



Roj: **STS 396/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:396**

Id Cendoj: **28079120012018100068**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/02/2018**

Nº de Recurso: **583/2017**

Nº de Resolución: **72/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 72/2018

Fecha de sentencia: 09/02/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 583/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/01/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Procedencia: Audiencia Nacional. Sección Cuarta.

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

Transcrito por: AMV

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 583/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 72/2018

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral García

Dª. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 9 de febrero de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por **el Ministerio Fiscal y la representación de D. Miguel**, representado por la procuradora Dña. Gema María Chavernas Tejedor, contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Cuarta, de fecha 26 de enero de 2016, que condenó a Miguel por delito de enaltecimiento del terrorismo, siendo también parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, instruyó Procedimiento Abreviado 21/2016 contra Miguel por delito de enaltecimiento del terrorismo, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, que con fecha 26 de enero de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: PRIMERO-El acusado Miguel, mayor de edad y sin antecedentes penales, disponía de dos cuentas en la red social Twitter, una con la identificación @ DIRECCION000, desde el mes de mayo de 2014 y otra @ DIRECCION001, desde el año 2013 anterior, con una cantidad de seguidores en torno a los dos mil, siendo alrededor de cinco millones el número de usuarios de dicha red social en España.

En la primera de las cuentas indicadas, publicó los siguientes comentarios:

1-En fecha de 17 de diciembre de 2015 "53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas."

2-El 30 de diciembre de 2015 "Y 2015 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esa cifra, gracias"

3-El 31 de diciembre de 2015" Ya tengo los explosivos preparados para esta noche liarla en Sol, Feliz Año, Alá es grande"

4-El 31 de diciembre de 2015 "Ahora solo falta un atentado en Madrid, unos cuantos españoles muertos y un 2015 de puta madre."

Ante tales comentarios, la cuenta de correo de la unidad policial Grupo de redes II, (Unidad de control, seguimiento y análisis preventivo de los contenidos publicados en las diferentes redes sociales, entre tales Twitter) recibió correos de ciudadanos, quejándose, ante la forma de tratar el acusado el tema tan sensible en la sociedad española que ha dado lugar a estudios, seguimientos y reformas legislativas, sobre la violencia de género, incluso, formularse el día 1 de enero de 2016 una denuncia en la Comisaría de Policía de Santa Cruz de Tenerife y otra el día 3 de enero siguiente en la Comisaría de Policía de Zamora, por dos personas distintas que habían accedido a los mensajes, movidas ambas por la misma consideración expuesta.

Como quiera que la cuenta @ DIRECCION000, fue suspendida por Twitter el día 7 de enero de 2016, lo que sospechó el acusado que podía ocurrir por el tenor de los mensajes, y, dado que seguía en su idea, denigrando al colectivo de mujeres, por el hecho de serlo, de estimular la afrenta y ataque físico a éstas, lo siguiente publicado lo llevó a cabo desde la segunda de las cuentas reseñadas anteriormente, volviendo también sobre su loa al terrorismo yihadista cuando lograba alcanzar a un amplio número de víctimas, siendo el contenido de los mensajes el que sigue:

5-El 10 de enero de 2016"Ya no se ven atentados como los del 11S, estos de la Yihad no valen, sin van a masacrar a gente que lo hagan con estilo, vuelve Bin Laden."

6-El 14 de enero de 2016 " Beatriz era feminista y se tiró al río porque las mujeres se mojan por la igualdad."

7-El 14 de enero de 2016"A mi me gusta follar contra la encimera y los fogones, porque pongo a la mujer en su sitio por parte doble." 8-En 16 de enero de 2016 comparte la imagen de una mujer (no consta si fue víctima de maltrato o violencia de genero), con el lema "Ya la he maltratado, tu eres la siguiente."

SEGUNDO-En un principio distintos cuerpos policiales no lograron identificar al acusado, sino a través de su novia, tras lo que citado a Comisaría Miguel, admitió ser el usuario de dichas cuentas de correo y ser la persona que escribió los mensajes en la red social Twitter".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: QUE DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS al acusado **Miguel**, como autor criminalmente responsable de un delito de enaltecimiento del terrorismo y otro de incitación al odio, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, por el primero de los delitos, de un año de prisión y multa de doce meses a razón de una cuota diaria de tres euros con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos días de impago de la cuota diaria e Inhabilitación absoluta por tiempo de 7 años y a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y



por el segundo de los delitos, a la pena de un año de prisión y multa de seis meses a razón de una cuota diaria de tres euros con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos días de impago de la cuota diaria y a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y al pago de las costas procesales.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación por infracción de ley o por quebrantamiento de forma, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que deberá ser anunciado en el plazo de cinco días, contados a partir de la última notificación.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes, la pronunciamos, mandamos y firmamos".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **Miguel**, 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.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal y la representación del recurrente, formalizaron los recursos, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

El Ministerio Fiscal:

ÚNICO.- Por infracción de Ley del art. 849.1º LECrim., por aplicación indebida, respectivamente, del párrafo 3º del art. 510 CP y del párrafo 2º del art. 578 CP, supuestos agravados de delito de incitación al odio y delito de enaltecimiento del terrorismo.

La representación de Miguel:

PRIMERO.- Se funda en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, quebrando el principio de presunción de inocencia de Miguel.

SEGUNDO.- Se funda en el número 1º del artículo 849 de la LECrim., consistente en haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo, como es el artículo 27 del Código Penal, ya que solo es responsable criminalmente el autor del delito si se produce dolo en la comisión del delito y no haber quedado debidamente acreditado que la intención del Sr. Miguel fuera ofender o incitar al odio con sus manifestaciones.

TERCERO.- Se funda en el número 2 del artículo 849 de la LECrim., consistente en existir un error en la apreciación de la prueba, basado en los documentos que obran en autos (así como los no admitidos) y que no han sido contradichos por otros elementos probatorios.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal el recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 15 de enero de 2018 se señala el presente recurso para fallo para el día 25 de enero del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La sentencia cuya impugnación casacional conocemos en el presente recurso es condenatoria respecto del acusado del delito de enaltecimiento del terrorismo y del delito de incitación al odio, respectivamente contemplados en los artículos 578 y 510 del Código penal. En síntesis el relato fáctico refiere que el acusado publicó a través de la red social "twitter" las siguientes expresiones: "53 asesinadas por violencia de género machistas en lo que va de año, pocas aparecen con la de putas que hay sueltas"; y 2015 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos la cifra"; "ya tengo los explosivos preparados para esta noche en la plaza del Sol, feliz año, Ala es grande" "ahora sólo falta un atentado en Madrid con unos cuantos españoles muertos y un 2015 de puta madre"; "ya no se ven atentados como los del 11 de ese, estos de la Yihad valen, si van a masacrar gente que lo haga con estilo, vuelve Ben Laden"; " Beatriz era feminista, y se tiró al río porque las mujeres se mojan por la igualdad" "a mi me gusta follar contra la encimera y los fogones, porque pongo a la mujer en su sitio por parte doble". Por último colocando la foto de una mujer, respecto a la que no consta si fue víctima del maltrato de violencia, añade el lema "ya la he maltratado tu eres la siguiente".

La subsunción de los hechos se ha realizado en el delito de enaltecimiento del terrorismo, artículo 578, y en el delito de incitación al odio, del artículo 510. Contra la misma alza su queja el Ministerio fiscal, que denuncia la inaplicación de los apartados 3 del artículo 510 y 2 del artículo 578 al no haberse aplicado, respectivamente, la agravación de su difusión por Internet. Igualmente y por error de derecho recurre la defensa del condenado



que denuncia la indebida aplicación de estos preceptos por inexistencia de dolo argumentando que "el hecho de haber realizado determinadas manifestaciones no implica necesariamente que ésta se hicieran con dolo o pretendiendo ofender, injuriar o enaltecer ninguna clase de terrorismo".

Ambas impugnaciones pueden ser analizadas conjuntamente al versar las mismas sobre la denuncia de una errónea aplicación de la norma al hecho probado que se respeta la impugnación.

Respecto al delito de enaltecimiento del terrorismo la doctrina de esta Sala, por todas sentencia 224/2013 del 3 de marzo, ha declarado que la acción típica de enaltecer o justificar actos de terrorismo puede realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión y que el delito se caracteriza por tratarse de un comportamiento activo, que excluye la comisión omisiva, y con una sustantividad propia y distinta de la apología prevista en el artículo 18 y de forma específica, en el artículo 539 del Código penal. La apología del terrorismo exige una invitación directa a cometer un delito concreto. Por el contrario, la conducta de enaltecer o justificar el terrorismo del artículo 578 se estructura como una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico, sin llegar a integrar una provocación, ni directa ni indirecta del delito. La diferencia esencial radica en el adelanto de la barrera de protección que supone el 578 respecto al 579 del Código penal, por lo tanto, en la medida en que el primero no requiere la concreta incitación al delito, sino la genérica conducta de enaltecer o justificar un actuar incardinado en la delincuencia terrorista. La Exposición de Motivos de la reforma del Código penal que introdujo esta tipicidad abunda en que esta acción se penaliza con independencia de las conductas típicas del terrorismo, y así ha sido interpretada por la jurisprudencia de esta Sala que ha declarado, Sentencias de 23 de mayo y de 14 de junio de 2002, que el delito de enaltecimiento del terrorismo no es un delito de terrorismo dado que la actividad típica está constituida por la mera expresión laudatoria de actos terroristas o de sus autores, sin incitación a la comisión directa ni indirecta de actos susceptibles de ser tipificados en los tipos penales de terrorismo. En términos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987, de 16 de diciembre "la manifestación pública en términos de elogio o de exaltación o solidaridad moral o y biológica con determinadas acciones delictivas no pueden ser confundidas con tales actividades". Ahora bien, la conducta para que sea típica requiere una cierta concreción de lo que se enaltece o justifica de manera que suponga no un comentario genérico, sino una justificación del acto o de la banda terrorista.

Por su parte, el art. 510 Cp sanciona a quienes fomentan promueven la discriminación, el odio o la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos que son recogidos, en el precepto. El elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del "discurso del odio", que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren la antijuricidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo. El tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad.

Ambos delitos presentan una estructura similar, de lo que el delito de enaltecimiento es la especie del genérico 510 Cp. y una problemática parecida, relacionada con la colisión de su punición con el derecho fundamental a la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 112/2016, de 20 de junio, perfiló los límites de esa colisión. Tras destacar el carácter fundamental y preeminente que tiene la libertad de expresión, señala el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión, singularmente por las manifestaciones que alienten la violencia, afirma que puede considerarse necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir formas de expresión que propaguen, promuevan, o justifiquen el odio basado en la intolerancia. La función jurisdiccional consiste, en estos casos, en valorar, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la expresión de las ideas vertidas y las circunstancias concurrentes esto es, si la conducta que se enjuicia constituye el ejercicio legítimo ilícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad o, por el contrario, la expresión es atentatoria a los derechos y a la dignidad de las personas a que se refiere, situación que habrá de examinarse en cada caso concreto.

Respecto a la tipicidad subjetiva, tanto el delito de enaltecimiento como el de incitación al odio, no requieren un dolo específico, siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico que ha de ser constatado a partir del contenido de las expresiones vertidas. 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. En este sentido, el relato fáctico refiere la publicación de los mensajes en distintas fechas, 10 enero 14 enero, 30



diciembre 2015 31 diciembre, 17 diciembre, es decir, pluralidad de fechas que hacen que la conducta sea voluntaria y no una reacción a un estímulo exterior. Por otra parte, el contenido de las frases revela el carácter agresivo de las expresiones y la constatación del odio al ir referidas a situaciones en las que desea encontrar a mujeres a las que se refiere en términos agresivos en un contexto de género (art. 510 1 a) Cp ..

Desde la perspectiva anteriormente expuesta analizamos la impugnación formalizada. El dolo, que el recurrente condenado cuestiona en la sentencia, concurre efectivamente en la medida en que no nos encontramos ante un acto puntual, incontrolado e involuntario. Por las razones antedichas el autor conoce y quiere la realización de las expresiones que vierte a las redes sociales con un contenido indiscutido de odio que merecen reproche contenido la norma. Consecuentemente, el motivo de la defensa del condenado se desestima, pues desde el relato fáctico surge la tipicidad subjetiva declarada por la expresión de términos que en sí mismo tienen un contenido odioso.

Respecto a la impugnación del Ministerio fiscal es obvio que tales expresiones se vierten a través de la red social cuyos contenidos se encuentran en Internet, por lo tanto, son de aplicación las respectivas agravaciones previstas en el articulado que invoca. La fundamentación de la agravación radica en la proyección, buscada por el autor, del mensaje que se emite.

No obstante, comprobamos que si bien el discurso del odio es claro en su afirmación antijurídica y típica, en la medida en que el autor vierte las expresiones contra las mujeres, y particularmente, respecto de las que han sido objeto de una vejación y un maltrato físico, no concurre la misma intensidad con relación al delito de enaltecimiento del terrorismo, pues el relato fáctico expresa unas manifestaciones genéricas que refieren a sólo falta un atentado en Madrid o una expresión de deseo, por lo demás inapropiada, de un mejor estilo en los actos terroristas, expresiones muy genéricas que no implican la caracterización del delito de peligro en la medida en que no hay concreción del destinatario del acto que se enaltece o de la figura que se pretende reivindicar. Son expresiones demasiado genéricas desprovistas de un contenido terrorista e incendiarias en una expresión incardinada en la exteriorización de un odio a las normas de respeto y convivencia y su contenido se incluye dentro del delito más genérico del art. 510, en el que se incluyen esas expresiones para darles un tratamiento unitario y conjunto.

Consecuentemente procede, con estimación del recurso formalizado por Miguel , absolver al acusado del delito de enaltecimiento del terrorismo, manteniendo la condena por el delito de incitación al odio, el cual, con estimación del recurso puesto por el Ministerio fiscal declaramos la concurrencia del apartado tres del artículo 510 por llevarlo a cabo a través de Internet.

FALLO

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

Estimar el recurso de Casación interpuesto por **el Ministerio Fiscal**.

Estimar parcialmente el recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de **D. Miguel** , contra sentencia dictada el día 26 de enero de 2017 en causa seguida contra el mismo, por delito de enaltecimiento del terrorismo.

Comuníquese esta resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

RECURSO CASACION núm.: 583/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia



Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral García

D^a. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 9 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto la causa seguida por la Sección Cuarta, de la Audiencia Nacional, que condenó por sentencia de fecha 26 de enero de 2017 a **D. Miguel**, por delito de enaltecimiento del terrorismo y que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

SEGUNDO.- Que por las razones expresadas en único de los fundamentos jurídicos, procede la estimación del recurso del **Ministerio Fiscal** y la estimación parcial del recurso interpuesto por Miguel .

FALLO

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

Absolver a Miguel del delito de enaltecimiento del terrorismo del que venía siendo acusado y le condenamos como autor responsable de un delito de incitación al odio del artículo 510 apartados uno y tres a la pena de **2 AÑOS Y 6 MESES DE PRISIÓN y multa de nueve meses con una cuota diaria de 40 €**, con responsabilidad personal subsidiaria de 1 día por cada 3 cuotas no satisfechas.

Imponer a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral García Ana María Ferrer García