Audiencia Nacional

(Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia num. 12/2017 de 21 marzo

ARP\2017\493

Delitos contra el orden público.

Jurisdicción: Penal
Procedimiento abreviado 16/2016
Ponente: Excmo Sr. JUAN RAMON SAEZ VALCARCEL

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Penal

Sección Primera

Rollo de Sala 16/2016

Procedimiento abreviado 35/2016

Juzgado Central de Instrucción n. 3

Tribunal:

D. Fernando Grande Marlaska Gómez (presidente)

Dª. Manuela Fernández Prado

D. Ramón Sáez Valcárcel (ponente)

SENTENCIA N° 12/2017

En Madrid a 21 de marzo de 2017.

Este Tribunal ha visto en juicio oral y público la causa referenciada, seguida por delito de enaltecimiento del terrorismo.

Han sido partes, por un lado el Ministerio Fiscal, representado por D. José Perals Calleja.

Como acusado compareció D. Efrain , nacido el NUM001 .1986 en Bilbao, hijo de Heraclio y Martina , que fue asistido por el letrado D. Jordi Busquets Plaza. Se encuentra en libertad provisional, habiendo estado privado de ella un día (fue detenido el 13.4.2016).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El Juzgado Central de Instrucción número 6 instruyó diligencias de procedimiento abreviado 45/2016 por delito de enaltecimiento. Por auto de 6.5.2016 se acordó la transformación de las

actuaciones por el trámite del Procedimiento abreviado, contra esta resolución se interpusieron recursos de reforma y apelación, siendo ambos desestimados por resoluciones de 27.5.2016 y 14.7.2016. El Ministerio Fiscal formuló acusación mediante escrito de 23.5.2016, y con fecha 6.6.2016 se dictó Auto de apertura de juicio oral contra D. Efrain , estableciendo una responsabilidad civil de 6.400 euros, cantidad que fue consignada y transferida a la cuenta de consignaciones. Las actuaciones fueron elevadas el 22.9.2016. El juicio se ha celebrado en sesión del 2.3.2017.

2.- El Ministerio Fiscal, en su escrito de conclusiones consideró que los hechos eran constitutivos de un delito enaltecimiento del terrorismo del art. 578 del Código penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) (Cp), en su versión anterior a la reforma por Ley orgánica 2/2015 (RCL 2015, 440) , que imputó al acusado en concepto de autor. Solicitó se le condenara a las penas de 2 años de prisión, 10 años de inhabilitación absoluta, accesorias y pago de las costas.

3.- La defensa solicitó la absolución considerando que los hechos no eran constitutivos de delito.

II.- HECHOS PROBADOS

1

D. Efrain utilizaba un perfil en la red social Twitter bajo la identidad del usuario @ DIRECCION002 junto a su nombre y primer apellido. De entre los casi seis mil tuits que publicó entre el 2010 y el 2016, se encuentran los siguientes mensajes:

Con motivo del aniversario de la ejecución el 27.9.1975 de los señores Raúl y Jose Antonio , condenados a pena de muerte por tribunales militares en procedimiento sumarísimo de Consejo de guerra, el 27.9.2015 tuiteó "40 años sin Raúl ' Santo ' y Jose Antonio . Siempre os recordaremos con orgullo. #GUDARIEGUNA". Debajo insertó la imagen de un cartel donde aparecían las fotos del rostro de las dos personas fusiladas, siluetas en negro de cuatro soldados con fusiles, bandera y estrella de cinco puntas y la leyenda Gudari eguna.

El 7.11.2014 escribió dos tuits, uno a las 15,42 h., decía: "Tras conocer que el Ayuntamiento de Madrid homenajeará de nuevo a Camilo , sólo puedo decir una cosa: ESKERRIK ASKO Sardina !". Otro, a las 19.19 h. "No entiendo por qué la placa a Camilo no se la ponen los productores de cava. El día que ETA lo hizo volar se descorcharon muchas botellas!". La prensa daba la noticia aquella jornada de la iniciativa del Ayuntamiento de Madrid de colocar una placa de homenaje al que fuera presidente del gobierno, Sr. Camilo , asesinado el 20.12.1973.

El 27.2.2014 tuiteó: "Roma acoge este sábado una cumbre de la extrema derecha europea m.publico.es/504668 Estando ahí juntitos...Un ' Camilo ' no estaría mal.."

Con ocasión del fallecimiento en la cárcel del Sr. Victoriano , condenado por delitos de terrorismo, tuiteó el 8.2.2014 "Agur eta ohore Victoriano . Beti gogoan! #PresoPolitikoakEtxerat! #EzDaNaturala!" Debajo insertaba una foto del entierro.

El día 21.12.2013 escribió: "Hace 35 años el BVE asesinó a quien nos libró de Camilo ...#BetiArte # Sardina ". A su lado un dibujo con el retrato del Sr. Felix .

El 27.9.2012 escribió: "Nunca olvidaremos a quienes dieron su vida por el pueblo...Humilde homenaje en mi brazo #GudariEguna # Santo Jose Antonio ". Hay una imagen fotográfica de un tatuaje que asienta en el brazo del Sr. Efrain , representa una mujer soldado con un fusil y la ikurriña.

© Thomson Reuters

El 24,12.2011 tuiteó " Gregorio , más alto que Camilo !! #boikotaldiscursodelrey #errepublika!".

El 20.4.2011 publicó en su página: "@laquinta columna: Entonces, ¿Mañana hace el saque de honor Estela ? #Mestalla #Ancladoenlos 90". LOL! Hacía tiempo q no oía I de I. Estela ".

El 10.11.2015 tuiteó "Soc només jo aixó recorda molt al 'ETA mátalos' #fastigos!". Debajo, una imagen de dos páginas del diario La Razón, que insertaba, junto al título "Punto de mira" y el artículo "Ellos son los responsables", las fotos de setentaidós diputados del Parlament.

IV.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1

Prueba de los hechos.

La afirmación de este relato fáctico no plantea problemas porque el acusado ha admitido haber publicado esos mensajes en su cuenta de Twitter. En el atestado se pueden leer los tuits, textos e imágenes, donde las pantallas de su perfil que los contenían fueron impresas (p. 52 y siguientes).

El Sr. Efrain explicó la circunstancia en la que había escrito esos mensajes y ofreció su interpretación al respecto. En el primero, dijo, conmemoraba el fusilamiento de Santo y Jose Antonio que fueron condenados por tribunales militares de un estado fascista, que no permitían ejercer el derecho de defensa a los acusados ni reconocían las garantías democráticas del proceso; fue el último fusilamiento de la dictadura. El segundo mensaje respondía al homenaje que la Alcaldesa de Madrid iba a ofrecer, mediante la colocación de una placa, a quien dirigió el gobierno de la dictadura, lo que le parecía aberrante e intolerable en democracia. No se alegraba, dijo, ni pedía que volviera a suceder, solo constataba un hecho, porque incluso diputados han contado que aquel día brindaron con cava. Era una chanza o chascarrillo. El tercer mensaje se refiere al mismo hecho: era una contraposición, ya que los representantes de la democracia homenajeaban a la dictadura, qué pasaba si recordaba a quien presuntamente había intervenido en el atentado, presuntamente porque desde el punto de vista jurídico, matizó, no se puede decir que hubiera ejecutado el hecho. El cuarto tuit pedía que se diera a los extremistas de la derecha el mismo trato que la policía daba a los manifestantes de sentido contrario; carrero significa callejón, con ese juego de palabras, sugería que se les arrinconara, en lugar de ponerles la alfombra roja. Ante la muerte en prisión de Victoriano , recordaba el hecho, en el siguiente tuit, con una fórmula de respeto que cualquier vascoparlante conoce: Agur eta ohore. La había utilizado en otros mensajes para despedir a Adolfo a Casimiro . El parte médico de la prisión diagnosticaba de muerte natural, por ello en el hastag jugaba con esa calificación, porque piensa que no es normal que en un estado de derecho muera gente en la cárcel. Y pedía la libertad de los presos políticos. Victoriano estaba preso a mil kilómetros de su casa, había denunciado maltratos y padecía un enfisema pulmonar. El sexto tuit recordaba a una víctima del terrorismo, porque Sardina fue asesinado con un coche bomba por un grupo paraestatal que se dedicaba a la guerra sucia. La cultura popular piensa que él había intervenido en el atentado contra Camilo . El séptimo mensaje se refiere a un tatuaje con la figura de una mujer vestida con el uniforme histórico del Eusko gudarostea, el batallón que formó el Gobierno Vasco para defender a la República. Los valores que inspiraban aquella unidad militar eran democráticos. Escribió el tuit en un aniversario de los últimos fusilados por el franquismo. El siguiente tuit es un juego de palabras simple, una rima fácil, que critica a la monarquía; no pedía que volara, reproducía un lema gritado en manifestaciones. El último mensaje retuiteaba un chiste sobre Estela , de ahí que fuera entrecomillado y precedido por el nombre del usuario (@laquintacolumna),

© Thomson Reuters

con el comentario de que hacía tiempo que no escuchaba uno.

Hemos incorporado un mensaje que no constaba en el escrito de acusación, pero sí en la denuncia original, tuit al que se refirió el Sr. Efrain . Según dijo, en este criticaba un tipo de periodismo que le recordaba al "asqueroso" llamamiento de ¡Eta mátalos!, porque el artículo publicaba la foto de los parlamentarios independentistas con el titular "punto de mira".

El instructor y el secretario del atestado explicaron que rastreaban la red para descubrir mensajes de enaltecimiento del terrorismo, mediante programas que buscaban ciertas palabras.

2

Fundamentos jurídicos.

2.1.- Enaltecimiento del terrorismo.

El artículo 578 del Código penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) describe dos tipos de conductas, el enaltecimiento o la justificación de los delitos de terrorismo, o de quienes hayan participado en su ejecución, y la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de esos delitos o de sus familiares. Se ha dicho que estamos ante un solo delito con diversas manifestaciones (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 820/2016 (RJ 2016, 5197) , en adelante STs). La acusación considera que concurre la primera conducta típica -en la versión de la Ley orgánica 7/2000 (RCL 2000, 2962) -, que nos servirá de marco de interpretación de los hechos objeto del juicio.

La descripción de la acción de enaltecimiento coincide con el concepto que "a los efectos de este código" proporciona el art. 18 Cp : la exposición ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. Un concepto que toma en consideración la conducta (exposición de ideas o doctrinas), el medio (con publicidad, en la nueva redacción se subsume en el tipo agravado) y el objeto de la acción (ensalzamiento o alabanza del crimen y de sus responsables). Es por ello que se acepta que el enaltecimiento y la justificación del terrorismo es una forma autónoma de apología (STs 224/2010 (RJ 2010, 1469)). Pero, el tipo que nos ocupa no recoge el elemento de la provocación, ni siquiera indirecta, a la comisión de delitos de terrorismo. Es una importante diferencia y el motivo de la crítica de la doctrina mayoritaria a un delito que plantea graves problemas para su delimitación con la libertad de expresión y la libertad ideológica (artículos 16 y 20 de la Constitución (RCL 1978, 2836)).

La primera dificultad que surge para la interpretación del precepto es la identificación de un bien jurídico protegido, hasta el punto de que se ha acudido al concepto del discurso del odio, cuyo campo semántico se ha expandido convenientemente para integrar en su seno la alabanza y la justificación de acciones terroristas. La jurisprudencia nos informa que el tipo objetivo contiene tres elementos: (i) La conducta se desenvuelve mediante acciones o palabras que enaltecen o justifican el delitos es decir que ensalzan, elogian o alaban las cualidades o méritos de una persona o cosa, o presentan un comportamiento criminal como un hecho lícito y legítimo, incluso como modelo de conducta, Habitualmente se trata de actos de lenguaje, que se inscriben en un texto o un discurso que incorpora signos diferentes, (ii) El objeto de la alabanza o de la justificación son las conductas definidas como delito de terrorismo en la ley o las personas que hubieren participado en su ejecución, aceptándose la referencia a un colectivo genérico de autores o partícipes, como sería una organización terrorista identificada por su nombre, (iii) La conducta debe expresarse por cualquier medio que posibilite cierta

© Thomson Reuters

publicidad. Se afirma que el tipo anticipa las barreras de protección porque solo pide la mera alabanza o justificación genérica (ver, por todas, STs 948/2016 (RJ 2016, 5912)), Y en el tipo subjetivo se requiere el conocimiento por parte del sujeto activo de los anteriores elementos, o sea que se difunde públicamente un mensaje enaltecedor o justificador de los delitos de terrorismo y de sus responsables, y la voluntad de hacerlo (STs 4/2017 (RJ 2017, 50)).

No es posible analizar los tuits objeto de autos sin reparar en los límites que a la aplicación del tipo penal impone el respeto de la libertad ideológica, enunciada en el art. 16.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836) , y de la libre expresión de ideas y opiniones, de su art. 20.1, lo que demanda una interpretación estricta. Y ello para distinguir la lícita apología o adhesión a una ideología de la ilícita apología o enaltecimiento del crimen y de sus responsables penales, en los términos que proponía la Sentencia del Tribunal Supremo de 4.7.1994 (RJ 1994, 6244) "la limitación del contenido del tipo se debe llevar a cabo a través de la distinción entre la motivación ideológica y ejecución delictiva de la misma; la apología de la ideología, por lo tanto, no debe ser entendida necesariamente como una apología de la realización desviada de los fines postulados por la ideología. El delito de apología no pretende prohibir manifestaciones ideológicas, pues en tal caso sería contrario al art. 20 CE (RCL 1978, 2836) , sino la aprobación de comportamientos delictivos"; resolución de referencia obligada en la exégesis del delito, como demuestra que su doctrina fuera recogida en la exposición de motivos de la Ley orgánica 7/2000 (RCL 2000, 2962) que introdujo el enaltecimiento y la justificación del terrorismo en el Código penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) .

Es desde esta perspectiva que el Tribunal Constitucional ha aceptado que la condena por enaltecimiento del terrorismo solo respeta estos derechos fundamentales en el caso de conductas que propicien o alienten, aunque sea de manera indirecta, a la violencia terrorista, poniendo en una situación de riesgo a las personas, a los derechos de terceros o al propio sistema político democrático (STc 112/2016 (RTC 2016, 112) , caso Erkizia , una sentencia de carácter interpretativo). Esta es la previa ponderación que le corresponde hacer al tribunal, en tutela de los derechos fundamentales, más allá del examen de los elementos objetivos y subjetivos del tipo: ha de constatar una acción de enaltecimiento que ex ante implique un incremento del peligro de que se produzcan atentados terroristas, es decir la conducta ha de ser idónea para propiciar o contribuir a perpetuar una situación de violencia terrorista. De esa manera se recibía la doctrina del Tribunal Europeo de derechos humanos que venía aceptando restricciones a la libertad de expresión, que protege el artículo 10 del Convenio Europeo , cuando el mensaje o el discurso supusiera un apoyo expreso al terrorismo que pueda considerarse una incitación directa a la violencia (STEdh Zana contra Turquía, 25.11.1997 (TEDJ 1997, 96) , o Leroy contra Francia, 2.10.2008). Y el modelo europeo común de tratamiento legislativo de la incitación al terrorismo, cuya última referencia es la recién aprobada Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 16.2.2017, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a la lucha contra el terrorismo - que va a sustituir a la Decisión marco 2002/475/JAI (LCEur 2002, 1737) -, cuyo artículo 5 establece un concepto estricto de la conducta de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo: la difusión o publicidad por cualquier medio, ya sea en línea o no, de mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos de terrorismo, siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos. En la misma línea, contempla este delito el artículo 5.1 del Convenio del Consejo de Europa de prevención del terrorismo. El núcleo de la conducta enaltecedora se halla en la incitación a la ejecución de delitos de terrorismo que produzca un peligro de que se puedan cometer, una provocación o incitación que ha de ser acompañada de un riesgo cierto de producción.

© Thomson Reuters

Conviene incorporar al debate un estándar autorizado del Derecho internacional para la interpretación de los delitos de incitación al terrorismo: los Principios de Johannesburgo sobre Seguridad nacional, libertad de expresión y acceso a la información, que en su principio 6 exige para la punición de una tal conducta la expresión de una incitación inminente a la violencia y la conexión directa e inmediata entre la expresión y la probabilidad o acontecimiento de tal violencia (de 1996, fueron asumidos por el Relator especial para la libertad de opinión y expresión de Naciones Unidas, Doc. E/CN.4/1996/39, de 29 marzo; el Consejo de derechos humanos atiende a sus principios como marco interpretativo en sus informes para determinar el alcance de la obligación de los Estados).

2.2.- Atipicidad de la conducta.

Los mensajes del acusado en su perfil de la red social Twitter son actos de palabra que deben considerarse en su contexto para otorgarles sentido. Entendemos que no contienen alabanza ni justificación del crimen terrorista ni de sus culpables, que suponen ejercicio de los derechos de libertad ideológica y de libertad de expresión, este en su vertiente de crítica política o expresión de una ideología sobre cuestiones de interés público como son la forma política del estado, los valores que configuran la esfera pública democrática y la memoria colectiva, terreno especialmente abonado para la controversia o disputa en el que debemos preservar al máximo el pluralismo como valor superior del ordenamiento (artículo 1 Constitución (RCL 1978, 2836)). Objetivamente esos micromensajes no enaltecen ni justifican porque no incitan o alientan ni instigan a la violencia terrorista, ni siquiera de forma indirecta, ni generan un peligro o riesgo de comisión de actos violentos, ni tampoco incrementan el que pudiera existir. Son expresión de opiniones o deseos, actos de comunicación no seguidos de incitación a la acción, porque no contienen llamamiento a la violencia terrorista ni han generado riesgo alguno para las personas, ni los derechos de terceros ni para el orden jurídico. La mejor demostración de la ausencia de riesgo alguno es que los tuits solo fueron detectados cuando los investigadores policiales realizaron prospecciones en la red social, que se convirtieron en destinatarios de los mensajes. Por lo tanto, no habían tenido impacto alguno en la opinión pública.

Analizaremos el contenido de las expresiones que divulgó el acusado por Twitter, que ha devenido un fabuloso medio de comunicación, abierto y público, que ha posibilitado la constitución de un foro descentralizado y horizontal, que se desenvuelve sin filtros, ni recursos económicos ni autorizaciones para editar y publicar. De ello da cuenta que la red social cuente con más de cuatro millones y medio de usuarios en España. Sus características instituyen una comunicación especial, porque el tuit es un mensaje corto, muy breve, de menos de 140 caracteres, un sistema que ha obtenido éxito en las comunicaciones electrónicas. Su propia efectividad descansa en la concentración del discurso, siguiendo una fórmula que hasta entonces solo empleaba la publicidad, porque constriñe el mensaje a la mínima expresión. La forma impone una economía estricta al lenguaje, de tal manera que la expresión se desarrolla mediante acrónimos, abreviaturas, contracciones, sobreentendidos, elisiones, símbolos (los llamados emoticones), onomatopeyas, deliberadas irregularidades sintácticas y gramaticales, signos ortográficos. Sin embargo, la brevedad impuesta no es un límite insuperable para la construcción del discurso, siempre que la imaginación facilite recursos para articular ideas condensadas, prototipo del género del micromensaje y el microdiscurso, que la cultura del marketing ha facilitado y que ha colonizado hasta el discurso de los políticos. A cambio, la red social facilita la emisión y recepción inmediata de mensajes, la participación masiva de interlocutores en tiempo real, convertidos simultáneamente en emisores y receptores, en destinadores y destinatarios de la comunicación, funcionando de modo realmente interactivo.

Como el tuit responde a un código, en los mensajes que vamos a analizar es preciso distinguir en

© Thomson Reuters

cada artículo o entrada, en el texto o discurso, el contenido original (lo que escribió el acusado), de lo que es una réplica o reproducción de otro mensaje (retuit), de la etiqueta o hashtag (que identifica un tema y facilita la búsqueda de mensajes de similar contenido, que está indicado por la tecla #) y de la identidad del usuario (que se significa con @). Lo que resulta importante para atribuir sentido a los actos de expresión incriminados.

El primer mensaje, en su propia literalidad, tiene por objeto la pena de muerte impuesta a dos personas por tribunales ilegítimos en sentencias injustas, que fue ejecutada. La Ley 52/2007 (RCL 2007, 2355) , por la que se reconocieron derechos y se establecieron medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, declara en su artículo 2 el carácter radicalmente injusto de todas las condenas producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa durante la Dictadura. Y en su artículo 3 proclama la ilegitimidad, como contrarios a derecho y por vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo, de los Consejos de Guerra, constituidos por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, y de sus resoluciones. Es por ello que la propia ley incluye una disposición derogatoria que "priva de vigencia jurídica a aquellas normas dictadas bajo la Dictadura manifiestamente represoras y contrarias a los derechos fundamentales con el doble objetivo de proclamar su formal expulsión del ordenamiento jurídico e impedir su invocación por cualquier autoridad administrativa y judicial", entre ellas las leyes 42 (RCL 1981, 2048) y 44/1971 (RCL 1971, 2050 y 2108) , de reforma del Código de justicia militar, bajo cuya cobertura fueron juzgados aquellos que el tuit evoca. No forma parte del mensaje la etiqueta (Gudari eguna), porque su finalidad es agrupar tuits de la misma temática. El Sr. Efrain recordaba el aniversario de un hecho luctuoso; no hay exaltación del terrorismo en el mensaje escrito, porque no se incita, ni siquiera indirectamente, a la violencia terrorista. Como ocurre al examinar el contenido de otros mensajes, ha de tenerse en cuenta que los tuits manejan como referencia hechos del pasado que son objeto del conocimiento histórico, que pertenecen a una situación jurídico-política superada, la dictadura, como antecedente del estado constitucional que es España. En esa línea, como dice su exposición de motivos, la Ley 52/2007 (RCL 2007, 2355) asumió "la condena del franquismo contenida en el Informe de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa firmado en París el 17 de marzo de 2006, en el que se denunciaron las graves violaciones de derechos humanos cometidas en España entre los años 1939 y 1975". La imagen no añade contenido relevante, en lo que aquí nos interesa, al tuit.

El segundo y el tercer mensaje se refieren al mismo tema, es la reacción del acusado al homenaje que el Ayuntamiento de Madrid iba a hacer al señor Camilo , que fuera presidente del decimotercer Gobierno de la dictadura. Contiene una crítica a la decisión de la corporación municipal, que no constituye enaltecimiento porque no incita, ni siquiera indirectamente, a la violencia terrorista ni genera peligro alguno para personas o bienes. Una crítica que toma como referencia un hecho histórico, con motivo de la aprobación de políticas públicas de memoria. Además, en uno de ellos se utiliza la ironía que es una forma de distanciamiento o de abordaje del asunto.

El cuarto mensaje se expresa en términos ambiguos, como todo juego de lenguaje. Una reunión de la extrema derecha en Roma, es decir en otro país, propicia el comentario "un ' Camilo ' no estaría mal". No hay alabanza ni justificación porque tampoco contiene un llamado a la acción; el texto utiliza el modo condicional simple, que solo es idóneo para sugerir un deseo. El sintagma Camilo , que se escribe entre comillas, puede ser la sustantivación del hecho histórico o, como sostiene el acusado, significar el anhelo de que mandasen al callejón a los manifestantes de extrema derecha, que les arrinconasen, como la policía hacía con quienes se reúnen bajo otras banderas. La ambigüedad y la distancia enunciativa propia de la ironía que sustentaba el mensaje en su núcleo esencial, junto a la

© Thomson Reuters

ubicación del acontecimiento en el extranjero, la indefinición de los sujetos y la referencia a un hecho de la historia, ponen de manifiesto su irrelevancia penal.

El quinto mensaje es la despedida a una persona muerta en prisión mientras cumplía condena, por delito terrorista. No se trata de un homenaje, como demuestra la fórmula empleada, de despedida en euskera. Es una expresión clásica, que se halla reproducida en canciones y libros, empleada en epitafios y funerales. El hecho que Eta y su entorno, como sostiene la acusación pública, hayan utilizado esta fórmula no significa que integre su patrimonio ni que su empleo signifique solidaridad con la organización terrorista. El Sr. Efrain explicó que su crítica trataba de expresar la idea de que un estado de derecho no debe permitir que un recluso muera dentro de la prisión, una expresión legítima de disenso a las políticas penitenciarias. Ese es el sentido de las etiquetas asociadas al mensaje. No hay enaltecimiento, menos incitación.

El siguiente tuit evocaba otro hecho que forma parte de la historia: el asesinato de Sardina , que fue reivindicado por el Batallón Vasco-Español, junto a la constatación de un dato admitido por la opinión común, que este intervino en el atentado que mató al presidente del gobierno, aserto respecto a cuya correspondencia con la realidad el tribunal no puede pronunciarse. Lo importante es que a nuestro juicio, carece de relevancia jurídico penal, no hay incitación a la acción ni se genera riesgo alguno de generar violencia.

La foto del tatuaje que el acusado lleva grabado en su brazo representa a una mujer soldado del Euzko gudarostea o Cuerpo de Ejército de Euskadi, que fue organizado por el gobierno Vasco y se integró como XIV Cuerpo de Ejército de la República. Es un tuit en el aniversario de las últimas penas de muerte administradas en España, al final de la dictadura. Las etiquetas #GudariEguna y # Santo Jose Antonio permiten clasificar los mensajes de la misma temática, pero no añaden ni quitan al mensaje. Tampoco hay alabanza del terrorismo, porque se refiere a un conflicto armado del pasado.

El penúltimo tuit se desarrolla como juego de palabras, de rima elemental, que expresa disidencia política, en términos inadecuados o incorrectos, pero tampoco contiene un mensaje enaltecedor porque ni incita ni genera peligro alguno de que sea seguido de una acción violenta de carácter terrorista.

Por fin, el último mensaje retuitea un chiste sobre una víctima que se acompaña con un comentario inocuo del acusado. El acrónimo "Lol" que se inserta en el tuit, como bien señaló el Fiscal, significa que el enunciador se ríe en voz alta o por mucho tiempo (laughing out loud), pero no otorga otro sentido al mensaje. No hay enaltecimiento porque no se incita ni alienta a la violencia terrorista.

Queda al margen, para la crítica política, moral, estética o semiótica el análisis y examen de los mensajes desde otra perspectiva distinta a la de los elementos objetivos del tipo, que es la que nos ocupa.

En el examen de conductas incriminadas como enaltecedoras o justificadoras del terrorismo ha de tenerse en cuenta, aquí lo ponemos de manifiesto, que el fenómeno del terrorismo local (frente al de alcance internacional) cuyo protagonista era Eta se ha transformado de manera radical antes de la emisión de los mensajes, pues la "organización terrorista ha abandonado desde hace más de cinco años la realización de actividades armadas, y se encuentra en fase de liquidación" (Auto del Tribunal Supremo de 17.1.2017 (PROV 2017, 22063)). Este es un dato que ha empleado el Tribunal Europeo de derechos humanos para juzgar la idoneidad de expresiones de incitación a la violencia terrorista (confrontar STEdh Sürek contra Turquía 8.7.1999 (TEDH 1999, 28) , donde existía un conflicto

© Thomson Reuters

violento, y Jersild contra Dinamarca, 23.9,1994, en un contexto de paz; también en Leroy contra Francia, ya citada, se tuvo en cuenta que la publicación de una viñeta humorística sobre el atentado del 11/S, el día siguiente del suceso, se hizo en un semanario de la región vasco-francesa, en proximidad con el espacio de actuación de ese tipo de terrorismo, donde el mensaje podría incitar a la violencia).

La compatibilidad del delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo con la Constitución requiere, según ha establecido el Tribunal que funciona como su intérprete supremo, que el discurso incite de alguna manera, aunque solo de modo indirecto, a la acción violenta, algo que no se puede identificar en los tuits incriminados. La exigencia de este requisito incitador no se ha de eludir recurriendo a la idea de que la alabanza o la justificación pudieran derivar en la violencia, porque se trata de conceptos distintos. La incitación o instigación requiere de un llamamiento a la acción, sea explícito o implícito, que ha de implicar desde una perspectiva ex ante un incremento del riesgo de que se produzca la conducta violenta, es decir una probabilidad de que el discurso genere el tipo de acción que reivindica. La alabanza sin un elemento adicional que convoque a la acción, por muy próximo que se encuentre a la incitación, no es incitación, ni siquiera indirecta. Esa es la línea que ha establecido el Tribunal Constitucional, en consonancia con la opinión común en el derecho europeo, para que una condena por enaltecimiento respete los límites que los derechos fundamentales a la libertad ideológica y la libertad de expresión imponen en protección del discurso crítico.

Una sociedad democrática que se organiza sobre los valores de la libertad y el pluralismo político no puede sofocar, impedir o censurar todo tipo de mensajes de crítica o de disenso de la forma política del estado, de la política penitenciaria o de las relacionadas con la memoria oficial sobre el pasado -temas abordados por los mensajes objeto de este juicio-, aunque la crítica se haya expresado en términos desabridos, acres o inquietantes (STc 177/2015 (RTC 2015, 177) , caso de la quema del retrato institucional de los Reyes, que recoge la cita de un pasaje de STEdh Castells contra España, 23.4.1992 (TEDH 1992, 1)). En esos términos se pronuncia el art. 10 del Convenio Europeo de derechos humanos (RCL 1999, 1190 y 1572) al permitir restricciones a la libertad de expresión solo y exclusivamente cuando se trate de medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional y la prevención del delito, porque aquella es precondición del funcionamiento de la democracia, de ahí la especial amplitud del objeto de protección que abarca cualquier idea u opinión, incluso las que chocan, inquietan u ofenden al gobierno o a un sector de la sociedad, así lo pide el pluralismo, valor superior de nuestro ordenamiento, sin el que no existe sociedad democrática (ver STEdh Handyside contra Reino Unido,7.12.1976 (TEDH 1976, 6)).

En definitiva, procede absolver al acusado en la medida que los mensajes que tuiteó objetivamente no enaltecen ni justifican el terrorismo, tampoco incitan, propician o alientan a la violencia terrorista, ni siquiera de manera indirecta, ni ponen en peligro a las personas, los derechos de terceros ni al sistema de libertades.

2.3.- Costas,

Se declaran de oficio las costas causadas (art. 240 LECrim (LEG 1882, 16)). Por lo expuesto,

IV.- FALLO:

1

ABSOLVEMOS a D. Efrain del delito de enaltecimiento del terrorismo por el que fue acusado por el Ministerio Fiscal. Se declaran las costas de oficio.

© Thomson Reuters

Se levantan las medidas cautelares que se adoptaron. Devuélvase la fianza exigida para atender responsabilidades pecuniarias.

Notifíquese esta resolución a todas las partes y a los interesados, con instrucción de los derechos que les asisten a aquellos frente a la misma, en concreto de su derecho al recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se deberá preparar ante esta Sala en plazo de cinco días desde la última notificación.

Sentencia que pronuncian y firman los Magistrados que formaron el Tribunal. De lo que doy fe.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO Fernando Grande Marlaska Gómez a la sentencia dictada en el Rollo de Sala 16/2016 donde figura como acusado Efrain

I.- A MODO DE INTRODUCCIÓN

1. Partiendo de la consideración y respeto de la decisión mayoritaria, y consciente de la relevancia de la libertad de expresión en todo Estado de Derecho, una de sus piedras angulares, pero también de la necesidad de garantizar el conjunto de derechos que nos definen como sociedad democrática, caracterizada por la defensa de la diversidad, en cualquiera de sus manifestaciones, y de la interdicción de todos aquellos comportamientos que incitando a la violencia, la intimidación, el hostigamiento, etc., pongan en riesgo dicha cohesión social: delito de odio, denominación dada en el seno de la OSCE, me veo en la necesidad de formalizar el presente voto particular. Y ello por concluir, de la prueba materializada en el acto del juicio oral, que la conducta imputada al acusado y declarada probada trasciende los límites de la libertad de expresión, entendida como procede en contornos expansivos, derivando en una justificación y legitimación de la violencia como medio de alcanzar fines políticos, y en tal sentido afectando al bien jurídico objeto de protección.

2. En el desarrollo argumental del presente voto particular me remito íntegramente a la fundamentación jurídica STS 4/2017, 18 de enero (RJ 2017, 50) , entendiendo que el comportamiento declarado probado conforma criterios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad bastante más expresivos de aquellos otros que concluían la arquitectura de la que fue casada por nuestro Alto Tribunal.

II.- HECHOS PROBADOS

3.Doy por reproducidos los hechos declarados probados, añadiendo como el 27 de septiembre, fecha en que se ejecutó la sentencia de muerte de Raúl y Jose Antonio , se celebra por la organización terrorista ETA y su entorno el Gudari Eguna, o Día del Soldado Vasco. Y como con el conjunto de tuits, recogidos en el relato de hechos probados, el acusado dejaba constancia de como el ejercicio de la violencia terrorista es un medio legítimo de alcanzar fines políticos.

III.- PRUEBA DE LOS HECHOS

4.Me remito al apartado correspondiente de la sentencia dictada.

IV.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS, ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO

5.Al objeto de guardar la necesaria concreción en lo que se discrepa respecto a la sentencia, debo indicar como en la misma se recogen correctamente los requisitos objetivos y subjetivos que definen el

© Thomson Reuters

delito de enaltecimiento del terrorismo, si bien posteriormente se concluyen consideraciones a mayores que entiendo le son ajenas y difuminan su virtualidad.

6.Así se hace una referencia a la Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 16.2.2017, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a la lucha contra el terrorismo, la cual sustituirá a la actual Decisión Marco 2002/475/JAI (LCEur 2002, 1737) , y en concreto a su art. 5 donde se define la provocación actividades terroristas y su necesaria transposición a los ordenamientos nacionales. Referir a este respecto dos cuestiones. En primer lugar una de índole general, la razón de dicho procedimiento legislativo de sustitución normativa no tiene como razón principal definir conductas como las objeto de enjuiciamiento en el día de hoy. Las instituciones europeas se hacen eco, entre otras de la Resolución 2178 (14) del Conejo de Seguridad, donde se estima la necesidad de abordar, desde el ámbito penal, la actual realidad del terrorismo internacional: adoctrinamiento activo, autoadoctrinamiento, viajes a zonas de conflicto, etc. Es decir, el nuevo proyecto normativo amplía el ámbito de la respuesta penal a concretas conductas, y en lo que a la provocación se refiere, referir que la DM actualmente vigente no hace referencia alguna, definiendo únicamente la inducción, institución con propio contenido en cuando a conducta penalmente relevante. Y como tendremos ocasión de referir que el enaltecimiento no se recoja es consecuencia de ser considerado manifestación del denominado "discurso del odio". Conducta que nuestro legislador ha querido ubicar en el capítulo dedicado a los delitos de terrorismo.

7.La referencia al art. 5 de dicha Resolución legislativa del Parlamento entiendo que no se corresponde con la conducta que actualmente es objeto de enjuiciamiento, recogida en el art. 578, haciendo alusión a otra de carácter autónomo, cual es la "provocación" a la comisión de concretos hechos de naturaleza terrorista; conducta que nuestro CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) tipifica en su art, 579. Consecuencia de lo anterior, el resto de la fundamentaron jurídica de la sentencia, de cuya conclusión disiento cordialmente, viene a conformar un desiderátum, al menos implícitamente, confundir el título real de la imputación, viniendo a vaciar de facto el alcance del art. 578 al entenderlo un transunto del art. 579. Al menos en sus exigencias normativas y correlativamente en el alcance de la conducta típica. Confusión que es la base principal de mi respetuoso disenso, y que llevaría a dejar sin alcance real de la conducta descrita en el art. 578, al menos en su faceta de "enaltecimiento".

8.Como refiere la STS 4/2017 (RJ 2017, 50) (FJ 5) "El tratamiento jurisprudencial dispensado por esta Sala al delito previsto en el art. 578 del CP , está reflejado en numerosos precedentes. Así el bien jurídico protegido ha sido descrito en la STS 812/2011, de 21 de julio (RJ 2011, 5546) , como: "la interdicción de lo que las SSTEdh Sürek contra Turquía 8.7.1999 (TEDH 1999, 28) , 4 de diciembre de 2003, Müslüm vs Turquía, y también nuestro Tribunal Constitucional STC 235/2007, de 7 de noviembre (RTC 2007, 235) , califican como el discurso del odio, es decir la alabanza o la justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrorizamiento (sic) colectivo como medio de conseguir esas finalidades. En el mismo sentido se había pronunciado la STS 299/2011, 25 de abril (RJ 2011, 3486) .

V.- TIPICIDAD DE LA CONDUCTA

9.Entiendo oportuno reproducir el contenido de los tuits, tal y como se han recogido en el escrito acusación MF, reproducidos en su sustancia en los hechos declarados probados, aun cuando se utilice

© Thomson Reuters

distinta conformación de carácter meramente estilístico.

10.El 27/9/2015 "40 años sin Raúl " Santo " y Jose Antonio . Siempre os recordaremos con orgullo. #GUDARI EGUNA/DÍA DEL SOLDADO VASCO" y la silueta de 4 personas portando fusiles y una bandera.

11. 7/11/2014 "No entiendo por qué la placa a Camilo no se la ponen a los productores de cava. El día que ETA lo hizo volar se descorcharon muchas botellas."

12. El 7/11/2014 "Tras conocer que el Ayuntamiento de Madrid homenajeará de nuevo a Camilo , sólo puedo decir una cosa: ESKERRIK ASKO Sardina ", en referencia al miembro de ETA Felix , alias Sardina , a quien se le atribuye su participación en el asesinato de Camilo , su conductor y escolta.

13. El 27/2/2014 "Roma acoge este sábado una cumbre de la extrema derecha europea m.publico.es/504668 Estando ahí juntitos... un " Camilo " no estaría mal."

14. El 8/2/2014 "Agur eta ohore Victoriano . Beti gogoan! #PresoPolitikoakEtxera! #EzDaNaturala" y una foto del entierro del preso de ETA Victoriano del día anterior quien falleció en un centro penitenciario cumpliendo condena."

15. El 21/12/2013 "Hace 35 años el BVE asesinó a quien nos libró de Camilo ...#Beti Arte # Sardina ".

16. El 27/9/2012 "Nunca olvidaremos a quienes dieron su vida por el pueblo... Humilde homenaje en mi brazo #GudariEguna # Santo Jose Antonio ". Y a continuación una foto de un tatuaje de una mujer con uniforme, portando en una mano un fusil y en otra una ikurriña. El día de la publicación de ese tuit, el 27 de septiembre, es en el que la organización terrorista ETA y su entorno celebran el denominado GUDARI EGUNA/DÍA DEL SOLDADO VASCO, en homenaje a los miembros de ETA fallecidos.

17. El 24/12/2011 " Gregorio , más alto que Camilo !"

18. El 24/4/2011 "@laquintacolumna: Entonces ¿Mañana hace el saque de honor Estela ? #Mestalla #Ancladoenlos90". LOL Hacía tiempo que no oía uno de I Estela ".

19. Quiero dejar constancia de cómo, a la hora de valorar la relevancia típica de la conducta objeto de acusación, no entiendo la referencia a la Ley 52/2007 (RCL 2007, 2355) . Ley que representa una manifestación de la necesaria solidaridad contra quienes sufrieron durante más de 40 años de ominosa dictadura la persecución política, ideológica y religiosa; personas que defendieron valores democráticos que el enaltecimiento del terrorismo pone en tela de juicio. Ley que es un reconocimiento a esas personas, y en modo alguno a quienes pudieron materializar actuaciones violentas.

20. Entiendo que las referencias a la red social twitter, a la extensión de su mensaje, a los hashtag (etiqueta), son acertadas y necesarias, concluyendo como el mensaje puede devenir expresivo con independencia de su expresión. Y si bien es cierto que los hashtag no conforman directamente el tuit como pensamiento propio, en caso de duda sobre su intención, que no es el supuesto de autos, puede ayudar a su interpretación, al no dejar de ser voluntaria su vinculación.

21. Disiento de que a la hora de concluir sobre la atipicidad de la conducta se haga hincapié en las razones esgrimidas por el acusado en el acto del juicio oral, reiterando como el tipo penal no exige un especial elemento subjetivo del injusto, sino un dolo simple. Como he expuesto, en otras ocasiones, conducentes a sentencias absolutorias por hechos de la misma naturaleza, las razones que se puedan

© Thomson Reuters

esgrimir deben ser atendidas cuando la expresión no sea suficientemente unívoca o se observe de los tuits un comportamiento ajeno a la exaltación de la violencia como medio o instrumento político.

22. Respecto al contenido objetivo de los tuits, y a su posible subsunción típica, soslayando reiteraciones innecesarias me remito a SSTS 623/2016,13 de julio (RJ 2016, 3531) , 820/2016, de 2 de noviembre (RJ 2016, 5197) , 846/2015, de 30 de diciembre (RJ 2015, 5888) . Las expresiones que en ellas se recogen como penalmente relevantes, atendiendo al contexto de su formalización, son del tenor de las actualmente imputadas, y a título de ejemplo se recogen en la STS 4/2017 FJ 5.

23. En lo que interesa al voto particular, y en relación a los hechos objeto de acusación, entiendo que adolecen, a diferencia del resto, de relevancia típica los que vengo recogiendo en los parágrafos 11 y 18.

24. En base al cuadro normativo descrito que el conjunto de tuits, excluidos los reseñados, donde se agradece la actividad violenta de concretas personas, independientemente del momento histórico en que se hubieran involucrado, pero sin que este sea un obstáculo para el acusado; "40 años sin Raúl " Santo " y Jose Antonio . Siempre os recordaremos con orgullo. #GUDARI EGUNA/DÍA DEL SOLDADO VASCO" y la silueta de 4 personas portando fusiles y una bandera..."Tras conocer que el Ayuntamiento de Madrid homenajeará de nuevo a Camilo , sólo puedo decir una cosa: ESKERRIK ASKO Sardina ", en referencia al miembro de ETA Felix , alias Sardina ... "Roma acoge este sábado una cumbre de la extrema derecha europea m.publico.es/504668 Estando ahí juntitos... un " Camilo " no estaría mal... "Hace 35 años el BVE asesinó a quien nos libró de Camilo ...#BetiArte # Sardina "... "Nunca olvidaremos a quienes dieron su vida por el pueblo... Humilde homenaje en mi brazo #GudariEguna # Santo Jose Antonio ". Así también se ensalza a un condenado por actos terroristas, nacido incluso después de la dictadura, Victoriano : "Agur eta ohore Victoriano . Beti gogoan! #PresoPolitikoakEtxera! #EzDaNaturala (Adiós y honor Victoriano , siempre en el recuerdo". Ciertamente las muestras de cariño pueden entenderse en personas del entorno más íntimo, pero no en desconocidos y a través de redes sociales, haciendo uso de expresiones que, implican en la lógica de la experiencia, un reconocimiento a su trayectoria. El conjunto de las expresiones y fotografías que se acompañan, de carácter esencialmente belicista: personas armadas con fusiles, etc., únicamente permiten concluir sobre la voluntad de ensalzar determinadas acciones de carácter terrorista y en ese sentido revestirlas de legitimidad como instrumento político. Y como tales susceptibles de expandir, favorecer el uso de la violencia, la intimidación y el hostigamiento como instrumento político, como manifestación de intolerancia ante el distinto ideológicamente hablando. Y es la razón que subyace al delito de odio, legitimado como instrumento necesario, en todo Estado de Derecho, garantizando la exclusión de la violencia como instrumento político, consolidando el ejercicio de la diversidad, reiteramos incluida la ideológica, sin riesgo.

25. Penalidad. Teniendo en cuenta, en los mismos términos, el conjunto de derechos en litigio, de cómo la limitación de la libertad de expresión, más en el ámbito pena!, debe guardar la necesaria proporcionalidad en todos sus extremos, no entiendo razón para que la pena a imponer no fuera otra que en su grado mínimo.

En Madrid, 21 de marzo de 2017

Fdo. Fernando Grande Marlaska Gómez

© Thomson Reuters