahora, en el debate público a través de los medios de comunicación. En definitiva, una crítica que no desborda los contornos de la libertad de expresión ponderada en relación a un derecho penal de inspiración constitucional y

democrática, que ha de ser especialmente respetuoso con aquella, en particular cuando proyecta su reproche sobre una institución pública.

El significado que el acusado quiso atribuir a la sucesión de imágenes de los monarcas que recrea el video que el relato de hechos describe, es claro: anclar la Monarquía constitucional en la Dictadura. No deja de responder a una realidad histórica, aunque ciertamente es un mensaje reduccionista que olvida el papel jugado por la Corona en la consolidación del marco constitucional que ha diseñado el sistema de libertades donde también las opiniones comunistas y republicanas, como las que él proclama, tienen cabida.

Recordaban las STC 177/2015 de 22 de julio y 112/2016 de 20 de junio, que la libertad de expresión comprende «la libertad de crítica "aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática"; y que la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones "acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población", ya que en nuestro sistema "no tiene cabida un modelo de `democracia militante, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución ... El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas»

La libertad de expresión es un espacio privilegiado para la crítica. Por supuesto que es un derecho limitable, especialmente cuando desencadena un reflejo de hostilidad que incita a la violencia y a la intolerancia, incompatibles con los valores democráticos. Pero no es el caso. Los mensajes analizados carecen objetivamente de tal carácter, lo que les diferencia de otros supuestos a los que se les ha reconocido relevancia penal. Por ejemplo, en el caso del también rapero Valtonic (STS 79/2018 de 15 de febrero) o el del ahora acusado por los hechos que propiciaron su anterior condena (STS 106/2015 de 19 de febrero), sustancialmente diferentes a los ahora empleados.

Cierto es que los mensajes y la creación artística del acusado plasmada en canción tuvieron difusión pública dado el abultado número de seguidores con que contaba, pero su contenido, en los términos que lo expone el relato de hechos que nos vincula, no incitó a la violencia. No podemos compartir como

parámetro de ponderación de un eventual riesgo al respecto, la alusión a «1.915 Tweets en los que aparecen los términos GRAPO, MONARQUÍA, REY, ETA, TERRORISMO, BILBO, BOMBA, BORBÓN, POLICÍA y GUARDIA CIVIL». Es un dato intrascendente si ignoramos el contenido de la misiva que incorporó tal terminología. Atribuirle perfiles propios del discurso del odio, aun como mero aval a un pronóstico de riesgo, es una interpretación contra reo que nos está vedada.

Entendemos, en conclusión, que los contenidos analizados encuentran cobertura en la libertad de expresión. Además, el sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasa necesariamente por la incriminación penal. El significado de principios como el carácter fragmentario del derecho penal o su consideración como *ultima ratio*, avalan la necesidad de reservar la sanción penal para las acciones más graves, a lo realmente intolerable desde la óptica de los valores democráticos.

Por todo lo expuesto entendemos que el recurso debió ser estimado.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Ana María Ferrer García



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA