

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065245

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 675/2020, de 11 de diciembre de 2020

Sala de lo Penal

Rec. n.º 462/2019

SUMARIO:**Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Delito de odio. Delito de discriminación. Derecho a la libertad de expresión. Irretroactividad de la ley penal.**

La Decisión Marco de la Unión Europea 2008/913/JAI, impone la tipificación de la negación del genocidio en la medida en que se trate de una forma de incitación al odio contra minorías.

La nueva regulación del art- 510 a raíz de la LO 1/2015, tipifica dos grupos de conductas: de una parte, y con una penalidad mayor, las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios, así como los actos de negación o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado que hubieran sido cometidos contra esos grupos, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio contra los mismos; y de otra parte, los actos de humillación o menosprecio contra ellos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos o sus integrantes con una motivación discriminatoria. Pero el legislador de 2015 ha detallado expresamente un mayor número de acciones a las que antes no alcanzaba fácilmente esa redacción originaria, pero sin suprimir las que en esta tenían cabida y por tanto ya estaban castigadas. La libertad de expresión, no ampara mensajes racistas o xenófobos, porque no es un derecho absoluto, y no puede ofrecer cobertura al llamado "discurso del odio", esto es, a 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 delito contemplado en el art. 510, es de riesgo abstracto puro, potencial o posible; es, por lo tanto, también, un delito de mera actividad, que se consuma por la sola incitación a las variables discriminatorias y los únicos elementos que exige el tipo son la emisión del mensaje provocador o discriminatorio (elemento objetivo) y la voluntad de emitirlo, pese a ser conocedor de ese contenido (elemento subjetivo), al que, si se quiere, habrá que añadir ese riesgo, pero insistiendo que se trata de un riesgo abstracto, entendido en el sentido de que sea potencialmente idóneo a la incitación, y queda consumado sin necesidad de que se consiga lo que con ella se persiga, es decir sin que se produzca un resultado de peligro.

la libertad de expresión no debe primar a costa de quebrar la dignidad de la persona

A partir de las canciones interpretadas por dos grupos musicales en un concierto, interpretó varias canciones con trasfondo común referidas a la supremacía de la raza y consiguiente discriminación de personas que no pertenecen a dicha raza con la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la xenofobia y antisemitismo; material que tiene un trasfondo común referido a la supremacía de la raza blanca. Por último señalar la responsabilidad penal de los distribuidores de las canciones, quienes también se dedicaban al merchandising y venta de productos propio. No aplicación del régimen de responsabilidad en cascada del art. 30 CP que señala que en los delitos que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente, ya que los acusados no vienen acusados "por sus funciones como editor o productor de discos, sino como distribuidor y vendedor de los mismos sabiendo de su contenido. Donde ha de ponerse el acento de cara a dilucidar la responsabilidad penal en papel fundamental que tuvieron en la difusión de un determinado material con cuya distribución no solo es que estuvieran de acuerdo, sino que se implicaron en ella y la difusión de ese material que se ponía en circulación era una labor de todos, en la que cada cual asume un papel, pero en la que todos estaban de acuerdo, razón por la que habrá que hablar de coautoría propia, con exclusión, en consecuencia, del régimen del art. 30 CP.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 14.3, 28, 30 y 510.1.

Constitución Española, arts. 10.1, 16, 18, 20 y 24.

PONENTE:*Don Ángel Luis Hurtado Adrián.*

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 675/2020

Fecha de sentencia: 11/12/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 462/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/12/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IGA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 462/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 11 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 462/2019 interpuesto por Miguel Ángel Y Abel representados por el procurador D. Javier Campal Crespo y bajo la dirección letrada de D. Fernando Oriente Coromina; y por Alejo y Amadeo representados por el procurador D. Javier Campal Crespo, bajo la dirección letrada de D. Ignacio Menéndez González Palenzuela; contra Sentencia de fecha 8 de noviembre de 2018 dictada por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Rollo de Sala nº 702/2018, dimanante de las diligencias Previas 1178/2011 por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Sabadell seguida por delitos de asociación ilícita delito continuado cometido con ocasión del ejercicio de los Derechos Fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución en su modalidad de discriminación al odio y a la violencia, delito continuado de difusión de ideas que

pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de genocidio y delito de tenencia de armas prohibidas.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 2 de Sabadell incoó Procedimiento Abreviado con el número 3/2018 dimanante de las diligencias previas 1178/2011, seguido por un posible delito de asociación ilícita delito continuado cometido con ocasión del ejercicio de los Derechos Fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución en su modalidad de discriminación al odio y a la violencia, delito continuado de difusión de ideas que pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de genocidio y delito de tenencia de armas prohibidas, contra los acusados; Miguel Ángel, Abel, Alejo, Amadeo Y OTROS de los delitos y por los hechos por los que venían siendo acusados, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona cuya Sección Séptima dictó, en el Rollo de Sala nº 702/208, sentencia de 8 de noviembre de 2018, con los siguientes hechos probados:

" Sobre el concierto de Sabadell:

En fecha 27 de octubre de 2010 y en nombre del Movimiento contra la Intolerancia se presentó denuncia ante el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona en relación a un concierto a celebrarse el día 30 de octubre del mismo año y en el que estaba prevista la actuación de los grupos de música RAC/ OI, Batallón de Castigo y Más Que Palabras , estimando la denunciante que ello podría constituir un ilícito penal; por la citada Fiscalía se acordaron diligencias de investigación en la misma fecha y que fueron judicializadas el 20 de abril de 2011.

Así, el 30 de octubre de 2010 en la sala Kon-Fusion de Sabadell tuvo lugar el concierto en que actuaron en primer lugar y como teloneros el grupo Más Que Palabras mientras que en segundo lugar y como grupo principal, el grupo Batallón de Castigo.

Dicho concierto fue organizado por el acusado Alejo , fundador y miembro permanente del grupo Batallón de Castigo, contactando con la sala y las personas que iban a realizar las funciones de venta de localidades. Para acceder a la sala, que lucía el cartel de "Reservado el derecho de Admisión" bastaba con adquirir la entrada cuyo precio era de 15 euros, llegando a entrar en la sala de fiestas para asistir al concierto, unas 200 personas, formando parte del público personas que vestían estética skinhead, exhibiendo simbología propia del régimen nacional socialista como esvásticas y cruces gamadas, algunas de ellas con antecedentes policiales por agresiones a causa de motivación ideológica.

El grupo MAS QUE PALABRAS interpretó varias canciones con trasfondo común referidas a la supremacía de la raza blanca y consiguiente discriminación de personas que no pertenecen a dicha raza con la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la xenofobia y antisemitismo que dichas canciones implican, provocando y propagando dichos sentimientos entre los asistentes a los conciertos. Entre otras canciones interpretadas y sus letras son destacables las siguientes : " Lobos : Peligrosos de día, feroces de noche, odiamos vuestras vida, de vicios y derroche, el olor a sangre, aumentan nuestros sentidos, sabemos que estás cerca puedes darte por perdido, si das la espalda no eres de los nuestros, atacamos de cara, no como los cerdos, a la luz de la luna, nos hacemos fuertes, defenderemos la calle, con uñas y dientes..salvajes y agresivos, nuestra forma de ser, colmillos afilados si nos vienen a joder, no vamos en son de paz, no veré vuestra perrera, porque vamos a pegar, fuerte, desde las piernas..no existe vacuna para nuestra rabia, moriremos matando a quien os financia...míranos lo justo si no eres de los nuestros, camúflate en el bosque, esto no es un juego, salvajes y agresivos, nuestra forma de ser, colmillos afilados si nos vienes a joder. En nuestra manada , no existe la falsedad/ Skingirl : Un día decidiste cortarte la melena , la gente horrorizada miraba tu vestimenta , ese cambio radical te hizo respetar y hacer ver a los demás tu forma de pensar, siempre tuviste muy claro lo que debía hacer, conservar tu identidad desde antes de nacer, Oi, tu alma no es igual a la de cualquier mujer , tu lucha reconocida y camarada fiel , en las calles peleaste, te hiciste valer, orgullosa y agresiva, eres una skingirl.. pasaron los años y tú sigues siempre igual, con actitud rebelde, criticada por la sociedad, nuestra raza está en tus manos y no va a desaparecer, la guerrera área no te deja vencer, combativa hasta el final, nunca vas a decaer, golpea el sistema, dale hostias otra vez../ Obrero y español : ..Oi, lo pasas muy difícil para llegar a fin de mes porque por cuatro duros lo hace un camerunés, los altos sindicatos , que dicen que te apoyan, lo que les importa , nuestra escoria roja, estás hasta los huevos, de aguantar el capital,

tu única esperanza, es poderte rebelar, un día te presentas, como todos los demás, le escupes en la cara, no te puedes doblegar, porque soy obrero y español../ Gloria y honor ...Con una sola mirada voy a pelear, mi honor se llama fidelidad, soy un NS, vas a combatir, tu espíritu es valiente, tu estandarte rompe el cielo gris, nada podrá hacerme detener, soy un NS y vas a combatir, Y no temo a la muerte, con sangre y fuego la ahuyentaré, mi patria voy a proteger, Sieg Heil !...Soy un NS hasta combatir, y no temo a la muerte, con sangre y fuego la ahuyentaré, mi patria te va a proteger, SIEG HEIL, SIEG HEIL, SIEG HEIL, soy un vasco NS SIEG HEIL, SIEG HEIL, Soy un vasco NS SIEG HEEEEIL/ Más que palabras : Contamos con la fuerza para seguir molestando , gritar por Jon que está encarcelado ../ Camisas Pardas ... Con los rojos y judíos no habrá piedad, sus mentiras y conflictos iban a pagar, iiaa, cerdo comunista sabes cual es tu destino , lo jóvenes SA te han marcado como objetivo, corre, corre, corre !, intenta escapar, las camisas pardas te están a punto de alcanzar, corre escóndete o asume la realidad, o esta noche firmarás tu sentencia final, rebeldes con la esvástica lucían los muros, acabando con propaganda de marxistas y usureros, los años de injusticia los pagaréis muy caros, porque por la noche salen los gatos pardos, iiaaa, cerdo comunista sabes cual es tu destino , los jóvenes SA te han marcado como objetivo, corre corre corre, intenta escapar, los olas salvajes te están a punto de atrapar /Desperdicio Social Caminando por el barrio contigo me he cruzado, he visto tu bandera y mi símbolo tachado, hoy es un día de suerte, te tengo acorralado, aquí no hay policía y tampoco apollardados, no me mires a los ojos, me da asco tu presencia, como te encuentre otra vez disfrazado de skinete, vas a firmar puros, con los restos de tu piel, desperdicio social.. desperdicio social , ahora estamos cara a cara y te me echas a llorar, esta noche con tu rostro el asfalto vas a firmar, mis botas en tu cara, lo has podido contemplar.. Desperdicio social, ahora estamos cara a cara y te me echas a llorar, que pasa perro de mierda, eres un puto guarro ya puedes echar a correr, ...aquí me tienes, ..hijo de puta, Yo soy un nazi/ Sin título Has sido señalado como el malo del papel, pase lo que pase siempre te van a joder, estarás perseguido y apuntado en su lista, pero algo está claro, soy nacional socialista, sigues en la brecha, llena tu corazón, se ellos dicen si, tu dirás no, llegará el momento de acabar con el traidor, entonces ya no habrá perdón/ Sin título . .y el que se nos cruce los vamos a hostiar, somos la vieja estirpe, somos la vieja estirpe y os vamos a joder, guerra en las calles, guerra civil ya, skinheads en todas partes unidos para luchar, skins en el paro, skins en el bar, skins en todas partes controlando la ciudad, vuelven los skins, y el que se nos cruce lo vamos a hostiar, somos la vieja estirpe y os vamos a joder, somos la vieja estirpe y os vamos a joder, caos, caos, caos revolución, caos, caos, caos revolución, caos , caos.

Durante la interpretación de las canciones y al finalizar cada una de ellas, el público coreaba Sieg Heil, Sieg Heil, Sieg Heil, Sieg Heil, profiriendo igualmente gritos como " Jon libertad" a quien también se refirió el grupo en la canción Más que palabras.

Finalizado el concierto, uno de los músicos, dirigiéndose al público dice " recordaros lo de la lotería para los interesados. Son tres, se juegan dos y uno va para ayudar a Jon " Jon fue condenado a 26 años de prisión por el asesinato por motivos ideológicos de Roman , sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid en fecha 14 de octubre de 2009 y confirmada por el Tribunal Supremo 360/2010 de 22 de abril.

Seguidamente, BATALLON DE CASTIGO, interpretó varias canciones con trasfondo común referidas a la supremacía de la raza blanca y consiguiente discriminación de personas que no pertenecen a dicha raza con la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la xenofobia y antisionismo que dichas canciones implican, provocando y propagando dichos sentimientos entre los asistentes a los conciertos. Entre otras canciones interpretadas y sus letras son destacables las siguientes : Ejecución : Ha llegado ya tu hora, y ahora vas a pillar, mucho tiempo esperando, te vamos a ejecutar, mucho crimen contra el pueblo, muchas peleas a evadir, muchos coches y despachos, pero ahora vas a morir...un poste , doce fusiles, una venda te pondrán, será inútil que grites, porque nadie te oirá/ Democracia Sangre y fuego os merecéis , putos demócratas de mierda, no nos vamos a detener, os declaramos la guerra, vuestros cuerpos penderán de árboles y farolas, vuestros hijos morirán, antes de que puedan nacer, en los campos os pudriréis , hijos de puta, mientras en España empieza a amanecer, mierda, democracia mierda, mierda, democracia mierda....las almas preparadas para la revolución, reventando el capital, el marxismo, el gobierno, sionismo mundial, tropas de asalto dispuestos a luchar, hogueras que se encienden, en la calle una vez más, hay muchas cuentas que saldar , mucho hijo de puta que visitar, hay una patria que saldar... por la revolución socialista y nacional, hay muchas cuentas que saldar, mucho hijo de puta que visitar, hay una patria que salvar, y nadie nos podrá salvar Bestias : Son esclavos de otras tierras, que surgen en la oscuridad, desembarcan en las playas, invadiendo nuestra sociedad, se deslizan como serpientes, ocupando tu espacio vital, venden veneno en las calles, lo tenemos que evitar, son los que ya sabemos, que se intentan camuflar, pero a nosotros nunca se nos pondrá engañar, son los que ya sabemos, que se intentan camuflar, pero a nosotros nunca nos podrán engañar, dicen que somos hermanos, imploran tu caridad, hablan de derechos humanos y te apuñalan por detrás, no creas que me ablandan, yo no me trago su cuento , acabaré con toda la especie, allá en Ecuador, dicen que somos hermanos.../ Al arma : Terror del comunista , somos del fascismo componentes, luchando por la causa hasta la muerte, y golpearemos siempre fuerte, fuerte, mientras tengamos corazón , glorificando la patria nuestra, que unidos todos los defenderemos...., enemigos y traidores, que uno a uno las pagarán. Terror del progresista, sabemos bien nuestro objetivo, combatir con certeza en la victoria, y que no sea solo por la gloria sino para alcanzar la libertad , al enemigo que combatimos, sabremos darle bien su merecido, y a nuestros gritos esos canallas, van a temblar, van a temblar/ Mentiras : ...la furia va ascendiendo , mi cabeza va a estallar, el odio que

destilo, tu cuerpo lo absorberá, mi mente está vacía, en mis manos el puñal, busco entre tus costillas, un lugar para clavar, entre firme y suave, hasta llegar al corazón, tu sangre me salpica, está en ebullición, sabes que estás muerto, que ya no hay solución , aunque tus ojos sigan suplicando.

El público durante las canciones y al finalizar las mismas, coreaban Sieg Heil, Sieg Heil, Sieg Heil, Sieg Heil; al finalizar el tema Al arma, uno de los miembros del grupo dice "Arriba España, coño!" contestando el público "Arriba ! Jon libertad, Jon libertad !

Sobre el grupo BATALLON DE CASTIGO

Es un grupo en el que normalmente lo forman cuatro integrantes aunque como miembro fijo y permanente del mismo únicamente consta el acusado Alejo quien además es autor de la mayoría de sus canciones e intérprete-vocalista en los distintos conciertos ;este grupo musical se forma en el inicio de los años 90 del siglo XX en la prisión de Alcala II donde sus miembros originales residían entonces, entre ellos, el citado Alejo , que cumplía condena por delitos de homicidio consumado y homicidio en grado de tentativa por sentencia dictada el 15 de noviembre de 1993 así como por delito de lesiones cualificadas dictada en fecha 27 de julio de 1995 . Dicho grupo consta registrado a nombre del citado señor Alejo .

Los miembros restantes del grupo se han ido renovando periódicamente, sin que puedan ensayar periódicamente , ni se vean con asiduidad dada la distancia geográfica de sus domicilios. En el concierto de Sabadell, formaron el grupo los otros tres acusados, Pedro Enrique, Adolfo Y Alfonso, respecto a quienes no consta que cantasen las canciones, limitándose a la interpretación musical , ensayando partir de un CD que el acusado Alejo les entrega días antes del concierto, desconociendo las letras de las canciones. Adolfo Y Alfonso fueron contratados por Alejo para que participaran puntualmente en los conciertos de la Sala Heineken de Madrid celebrado el 27 de febrero de 2010 y en el de Sabadell, siendo contratados por 200 euros.

Por su parte, Pedro Enrique que es un miembro más estable del grupo BATALLON DE CASTIGO, ha participado en tres o cuatro conciertos del grupo, aparte del de Sabadell y Madrid del año 2010. Conoció a Alejo en el centro penitenciario de Carabanchel en el año 1996, donde coincidieron durante dos o tres meses. Pedro Enrique no ha participado en la composición de los temas ni en la edición de los discos y funciona como un "mercenario musical", por lo que le basta para participar en los conciertos que se le manden con anterioridad la base musical de cada tema para ensayar, tocando la batería y desde su posición en los conciertos no puede ni escuchar las letras de las canciones que se cantan, sin que tampoco sea vocalista durante los conciertos. Batallón de castigo, para la difusión de sus actividades y relacionarse con sus seguidores y con la finalidad de propagar los sentimientos de discriminación de personas por razón de raza y nacionalidad y así extender el odio y la violencia como consecuencia de la xenofobia y antisionismo que sus canciones implican, contaba con un perfil propio en la red social Facebook, ubicado en la URL: , perfil de acceso libre e indiscriminado a cualquier usuario de Facebook. Dicho perfil , clausurado durante la fase de instrucción , se encontraba dividido en seis apartados (Muro, Información, Fotos, Casillas, Videos y Eventos). En el apartado Fotos, se mostraban imágenes de los conciertos celebrados, entre otros, en Madrid y Sabadell en el año 2010 mientras que en el apartado Información se hacía constar, entre otras, el nombre de su discográfica RATATA-TA-TA y la referencia a su página web bicéfala.com , así como diversos enlaces de otras páginas propias y ajenas de similares características.

El concierto que Batallón de Castigo ofreció en la Sala Heineken en Madrid fue registrado y publicado en internet en vídeos independientes para cada canción interpretada, en un total de 15 vídeos que fueron alojados en el canal de youtube "Bdc XX Aniversario", ubicado en la dirección electrónica bdcXXaniversario? feature=watch, creado el 25 de febrero de 2011 y a través del cual era accesible a todo usuario de internet, logrando así una difusión masiva de dichas canciones , obteniendo el citado canal un total de 395 suscriptores y 407.974 reproducciones a fecha de 18 de abril de 2013. Entre dichas canciones figuran las siguientes : Bestias : Son esclavos de otra tierra, surgen en la oscuridad, desembarcan en las playas, invadiendo nuestra sociedad, se deslizan como serpientes, ocupando nuestro espacio vital, venden veneno en las calles, lo tenemos que evitar...Acabaré con toda la especie, a hierro y fuego... / División Azul :-canción que es interpretada igualmente por el público- Es un ángel que va cabalgando, cabalgando con brío y valor, va cantando las tristes historias, de una guerra que ya terminó, primavera lejos de mi patria, primavera lejos de mi amor, primavera sin flores y sin risas, primavera a orillas de Vochow, y sus aguas que dan a la doga, van cantando esta triste canción , canción triste de amor y guerra, cuando ebrio avanza el enemigo, y con vodka ataca sin valor, rasga el aire más fuerte que la metralla, las estrofas de mi cara al sol, cara al sol canción antigua y nueva, cara al sol es el himno mejor, cara al sol y morir peleando../ Al arma : Al arma, al arma, al arma soy fascista terror del comunista, somos del fascismo componentes, luchando por la causa hasta la muerte, y golpearemos siempre fuerte, fuerte, mientras tengamos corazón , y unificando a la patria nuestra, que unidos todos la defenderemos, contra enemigos y traidores, que uno a uno las pagaran, Al arma, al arma, al arma, soy fascista , terror del anarquista, - cantado por el público- sabemos bien nuestro objetivo, combatir con certeza en la victoria, y que no sea solo x por la gloria, sino para alcanzar la libertad, al enemigo que combatimos sabremos darle bien su merecido, oír nuestros gritos, esos canallas van a temblar. Al arma, al arma, al arma, soy fascista ,

terror del progresista, llevaremos la victoria a todas partes, porque el coraje no nos faltará , y gritaremos siempre fuerte, fuerte, defenderemos nuestra libertad, en guardia amigo, que en cualquier parte nosotros siempre estaremos dispuestos, hasta que la gloria del fascismo, triunfe en la nación. Cataluña no es una nación, España una, España unida.

Batallón de castigo ha grabado y editado tres CD,s : "Caña de España" en 1998, "Desperta Ferro" en 1999 y "Akelarre" en 2004, con el sello discográfico "RATATA-TA-TA". La edición de cada CD es de unos mil ejemplares.

Sobre el grupo Mas Que Palabras

Es un grupo musical formado entre otros, por el líder y miembro permanente, el acusado Amadeo , mientras que el otro miembro más habitual, es el también acusado Juan que entró a formar parte del grupo en el año 2010 al ser invitado por Amadeo, participando como integrante de Más que Palabras en el concierto de Sabadell y en el de Málaga pero no en el de la Sala Heineken de Madrid, concierto en el que participó con el grupo IBERIAN WOLF que no es objeto del presente procedimiento, sin que se reúna con Carlos para ensayar previamente a los conciertos, teniendo en cuenta que Amadeo vivía en Bilbao y Juan en Córdoba

Amadeo es quien tiene una participación activa en la composición de las letras de los CD,s, publicados por dicho grupo (UNA VIDA DIFERENTE, NUEVA ERA), siendo además quien cuelga los contenidos de la página oficial de Facebook disponiendo solo él de las claves de acceso y, aun cuando no era el encargado de administrar el blog del grupo , se comunicaba con el administrador a través de internet, administrándolo con su consentimiento para subir el contenido del blog, siendo igualmente consciente de que normalmente se cuelgan en You Tube las canciones del grupo.

Este grupo musical disponía de una página oficial , en formato blog creado en el mes de enero de 2011, ubicada en la dirección . El número de visitas a dicha página a fecha 23 de abril de 2013 era de 12.566. En el citado blog aparecen las siguientes páginas vinculadas :[...] y la[...] y a través de la cual los seguidores contactaban con el grupo. En la cabecera de la página consta el anagrama de la banda musical que representa el nombre del grupo sobre un puño americano o de pugilato, identificándose igualmente los miembros del grupo musical que aparecen en la portada del blog, entre ellos, los acusados Amadeo Y Juan.

El contenido de las publicaciones de la página web se nutre de imágenes, artículos de opinión, fotografías y videos relacionados con su música y de otros grupos musicales afines, material que tienen un trasfondo común referidas a la supremacía de la raza blanca y consiguiente discriminación de personas que no pertenecen a dicha raza con la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la xenofobia y antisemitismo que dicho material implica, provocando y propagando dichos sentimientos a los que tienen acceso a dicho material. Entre las publicaciones se encuentra el concierto que Más Que Palabras celebrado el 21 de enero de 2012 celebró en Málaga y en el que también participaron los grupos KONTROL RUTINARIO e IRMUNSUL. Del citado concierto constan cinco vídeos donde se puede observar colgada una bandera con una cruz esvástica. Igualmente se colgó en la citada página en fecha 15 de noviembre de 2012 un concierto que Más Que Palabras ofreció en Chile el 3 de noviembre de 2012. Entre las canciones interpretadas en los conciertos reseñados y accesibles a través de la citada página se encontraban las siguientes : Nuestra voz ..nace ese instinto agresivo, oi, oi, oi, y violencia contra el antifascismo...nuestra voz, el odio invade tus sentidos...toma parte en esta guerra, no cedas ni un paso por tu tierra, nuestra voz, el odio invade tus sentidos../ Psycho por la sociedad...la razón y el corazón, solo un sentimiento dentro de tu cabeza, el odio nacido te crece y te hace fuerte, satisfacción, siempre te aguantas la mirada, donde puedas ver su sufrimiento, el sufrimiento ajeno te dará el placer .../ Censura del sistema ..las órdenes de sión, no importa quien te juzgue..la idea es condenarlo, despojarle de su honor..la voz libre de la raza blanca, la juventud hasta el final, algún día de todo esto os arrepentiréis , vuestras lágrimas de judas no nos servirán, algún día de todo esto os arrepentiréis , oi, oi, oi, no nos detendrán/ Odio : ...ellos te jodieron cuando solo eras un niño, el puñal está en la mesa, solitario y frío, un recuerdo por aquellos que no vas a olvidar, sediento de sangre tu pasado vengarás , eh , eh...ira, venganza, sangre y sudor, precio que será cobrado y le debes el honor..las navajas en mi... empiezo a sangrar, más vale que no te encuentre porque la vas a pagar eh, eh, aun buscarás dentro su impotencia y dolor, recuerdos duros de un pasado que yacen en mi interior, ira, venganza, sangre y sudor, precio que será cobrado y le debes el honor, odio, odio..la venganza es infinita, la justicia me da igual, mis signos de identidad, las tuyas frente al puñal, mañana serás cadáver..hippie hijo de puta venga ponte a llorar , cuando por fin estés muerto yo ya estaré en paz/ Buitres : terroristas y genocidas, hoy en día galardonados, son los reyes del escenario y por todos respetados....para nosotros no sois nada ni nadie, basura corrupta cobarde, que va a desaparecer, algún día el pueblo abrirá los ojos y vuestros crímenes al fin serán todos juzgados, terroristas y genocidas/ Antipolíticos : ..nunca dudamos, ante la duda, atacamos sin compasión, siempre fuimos y seremos antipolíticos, rapados o no rapados, solo hay una distinción , los que decimos ser nazis y los que dicen que no, si crees que solo te basta con calzarte una botas , es que no has entendido nuestra forma de pensar...el rapado que dice nuestra forma de actuar, es la fe de nuestras ideas, la fe nos da la unidad, nunca dudaremos al decir que somos nazis, siempre sabremos cual es nuestro lado y cual es el suyo, nunca dudamos, ante la duda, atacamos sin compasión, siempre fuimos y seremos antipolíticos nunca dudaremos al decir que somos nazis../ Violencia : violencia por tus venas, desde que eras un niño, sabias desde entonces, que luchar es tu destino, jodiendo a todo aquel, que se ponía en tu camino, tu único

objetivo matar al enemigo, violencias 4, las calles defendiste, no te podían parar, siempre estabas alerta por si había que pelear, la esvástica guiaba tu forma de pensar y cueste lo que cueste la van a respetar...nos las tendréis que pagar, políticos farsanes, empezad a temblar, vuestra puta democracia, vamos a aplastar....disturbios en las calles, contra los guarros y maderos, oí, probaran el odio, sangre, fuego y acero, contemplas ahí tirado, un bastardo en el suelo, hoy dormirás tranquilo, un puto cerdo menos/ Reconquista un canto olvidado, renace de nuevo, contra aquellos seres, que invaden nuestro suelo, un fuerte clamor, inunda nuestra patria, para echar por siempre a ese eterno invasor, España nación, madre de inmortales, de gloriosos guerreros, de noble corazón, malditos hijos de alá, es España no se os quiere y un pueblo en armas frente os hará, tanta sangre ya derramada, ocho siglos de cruentas batallas, solo con odio, solo con fuerza para expulsarnos de nuestra tierra...nuestra tierra jamás será profanada, hijos de España a la batalla, contra el Islam por nuestra patria..todos en guardia contra este cáncer, todos contra la estrella y la luna, sangre y fuego al moro invasor, una nueva reconquista por tu nación, banderas al viento para luchar, tambores de guerra que vuelven a sonar, pueblo de España, levántate ya, no parar hasta reconquistar/ Gloria y honor : ...soy un ss, marchó a combatir, mi espíritu es valiente, mi estandarte rompe el cielo gris y nada podrá hacerme detener, soy un ss, marchó a combatir y no temo a la muerte, con sangre y fuego le ahuyentaré mi patria voy a defender, sieg heil. ...la muerte me sonríe..no descansaré hasta vencer, sieg heil, soy un ss, marchó a combatir.

El grupo Más que palabras ha editado dos CD,s : "Una vida diferente" en el año 2006 y "Nueva Era" en el año 2011. En el primero, en su carátula aparece un grupo de Skinheads provistos con bates de beisbol y navajas dando una paliza a dos personas de raza negra a las que cortan la zona abdominal y asfixian, mientras que en el segundo, se muestra un arma de fuego tipo revolver que está siendo cargada con un proyectil.

En la organización de los conciertos de los grupos Más que Palabras y Batallón de Castigo, así como en la creación de sus blogs y perfiles en Facebook y su presencia en You Tube no ha quedado acreditada la participación de las entidades SOPORTES SONOROS SL y DISTRIBUCIONES SERIGRAFICAS EL DSO SL ni la de sus administradores o empleados.

Sobre las entidades DISTRIBUCIONES SERIGRAFICAS DSO SL y SOPORTES SONOROS SL

DISTRIBUCIONES SERIGRAFICAS DSO, SL era una entidad en la que aparecía como administradores únicos los acusados Abel Y Carlos Miguel y en la que figuraban como trabajadores los también acusados Miguel Ángel Y Fermina, siendo propietaria de la página web, www.dso.com; dicha entidad tenía su sede social en la tienda o establecimiento abierto al público sita en la calle Mayor nº 4, piso 2 de Madrid, lugar en que trabajaba realizando únicamente tareas de empaquetado y la de acudir a los apartados de correos la acusada Leocadia; igualmente, no consta que el acusado Bruno tomara decisión alguna sobre la dirección y actividad de la empresa, limitándose su actuación en aportar capital en su constitución y acudir a la sede social con periodicidad trimestral a recoger los dividendos que le correspondían.

SOPORTES SONOROS era una entidad cuyo administrador único era el acusado Miguel Ángel, teniendo su sede social en la CALLE000 nº NUM000 de Madrid que a su vez era el domicilio donde residía el matrimonio formado por los acusados Miguel Ángel Y Fermina. Dicha entidad era titular de las páginas web www.falangista.com, www.44x2.com y www.bicefala.com, así como propietaria de los sellos discográficos de grupos de música RAC/OI "RATA-TA-TA" y el "Guevo de la Selpiente"

Estas dos entidades, si bien formalmente eran independientes, lo cierto es que obraban de forma indistinta como si fuera una única empresa, dirigida por los acusados Abel Y Miguel Ángel que tomaban las decisiones sobre su actividad y gestión y que se realizaba de forma ordinaria en la sede social o tienda de la calle Mayor y, de forma esporádica u ocasional en la sede de social y domicilio del acusado Miguel Ángel sito en la CALLE000

Dichas entidades tenía por objeto la edición y distribución del material discográfico del grupo BATALLON DE CASTIGO así como otros grupos musicales del mismo tipo de música RAC y OI. Igualmente se dedicaban a la venta de todo tipo de merchandising tales como camisetas, polos, sudaderas, parches, banderas, insignias, posters, bolsos, llaveros, pulseras, cateras, pins.....de contenido racista, xenófobo, antisemita y homófobo así como reproducción de simbología propia del régimen del III Reich de Alemania y de sus líderes, entre ellos Adolf Hitler. Se trata de materiales que tienen el mismo trasfondo común referidas a la supremacía de la raza blanca y consiguiente discriminación de personas que no pertenecen a dicha raza con la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisemitismo, provocando y propagando dichos sentimientos a los adquirentes de los mismos. Dicha adquisición se realizaba a través de la venta física de objetos en el establecimiento abierto al público en la calle Mayor 4, piso 2 de Madrid o bien a través de la venta a través de tres páginas web : www.falangista.com, www.44x2.com, y www.bicefala.com y www.dso.com logrando así una distribución masiva e indiscriminada de todo este tipo de material así como importantes ganancias para sus responsables; concretamente, entre los años 2007 y 2011 se han acreditado ventas que sumaron un total de 2.496.024, euros, entre la venta realizada en la tienda sita en la calle Mayor (494.191 euros), por correo postal (1.024.459 euros), venta realizada al extranjero (647.408 euros), venta realizada a través de tarjeta VISA (306.666 euros) y venta realizada al por mayor (23.300 euros).

Las citadas páginas ofrecían a sus usuarios y como método de pago para la venta de sus productos tanto a través de tarjeta de crédito , mediante la entidad Western Union así como contra reembolso. Las páginas web bicefala.com, 44x2.com y falangista.com compartían con empresas SOPORTES SONOROS SL la misma dirección postal para el cobro de los envíos contra reembolso , gestionando las operaciones de venta a través de dos apartados de correos de Madrid, el 51107 y el 14259, figurando el primero a nombre de SOPORTES SONOROS y el segundo a nombre del sello discográfico RATA TA TA. Dichas páginas ofertaban los productos antedichos en forma de catálogo.

Entre los concretos productos y bienes que ofrecían estas páginas figuraban camisetas con los siguientes eslóganes: panchito invaders; los maricas no van a la guerra; marica que va, marica que muere; atención no eres panchito, habla correctamente; igualmente se ofertaba distintas insignias, banderas, chapitas, pegatinas y anillos propios del imaginario nacional socialista en los que aparecía la bandera esvástica; de la SS; de las 14 palabras (referente a la creación de David Lane, miembro del Ku Kuk Klan : "debemos asegurar la existencia de nuestra raza y un futuro para nuestros niños blancos); del nº 88 (referencia al número 8 que por orden de alfabeto se corresponde a la letra H y que los grupos neonazis utilizan a modo de saludo nazi y que al utilizarlo por dos veces se refiere a HH, esto es, Heil Hitler); banderas de la juventud hitleriana, de la Waffen SS, de la de guerra III Reich, del partido nacional socialista; chapitas bandera hitleriana, de antipanchitos, de rojos no, gracias; pegatinas de Ein Volk ein Reich y ein furher, pegatina en la que aparece Hitler con la inscripción : con Hitler, el tenía razón, pegatina en la que aparece Hitler con la inscripción Hitler es la victoria; pegatina en la que aparece la inscripción : rojos sí, pero fritos.

Igualmente, se ofrecía música , entre otra, con las siguientes canciones y letras : Fuerza Nueva : yo entonces quería una España cristiana, libre de rojos, masones y judíos, por el imperio hacia Dios, siempre luchando bajo el signo divino, fuerza nueva, recuerda aquellos años, cuanta sangre joven se ha derramado, cuantos camaradas quedaron atrás , muertos, heridos y olvidados, cázame las alpargatas, llenas de sangre por peleas en las calles, nosotros luchando y ellos comiendo, peleas por todas partes, yo aun no me arrepiento, servir a España no es nunca en vano, no me arrepiento de decir Arriba España, brazo en alto/ Quieren joder a mi país : Ya se que la Patria hoy no está de moda, querer a España es criminal, ser insumiso es un orgullo para un padre, y que el futuro es multirracial, quieren joder a mi país, no quiero ver más pateras en las costas, tras tantos siglos de gloria imperial, quieren joder a mi país, os aseguro que la lucha continua , no pararemos hasta el fin, España entera gritará toda una, iros fuera de aquí/ Legión negra : 1945 nuestra Europa aplastada, nuestros valores derrotados, medio siglo esclavizados por los hijos del dinero, pero el resurgir del sentimiento de una juventud combativa trae de nuevo el momento de luchar, legión negra, no daremos el perdón para todo aquel traidor, no daremos la nación a los hijos de Sión, no queremos más violencia, de izquierdas de derechas, no queremos la destrucción, para nuestra gran nación, legión negra, vamos a luchar, legión negra, acción radical, legión negra, muerte al traidor, legión negra, Europa nación, pronto , muy pronto , el pueblo gritará, sangre, honor, fidelidad, pronto , muy pronto, el pueblo luchará, el pueblo europeo libre será, hoy es el día, no hay marcha atrás, Europa jamás se rendirá, hoy es el día de la revolución, Europa, Europa, Europa nación/ Muerte al Z.O.G. Queréis tener sometido a todo pueblo y nación, destruir cualquier cultura, cualquier pueblo o tradición, utilizando cualquier medio pagaréis vuestra traición, maldito gobierno sionista de ocupación, ..destruir vuestro sistema es nuestra salvación, revolución del pueblo ario nuestra única salvación, destruir el capitalismo que impera en toda nación, revolución del pueblo ario nuestra única solución/ El honor de la venganza : Ey rojo de mierda, soy yo , fui a ti, hoy acabarás bañado en tu propia sangre, aunque berrees y pidas clemencia, no hay piedad para los traidores como tu, me acuerdo de tu cara, de la manifestación, tú estabas de pie y sosteniendo una pistola con las manos, había mucha gente entonces, fuiste un héroe , quien eres ahora ? , cuando nos encontramos cara a cara, la hora de la venganza, la respuesta a la traición , no hay perdón sin derechos, no sabrás el día, no sabrás la hora, quieres luchar, en pie y lucharemos hijo de puta, por la bandera roja vendiste tu alma al diablo, traicionaste a tu tierra por las mentiras marxistas, en nombre de nuestros antepasados, luchamos contra el comunismo, hoy yo soy tu verdugo, soy tu peor pesadilla, el día de pagar tus deudas al diablo ha llegado, no es el momento para clemencia ni disculpas lacrimógenas, querías jugar fino, arriba hijo de puta, que la hoz y el martillo de tu bandera te protejan ahora. / Lucha : ..la basura roja está volviendo, para llevarse nuestra libertad../ Skinhead : Antes luchábamos juntos, juntos contra enemigo, cuando se escuchaban nuestra canción, nadie se puso en nuestro camino, me acuerdo de aquellos días, las calles manchadas con sangre, ruidos de las peleas nocturnas, ruido de las botas de los skinhead, hoy falta de la unificación, todos en uno, la reunión para ser fiel, a nuestras ideas, pero volverá el momento, de la gloria y fraternidad, por la lucha de nuestra existencia, por nuestra raza y fraternidad.

En la página www.bicefala.com aparecía como imagen central , una vez se accedía a la misma, una águila bicéfala sobre la Cruz de Borgoña, iconos que se utilizan por los grupos de ultraderecha y skinheads neonazis. A través de esta página los usuarios podían ser redireccionados a la página www.44x2.com y en la que también aparece la imagen del águila bicefala sobre la cruz de borgoña. En el margen inferior derecho de la pagina central de 44x2.com existía un contador con el número de peticiones que hacían los usuarios de los distintos productos que se ofrecían en venta y que desde el 24 de septiembre de 2004 aparecían hasta 27.982.908 peticiones,

Sobre el resultado de las diligencias de entrada y registro

Por el titular del Juzgado de Instrucción 2 de Sabadell se dictó auto en fecha 8 de mayo de 2012 por el que se acordaron diligencias de entrada y registro en los siguientes domicilios y establecimientos mercantiles con los siguientes resultados:

- CALLE000 NUM000 de Madrid, sede social de SOPORTES SONOROS y domicilio particular de los acusados Miguel Ángel Y Fermina.

En este domicilio se encontraron, entre otros documentos y efectos, anotaciones manuscritas y en formato informático con instrucciones y programas informáticos con las claves de acceso a las páginas eldso.com, 44x2.com y estirpeimperial.com; reseñas de envíos postales en el que figuraba como usuario de los envíos DISTRIBUCIONES SERIGRAFICAS EL DSO SL; solicitudes de patente de marca RESPUESTA SONORA números 2134434 y 2134433 a favor de la acusada Fermina, concediendo derechos de explotación para merchandising, artículos de papelería y confección textil así como comunicación de la oficina de patentes comunicando la caducidad de la concesión; una torre de ordenador marca ACER con número de serie NUM001 y un ordenador portátil con su correspondiente maletín y cables con número de serie NUM002.

PASEO [...] de Madrid, domicilio del acusado Abel : distinta documentación bancaria en la que aparece como beneficiario la entidad DISTRIBUCIONES SERIGRAFICAS SL ; solicitud a la Oficina Española de Patentes y Marcas para la búsqueda de antecedentes registrales y de signos distintivos en relación al nombre "Estirpe Imperial" y en la que figura como peticionario el acusado Carlos Miguel ; documentación relativa a la ventas realizadas por DISTRIBUCIONES SERIGRAFICAS SL así como Libro de facturaciones de la misma correspondiente al año 2007 y hasta diciembre de 2007, y que suma un total de 2.496.024,00 euros; nóminas de la misma mercantil y en la que figuran como trabajadores Miguel Ángel Y Fermina ; diverso material como pegatinas, revista y periódico relativos a la extrema derecha y nacional socialismo así como ejemplares de la revista SONORA (nº 1 y2) y un ejemplar del libro MI LUCHA de Adolf Hitler; un microordenador portátil marca ASUS con número de serie [...] ; una torre de ordenador marca IBM modelo 6862 con número de serie [...].

Igualmente en una estantería , entre carpetas y libros apareció un puño americano -Calle Mayor, 4, piso 2 de Madrid, sede social de DISTRIBUCIONES SERIGRAFICAS EL DSO SL, y tienda abierta al público : documentación relativa a envíos postales realizados; sellos correspondientes a la entidad SOPORTES SONOROS SL, sello de la discográfica RATA-TA-TA; carpeta de documentación de SOPORTES SONOROS como libro inventario y ventas anuales del año 2008; contrato de servicios de correos conforme se contrata el apartado de correos núm.14259 a nombre de RATA-TA-TA; contrato de servicios de correos conforme se contrata el apartado de correos número 51107 a nombre de SOPORTES SONOROS SL; renovación del contrato de servicio de las páginas web antes citadas en las que figura como titular SOPORTES SONOROS; facturas de la empresa TECNODISCO (empresa dedicada a la fabricación de CD de música) a nombre de SOPORTES SONOROS SL y de RATA-TA-TA; torre de ordenador marca COMPAQ modelo DESC-PRO referencia PD 1005. Igualmente se hallaron distintos bienes y productos propios de la actividad de venta que se realizaba en la misma relacionada con simbología nacional socialista y de extrema derecha reseñados anteriormente así como réplicas de los cascos o gorras que utilizaba el ejército durante el III Reich de Adolf Hitler, chapas y pines con el dibujo de la calavera Totenkopf; pulseras con la esvástica; música RAC/OI tanto expuesta en el mostrador de la tienda como en el almacén de la tienda , figurando entre otras canciones y letras las siguientes : Cabezas rapadas : ...Sagrados juramentos de honor y fidelidad, escrito en tu bomber, la cruz del nuevo Klan, mil y una provocaciones sufrimos los skinheads, no saben con quién están jugando, ahora verán lo que está pasando, ya se oye por las calles, a punto de estallar, el ruido del acero y de voces gritar, cabezas rapadas entrando en acción, cabezas rapadas luchad sin compasión , cabezas rapadas OI, OI, OI, frente un crudo destino de Europa en destrucción.../ Degüello Sol brilla tenue al amanecer , dos pueblos se enfrentan de nuevo, tambores resuenan en el erial, caballos relinchan nerviosos, el tercio de Italia espera embestir, contra el enemigo extranjero, la muerte planea de nuevo otra vez, olores a pólvora y fuego, a degüello en silencio una vez más, a por ellos, a degüello como en Flandes sin piedad, tú o ellos, a degüello por España una vez más, a por ellos, a degüello esta noche sin piedad, tu o ellos, herejes avanzan sin ningún temor, mi vista se tiñe de rojo, pendones al viento con gran esplendor, no habrá tregua ni rendición , la espada dispuesta contra el invasor, es hora de patria y de muerte, la sangre recorre mi cuerpo en tensión, es hora de entrar en acción, a degüello en silencio una vez más, a por ellos, a degüello por España una vez más, a por ellos, a degüello esta noche sin piedad, tu o ellos, la noche se cierra en esta ciudad, dispuesto a actuar de nuevo, un grito se escucha en el callejón , sirenas suenan sin cesar, guerreros de España esperan asaltar, contra la serpiente anarquista, tentando la suerte una vez más, conscientes de que hay que ganar, reprimidos cada día en nombre de su libertad, te han prendido como siempre pateando la ciudad, policías y sionistas nos intentan destruir, su alma mira de reojo, por eso vn a por ti, oi, oi, oi españoles en las venas, oi, oi, oi, sangre celta por mis venas, oi, oi, oi, fascistas por siempre, vista, suerte y al rojo, políticos e inmigrantes nos intentan engañar".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados Alejo, Abel, Miguel Ángel y Amadeo como criminalmente responsables en concepto de autor cada uno de ellos de un delito cometido con ocasión del ejercicio de los Derechos fundamentales y de las Libertades públicas garantizados por la Constitución, precedentemente definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, y MULTA DE SEIS MESES, con una cuota diaria de diez euros y la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas.

Se condena a cada uno de los acusados al pago de las 4/25 partes de las costas causadas.

Se decreta el decomiso y destino -legal de las páginas web.falangista.com; www.bicefala.com y www.44x2.com : , así como el decomiso y destino legal de los efectos interveñidos en las entradas.y registros que se han hecho constar en los hechos probados (banderas, escudos, brazaletes, gorras, camisetas, insignias, pegatinas).

Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Alfonso, Adolfo, Pedro Enrique. Carlos Miguel y a Fermina de los delitos por los que venían siendo acusados.

Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Abel, Miguel Ángel, Alejo del delito de asociación ilícita de los artículos 515.5 y 517.1 CP así como de las calificaciones alternativas de organización y/o grupo -criminal, absolviendo igualmente a los citados acusados del delito continuado de difusión de ideas que pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen practicas generadoras del genocidio del art.-607. 2 CP por el que también venían siendo acusados.

Que debemos absolver y absolvemos a Abel del delito de tenencia de armas del art. 563 CP.

Se declaran de oficio las 19/25 partes de las costas causadas".

Por auto de fecha 7 de diciembre de 2018 se aclara la sentencia de 8 de noviembre 2018, PA 3/2018 haciendo constar en el fallo del mismo: "Debemos absolver -y absolvemos al acusado Juan de los delitos por los que venía siendo acusado, manteniéndose el resto de los pronunciamientos contenidos en la misma sin que proceda la rectificación interesada por el Procurador de los Tribunales Sr. XAVIER COTS OLONDRIZ".

Tercero.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por las representaciones procesales de Miguel Ángel, Abel, Alejo, Amadeo, y por el Ministerio Fiscal 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.

Presentado escrito del Ministerio Fiscal del recurso de casación interpuesto, por Decreto de la Letrada de la Administración de Justicia, de 15 de marzo de 2019, se acordó tener por desistido el recurso anunciado por el Ministerio Fiscal

Quinto.

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

1.- Motivos aducidos por Alejo Y Amadeo:

Primero.

"Por infracción de precepto constitucional, al amparo del punto 4º del art. 5 LOPJ 6/1985, al considerarse infringido el art. 24.1 CE, al vulnerarse el derecho a la tutela judicial efectiva, causando indefensión a mis representados, al no expresarse los razonamientos jurídicos que llevarían a encajar los hechos en el art. 510.1CP".

Segundo.

"Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, al considerarse infringido el art. 24.2, al vulnerarse el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (al aplicarse como simples las dilaciones concurrentes, siendo muy cualificadas) y el derecho a la presunción de inocencia de mis representados".

Tercero.

"Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley Procesal, al entender que se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo (errónea e indebida aplicación del art. 510.1 CP)".

Cuarto.

"Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECr. al existir error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador, dicho sea con el debido respeto y en términos de estricta defensa, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios".

2.- Motivos aducidos por Miguel Ángel y Abel:

"1. Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la L.O.P.J., al haberse vulnerado el derecho a la Tutela Judicial Efectiva de los recurrentes, amparada en el artículo 24.1, en relación al artículo 25.1 de la Constitución Española y 7 del Código Penal, Principio de irretroactividad de la Ley penal, en relación al 510.1 Código Penal.

2. Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la L.O.P.J., al haberse vulnerado el derecho a la Presunción de Inocencia de los recurrentes, amparada en el artículo 24.1, en relación al 510.1 Código penal.

3. Por infracción de Ley, con amparo en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación a la aplicación indebida del artículo 510.1 del Código Penal.

4. Por Infracción de Ley, con amparo en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación a inaplicación del artículo 30 del Código Penal y su régimen específico de responsabilidad penal en cascada, en materia de responsabilidad penal en relación a los delitos cometidos mediante la utilización de medios y soportes de difusión mecánicos.

5. Por infracción de Ley, con amparo en el artículo 849.1 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación a la inaplicación por el tribunal del artículo 14.3 del C.P., error de prohibición, en el ejercicio de Derechos y Libertades Fundamentales consagradas en la constitución, artículos 16 y 20 de dicho cuerpo legal fundamental.

6. Por Infracción de Ley, con amparo en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, error en la apreciación de la prueba, en relación a la inaplicación del citado artículo 14.3 del Código Penal, en base a los folios 1679 a 1803 de las actuaciones.

7. Con carácter subsidiario a todos los anteriores, Por vulneración de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación al artículo 5.4 de la L.O.,P..J., al haberse vulnerado el Derecho Fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas del artículo 24.2 de la Constitución y, no obstante ello, no haberse apreciado por el Tribunal sentenciador dicha atenuante como muy cualificada, aplicándolo solo de forma simple".

Sexto.

Conferido traslado para instrucción, la representación de Miguel Ángel Y Abel, se dan por instruidos de los recursos de casación interpuestos, suplicaron a la Sala los tenga por adheridos a los mismos y se declare haber lugar, interesando la absolución de sus representados.

El Ministerio Fiscal interesó a la Sala la inadmisión de los recursos interpuestos o, subsidiariamente su desestimación, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 10 de abril de 2019; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 10 de diciembre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Sobre el delito de discriminación del artículo 510.1 CP.*

1. Examen conjunto de los motivos de casación de los dos recursos que entienden que ha habido una indebida aplicación del art. 510.1 CP.

Bien sea invocando infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, o infracción de ley, al amparo del art 849.1 LECrim, como hace en el primero y tercero de sus motivos de recurso la representación procesal de los condenados Alejo y Amadeo, bien sea con igual invocación de precepto constitucional e igual infracción de ley, como hace en sus motivos primero a tercero la representación procesal de Miguel Ángel y Abel, lo que, en realidad, están cuestionando es la indebida aplicación del referido art. 510.1 CP en su redacción originaria, por ello que los abordemos de manera conjunta en este primer bloque, dando una respuesta que valga y sea suficiente para todos ellos.

En ambos recursos se invoca indebida aplicación del referido artículo, que se pone en relación con el derecho a la libertad de expresión; incluso se invoca vulneración del principio de irretroactividad de la ley penal, por cuanto que se considera que la condena ha sido en atención a la redacción que le fue dada a ese art. 510 por la reforma operada en el CP por L.O. 1/2015, de 30 de marzo, cuando los hechos se sitúan en 2010, en que estaba vigente la redacción originaria, según L.O. 10/1995, de 30 de noviembre, y, en relación con ello, se invoca, también, vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Comenzaremos por hacer referencia al PREÁMBULO de la de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, que, en su aparato I, entre otras cuestiones, avanza que "se introducen nuevas figuras delictivas o se adecuan los tipos penales ya existentes, con el fin de ofrecer una respuesta más adecuada a las nuevas formas de delincuencia", y, en línea con esa adecuación, en su apartado XXVI, en relación con el delito que nos ocupa, dice lo que sigue: "Se modifica la regulación de las conductas de incitación al odio y a la violencia por un doble motivo: de una parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías; y de otra, se trata de conductas que deben ser objeto de una nueva regulación ajustada a la Decisión Marco 2008/913/JAI, que debe ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico.

Se regulan conjuntamente, y de un modo ajustado a la exigencia de la Decisión Marco 2008/913/JAI, más amplio que el actual, los antiguos artículos 510 y 607 del Código Penal. El cambio de ubicación del artículo 607 viene justificado por el propio texto de la Decisión Marco y por el hecho de que el Tribunal Constitucional haya impuesto que la negación del genocidio solamente puede ser delictiva como forma de incitación al odio o a la hostilidad. De igual forma, la Decisión Marco impone la tipificación de la negación del genocidio en la medida en que se trate de una forma de incitación al odio contra minorías.

La nueva regulación tipifica dos grupos de conductas: de una parte, y con una penalidad mayor, las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios, así como los actos de negación o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado que hubieran sido cometidos contra esos grupos, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio contra los mismos; y de otra parte, los actos de humillación o menosprecio contra ellos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos o sus integrantes con una motivación discriminatoria, sin perjuicio de su castigo más grave cuando se trate de acciones de incitación al odio o a la hostilidad contra los mismos, o de conductas idóneas para favorecer un clima de violencia".

La referida Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho penal, entre sus considerandos, en el 9, dice: "el concepto de "odio" se refiere al odio basado en la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico", y, en relación al odio, y relativo a los delitos de carácter racista y xenófobo, recoge qué acciones han de ser considerados delitos penales, en su artículo 1, en el que se indica que "cada Estado miembro ha de adoptar las medidas necesarias para garantizar que se castiguen determinadas conductas intencionadas, entre ellas: "a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico; b) la comisión de uno de los actos que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales"; añadiendo en su art. 3, que cada Estado miembro ha de adoptar las medidas necesarias para garantizar que las anteriores conductas se castiguen con sanciones penales.

Con anterioridad a esta Decisión marco ya contábamos con la Acción común 96/443/JAI, de 15 de julio de 1996 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia, que, si bien fue derogada por aquella, no es menos cierto que en ella se recordaba: "que el derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades, en particular el de respetar los derechos de los demás, como lo establece el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 19 de diciembre de 1966"; y entre los comportamientos que indicaba en su Título I A), que habían de ser objeto de sanciones penales mencionaba: "a) la incitación pública a la discriminación, a la violencia o al odio racial respecto de un grupo de personas o de un miembro de dicho grupo definido mediante una referencia al color, la raza, la religión o el origen nacional o étnico; b) la apología pública con finalidad racista o xenófoba de crímenes contra la humanidad y de las violaciones de los derechos humanos".

Hemos hecho referencia a los anteriores antecedentes legislativos, para poner de relieve que, sin desconocer que, cuando se cometen los hechos que aquí nos ocupan, no estaba en vigor la modificación que tiene

lugar en el art. 510 tras la reforma por L.O 1/2015, esta no supone una modificación tan relevante como para entender que con su nueva redacción las conductas que se enjuician han perdido relevancia penal; y así lo entendemos, si acudimos al anterior pasaje que hemos transcrito del apartado I del Preámbulo, cuando habla de la adecuación de tipos penales ya existentes, como era este del art. 510, porque adecuación es adaptación, no derogación, y lo que ha sucedido con tal adaptación es que el legislador de 2015 ha detallado expresamente un mayor número de acciones a las que antes no alcanzaba fácilmente esa redacción originaria, pero sin suprimir las que en esta tenían cabida, y no hemos de olvidar que la voluntad del legislador es criterio fundamental en la interpretación de la norma, así como que contábamos con una normativa europea, indicativa de la línea de interpretación que debía darse al anterior artículo 510, que luego ha consolidado nuestra jurisprudencia constitucional y de este Tribunal Supremo.

Establecía el art. 510.1 CP, en su redacción originaria, lo siguiente: "Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses".

No negamos, como se apunta en los recursos, que fue fundamental la interpretación que se dio al término "provocación", que se vinculó con la del art. 18 CP, llegando a entenderse que deberían concurrir los requisitos de este artículo para apreciar el delito, en particular, que mediara una incitación directa a la perpetración de un delito, que es la tesis que se mantiene en los recursos, y que, al considerar que no hubo tal incitación directa, no habría delito.

Para la valoración de la conducta que estamos enjuiciando es fundamental la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, en la que se hace un repaso por el derecho a la libertad de expresión, que, para lo que aquí nos ocupa, podemos resumir diciendo que no ampara mensajes racistas o xenófobos, porque no es un derecho absoluto, y, en este sentido, en su F.J. 5º, se puede leer lo siguiente: "De manera genérica, se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito (SSTC 204/1997 , de 25 de noviembre ; 11/2000 , de 17 de enero, FJ 7 ; 49/2001 , de 26 de febrero, FJ 5 ; 160/2003 , de 15 de septiembre, FJ 4)". Y continúa, con evocación de doctrina del TEDH , que este "en concreto, viene considerando (por todas, Sentencia Ergogdu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999) que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado "discurso del odio", esto es, a 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".

Es cierto que la Sentencia trata sobre la inconstitucionalidad del art. 607.2 CP, pero de su doctrina cabe extraer consecuencias en la aplicación del art. 510.1 CP, por la cercanía de las conductas que persiguen, y cuando entra en comparación entre uno y otro dice: "La literalidad del ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que hace al odio racial o antisemita se refiere, en el delito previsto en el art. 510 CP, castigado con penas superiores"; desde la anterior diferenciación, y referido al art. 607.2 continúa: "la literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por las libertades científica [art. 20.1 b)] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través (STC 20/1990 , de 15 de febrero , FJ 5), constituye un límite infranqueable para el legislador penal".

Y en lo que se refiere al inciso del art. 607.2, relativo a la difusión de ideas que justifiquen el genocidio, añade que: "la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE. Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración".

Pues bien, si contemplamos detenidamente la anterior doctrina, vemos que, de la misma manera que el TC dice que el art. 607.2 no exige siquiera la incitación indirecta a cometer genocidio, dice que sí está presente en el delito del art. 510, y cuando vuelve sobre el 607.2, salva la inconstitucionalidad del inciso relativo a la justificación "siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio". En definitiva, mantuvo el TC la constitucionalidad del inciso relativo a la difusión de ideas

que justificasen el genocidio, en la medida que se interpretase de manera que debiera concurrir ese elemento de incitación indirecta.

Y si repasamos otros textos internacionales, como Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, tenemos que, en su art. 5.1, relativo a la provocación pública para cometer delitos terroristas, dice lo siguiente: "A los efectos del presente Convenio, se entenderá por "provocación pública para cometer delitos terroristas" la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la intención de incitar a cometer delitos terroristas, cuando ese comportamiento, ya preconice directamente o no la comisión de delitos terroristas, cree peligro de que se puedan cometer uno o varios delitos".

En cualquier caso, es aceptado por la comunidad internacional que el delito que, aquí, nos ocupa, como indica la sentencia recurrida, "constituye uno de los instrumentos penales dirigidos a combatir lo que es conocido como "discurso del odio" cumpliendo así con las obligaciones internacionales y especialmente con la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo", de manera que, al ser esto así, esto es, vistos los antecedentes a que hemos acudido, no hay razón que lleve a una interpretación que quede condicionada por la definición de provocación para delinquir que da nuestro CP en su art. 18 CP, sino que estamos ante una idea de provocación propia, que, entendida en desde una concepción vulgar, como la que podemos encontrar en el Diccionario de RAE, el verbo provocar se identificaría como "incitar inducir a uno a que ejecute una cosa", con lo que la provocación, que podría ser llevada a cabo mediante cualquier forma de expresión que difunda, induzca, incite, favorezca, facilite o promueva la violencia, el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otro tipo de discriminación basada en la intolerancia, es indiferente que se la considere directa o indirecta.

En efecto, así lo consideramos, porque lo fundamental no es entrar en disquisiciones sobre si la provocación ha de ser directa o indirecta, adjetivos cuyos contornos no siempre no están claros, sino en precisar la eficacia de esa provocación, esto es, si es capaz de incitar al odio, la violencia o la discriminación, porque, si esto es así, el delito, como de riesgo abstracto que es, quedará consumado. Dicho de otro modo, se considere directa o indirecta la incitación, lo que se ha de valorar es si encierra alguna suerte de provocación al tipo de violencia que se define en el art. 510, en cuanto que con ello resulte afectada la esencia de la dignidad de la persona, fundamento del orden político y la paz social, según el art. 10.1 CE, porque, si esto es así, queda inserta y se ha de considerar como una manifestación del "discurso del odio"; por eso, recordando su propia jurisprudencia, en la misma STC que venimos citando de puede leer: "Por lo demás, el comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas no puede encontrar amparo en el ejercicio de las libertades garantizadas en el art. 20.1 CE, que no protegen "las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas" (por todas SSTC 174/2006 , de 5 de junio, FJ 4 ; 204/2001 , de 15 de octubre, FJ 4 ; 110/2000 , de 5 de mayo , FJ 8). De ese modo, resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP)".

2. Sobre la naturaleza del delito del art. 510.1.

Dicho cuanto antecede, es preciso hacer alguna consideración en torno a la naturaleza del delito contemplado en el art. 510.1 CP, y, para ello, partimos de considerarlo como un delito de riesgo abstracto puro, potencial o posible; es, por lo tanto, también, un delito de mera actividad, que se consuma por la sola incitación a las variables discriminatorias que en el mismo ha contemplado el legislador; en consecuencia, los únicos elementos que exige el tipo son la emisión del mensaje provocador o discriminatorio (elemento objetivo) y la voluntad de emitirlo, pese a ser conocedor de ese contenido (elemento subjetivo), al que, si se quiere, habrá que añadir ese riesgo, pero insistiendo que se trata de un riesgo abstracto, entendido en el sentido de que sea potencialmente idóneo a la incitación, aunque sin necesidad de que se consiga lo que con ella se persiga, pues, hay que insistir, el delito se consuma con la simple realización de esa conducta idónea generadora del riesgo; el delito aflora de su propia descripción típica, porque no precisa de ningún resultado.

La naturaleza propia del delito que nos ocupa, como delito de riesgo abstracto, que no de riesgo concreto, implica que en aquellos, a diferencia de estos, queda consumado, aun cuando no se produzca un resultado de peligro, porque lo que el legislador persigue es que se castigue una acción, que, por ser peligrosa en sí misma, pone en peligro el bien jurídico (generalmente colectivo, difuso, inmaterial) que protege el tipo, y esto es propio de esos delitos de riesgo abstracto, como delitos que, por su mera actividad, ponen en peligro el bien jurídico de que se trate, debido a que en ellos el legislador ha dado primacía al desvalor de la acción, por su propia peligrosidad, frente a su resultado. Podríamos decir que en los delitos de peligro concreto se exige la creación de una situación de peligro, mientras que en los de peligro abstracto no es preciso, porque es la peligrosidad inherente a la acción la que merece el correspondiente reproche penal, y habrá, por lo tanto, delito aunque no se haya llegado a producir un efectivo peligro concreto, porque la mera peligrosidad de la acción es motivo de su tipificación; la protección penal se ha

adelantado a los resultados de la conducta, quedando consumado el delito con la ejecución de la acción, sin necesidad de añadir ningún resultado específico, y es por ello, por lo que relegábamos a un segundo lugar que, la de este art. 510.1, se trate de una provocación directa o indirecta, porque lo fundamental será precisar si el comportamiento desplegado por el acusado resultó idóneo para incitar a la actividad discriminatoria a que se refiere el tipo.

En este sentido, en nuestra Sentencia 72/2018, de 9 de febrero de 2018, con respecto al delito del art. 510, si bien tras la redacción dada por L.O. 1/2015, decíamos lo siguiente:

"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".

Por su parte, en la STS 646/2018, de 14 de diciembre, que recordábamos la anterior, decíamos que en ella "se aborda las diferencias entre las distintas modalidades de discurso del odio, afirmando la no necesidad de la creación de un peligro contra los bienes jurídicos personales a consecuencia del discurso del odio cuando se trata de menosprecio a las víctimas. En consecuencia, la jurisprudencia de la Sala II puede ser resumida en los siguientes elementos. El delito de odio aparece definido en el art. 510 Cp., que no requiere, en su tipicidad, una generación de una situación concreta de peligro aunque si una aptitud para la generación de una situación de peligro, que sea tenida por seria, a la dignidad de las personas a las que se refiere ". Y más adelante, como conclusión de una nuestra posición jurisprudencial, señalábamos "que desde el plano normativo y jurisprudencial, en el art. 510 Cp., enmarcado en la categoría de delito de odio, su tipicidad no requiere la generación de un riesgo, abstracto, concreto o hipotético, que sí es preciso en los delitos de provocación o de apología del terrorismo, previstos en el art. 579 Cp, que requieren la idoneidad para incitar a la comisión de un delito terrorista. La tipicidad del art. 578 Cp., aún requiriendo la generación de un riesgo, en esta tipicidad su exigencia tiene una menor intensidad, no es de incitación a la comisión, sino de aptitud del discurso para generar ese riesgo "aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el sistema de libertades" (STC 112/2016)".

Si, como hemos venido diciendo, la provocación del anterior art. 510.1 la hemos equiparado con difusión incitación, favorecimiento, facilitación o promoción, y hemos expuesto las razones por las que la mención directo/indirecto han de pasar a un segundo lugar, además de que no cabe hablar de irretroactividad de la ley penal, porque la condena es procedente en aplicación del art. 510.1, tanto según redacción anterior, como posterior a su reforma por L.O. 1/2015, la anterior doctrina es trasladable al caso que aquí nos ocupa.

3. El delito que nos ocupa y la libertad expresión.

Al abordar esta cuestión es preciso hacer referencia al enfoque que, sobre el tratamiento del derecho fundamental a la libertad expresión, encontramos en la STC 35/2020, de 25 de febrero de 2020, o en la STC 177/2015, de 22 de julio, porque, tratándose de delitos que pueden entrar en fricción con tal derecho, como se puede leer en esta última, "obliga entre otras consecuencias, "a modificar profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión", pues su posición preferente impone "la necesidad de dej[ar] un amplio espacio al disfrute de [dicha] libertad" (SSTC 39/2005 , de 28 de febrero, FJ 4, y 278/2005 , de 7 de noviembre; FJ 4)", que lo resuelve el TC acudiendo a la fórmula de que, con carácter previo al análisis sobre la subsunción de la conducta en el tipo delictivo, se ha de pasar por realizar una ponderación de la eventual concurrencia del derecho a la libertad de expresión, y lo dice de la siguiente manera: "Así las cosas, el órgano judicial debe valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión" (STC 177/2015).

Y en la STC 35/2020, en relación con la anterior doctrina, dice: "... unánime desde el comienzo de la actividad del Tribunal Constitucional, deja sentado con claridad: (i) que la falta del examen preliminar de la eventual concurrencia en el caso concreto del ejercicio legítimo de derechos o libertades constitucionalmente amparables han de ser consideradas de por sí lesivas del derecho fundamental y dar lugar a la estimación del recurso de amparo

y a la anulación de la resolución judicial impugnada; (ii) que han de quedar equiparadas las consecuencias de esa omisión a los supuestos en que la ponderación resultara manifiestamente carente de fundamento; y (iii) que ese examen preliminar también corresponde hacerlo al juez penal en el caso de sanciones penales como cuestión previa a la aplicación del tipo penal".

Está diciendo el TC que, al margen las consideraciones que haga el órgano de enjuiciamiento atendiendo a las circunstancias del caso concreto sobre la eventual afectación del derecho fundamental, cuando examine el juicio de tipicidad, puede no ser suficiente por sí solo, sino que exige un examen preliminar "para entender completada en su integridad la ponderación constitucionalmente necesaria con carácter previo al examen de la tipicidad, en la medida en que no permite conocer cuáles han sido las bases sobre las que se puede concluir que la conducta del recurrente debía ser considerada como un ejercicio, sea o no extralimitado, del derecho a la libertad de expresión - con la consiguiente entrada en juego del principio de proporcionalidad en la restricción de un derecho fundamental- o debía ser excluida de este concepto".

La anterior doctrina constitucional, no exenta de críticas, por lo que de roce puede tener con la dogmática tradicional y consolidada sobre la teoría general del delito, ya que no deja de anteponer a la clásica definición de este, como acción típica, antijurídica, culpable y punible, un elemento más, como es la inconstitucionalidad de la acción, consideramos que la cumple adecuadamente la sentencia recurrida.

En efecto, estimamos que ha habido esa valoración previa por parte de tribunal a quo, desde el momento que considera que unas palabras y mensajes como los emitidos por los acusados, que directamente afectan a la dignidad de la persona, en modo alguno pueden verse amparados por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, porque desborda sus límites, en la medida entran dentro de lo que se ha definido como el "discurso del odio". Existe, pues, un conflicto de inicio, en el que, como premisa, la libertad de expresión no debe primar a costa de quebrar la dignidad de la persona, reconocido como uno de los derechos "fundamento del orden político y la paz social" (art. 10.1 CE). No se puede decir, pues, que, por principio, no sean reprochables las conductas que han sido objeto de enjuiciamiento por haberse emitido en ese legítimo ejercicio de la libertad de expresión, puesto que, aunque la Constitución garantice el derecho fundamental a expresar y difundir libremente ideas, pensamientos y opiniones, no es este un derecho ilimitado, por ello ha de ceder, por ejemplo, ante expresiones vejatorias, ultrajantes, intimidatorias o amenazantes, como las que se vierten en función de razones discriminatorias, como étnicas, religiosas, sexuales, ideológicas, etc., o que conlleven una exclusión política, social, cultural o racial, englobable todo ello dentro del "discurso del odio".

En apoyo de lo que decimos, por cuanto que lo que hemos expuesto supone una valoración previa a la aplicación del tipo penal, podemos traer a colación el párrafo que encontramos en el F.J. 4 a) ii) de la STC 35/2020, que dice como sigue:

"El carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de manifestaciones que alienten la violencia. La STC 112/2016 , declara lo siguiente [FJ 2 ii]): "La ya citada STC 177/2015 también sienta que el derecho a la libertad de expresión no es de carácter absoluto . Así, el Tribunal declara en este pronunciamiento que la libertad de expresión tiene, como todos los demás derechos, sus límites, de manera que cualquier ejercicio de ese derecho no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, y recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista, de lo que resulta que, en principio, se pudiera considerar necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia y que, del mismo modo, la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios [FJ 2 c)]".

O reproducimos aquí los pasajes que más arriba hemos transcrito de la STC 235/2007, en que, en relación con el derecho a la libertad de expresión, decía que, "de manera genérica, se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito", y, más adelante "que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado "discurso del odio".

Hechas las anteriores consideraciones comunes a los dos recursos, pasamos al examen de los motivos de cada uno de ellos, en particular, que no quedan abarcados por lo que hemos dicho.

Segundo. *Recurso formulado por la representación procesal de Alejo Y Amadeo.*

2.1.- Sobre su responsabilidad por la comisión del delito del art. 510.1 CP.

Partimos de recordar que el referido delito es de peligro abstracto potencial, que queda consumado con la mera incitación eficaz a la discriminación que señala el tipo.

El Fundamento de Derecho noveno de la sentencia de instancia se dedica a la calificación jurídica de los hechos y a la valoración de la prueba, y a ellos nos remitimos, si bien, coincidiendo con el M.F., diremos que los "aspectos netamente fácticos han sido admitidos por los recurrentes y no se cuestionan en el recurso". Sin perjuicio de acudir a los hechos que declara probados la sentencia recurrida, transcritos en los antecedentes de esta, ahora iremos deteniéndonos en aquellos datos o aspectos aportados por tales hechos y que consideramos más significativos en orden a determinar si la calificación jurídica que les ha sido dada, en lo que concierne a estos dos condenados, es ajustada a derecho.

2.1.1. Alejo, que era fundador y miembro permanente del grupo musical Batallón de Castigo, organizó el concierto que se celebró el 30 de octubre en la sala Kon-Fusion de Sabadell, en el que actuaron en primer lugar y como teloneros el grupo musical Más Que Palabras, y en segundo lugar y como grupo principal el propio Batallón de Castigo, y al que asistieron unas 200 personas, entre cuyo público las había con afinidad al régimen nacional socialista. El grupo, que estaba registrado a nombre de Alejo, lo formaban cuatro integrantes, si bien, como miembro fijo y permanente únicamente estaba este, quien, además, era autor de la mayoría de sus canciones e intérprete-vocalista en los distintos conciertos.

Dicho grupo, para la difusión de sus actividades y relacionarse con sus seguidores y con la finalidad de propagar los sentimientos de discriminación de personas por razón de raza y nacionalidad y así extender el odio y la violencia como consecuencia de la xenofobia y antisemitismo que sus canciones implicaban contaba con un perfil propio en la red social Facebook, de acceso libre e indiscriminado, y en el concierto que ofreció el grupo en la Sala Heineken de Madrid, del que se publicaron en internet 15 vídeos, se logró una difusión masiva de sus canciones, obteniendo un total de 395 suscriptores y 407.974 reproducciones en fecha 18 de abril de 2013.

En la intervención que tuvo el grupo en el concierto de Sabadell, "interpretó varias canciones con trasfondo común referidas a la supremacía de la raza y consiguiente discriminación de personas que no pertenecen a dicha raza con la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la xenofobia y antisemitismo que dichas canciones implican, provocando y propagando dichos sentimientos entre los asistentes a los conciertos".

Por citar alguna, reiteramos en este momento alguna de las más significadas de las que hemos transcrito en los antecedentes:

" Ejecución : Ha llegado ya tu hora, y ahora vas a pillar, mucho tiempo esperando, te vamos a ejecutar, mucho crimen contra el pueblo, muchas peleas a evadir, muchos coches y despachos, pero ahora vas a morir.. .un poste, doce fusiles, una venda te pondrán, será inútil que grites, porque nadie te oirá.

Bestias : Son esclavos de otras tierras, que surgen en la oscuridad, desembarcan en las playas, invadiendo nuestra sociedad, se deslizan como serpientes, ocupando tu espacio vital, venden veneno en las calles, lo tenemos que evitar, son los que ya sabemos, que se intentan camuflar, pero a nosotros nunca se nos pondrá engañar, son los que ya sabemos, que se intentan camuflar, pero a nosotros nunca nos podrán engañar, dicen que somos hermanos, imploran tu caridad, hablan de derechos humanos y te apuñalan por detrás, no creas que me ablandan, yo no me trago su cuento, acabaré con toda la especie, allá en Ecuador, dicen que somos hermanos".

No olvidamos las demás letras, todas las cuales son una muestra de incitación al odio, la hostilidad, a la violencia, a la discriminación, etc., por razones de intolerancia con el otro, hasta tal punto incitadoras de lo que se persigue con ellas, como lo evidencian las frases con que concluyen los hechos probados: "el público durante las canciones y al finalizar las mismas, coreaban Seig Heil, Seig Heil, Seig Heil, Seig Heil; al finalizar el tema Al arma [otro de los interpretados], uno de los miembros del grupo dice "Arriba España, coño!" contestando el público "Arriba! Jon libertad, Jon Libertad!".

2.1.2. Por su parte, Amadeo, que era el líder y miembro permanente el grupo Más Que Palabras, tenía una participación activa en las letras de los CDs publicados por dicho grupo, colgaba sus contenidos en la página oficial de Facebook y se encargaba de administrar el blog del grupo, con consentimiento del administrador.

Este grupo disponía de una página oficial, en formato blog creado en el mes de enero de 2011 y que el número de visitas, a fecha 23 de abril de 2013 era de 12.566.

El contenido de las publicaciones de la página web se nutría de imágenes, artículos de opinión, fotografías y vídeos relacionados con su música y de otros grupos musicales afines, material que tiene un trasfondo común referido a la supremacía de la raza blanca y consiguiente discriminación de personas que no pertenecen a dicha raza con la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la xenofobia y antisemitismo que dicho material implica, provocando y propagando dichos sentimientos a los que tienen acceso a dicho material.

En su intervención en el concierto de Sabadell "interpretó varias canciones con trasfondo común referidas a la supremacía de la raza y consiguiente discriminación de personas que no pertenecen a dicha raza con la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la xenofobia y antisemitismo que dichas canciones implican, provocando y propagando dichos sentimientos entre los asistentes a los conciertos".

Sin perjuicio de volvernos a remitir a la transcripción que de las letras de sus canciones hemos traído a los antecedentes de los hechos probados de la sentencia de instancia, volvemos a reproducir alguna:

" Gloria y honor ...Con una sola mirada voy a pelear, mi honor se llama fidelidad, soy un NS, vas a combatir, tu espíritu es valiente, tu estandarte rompe el cielo gris, nada podrá hacerme detener, soy un NS y vas a combatir, Y no temo a la muerte, con sangre y fuego la ahuyentaré, mi patria voy a proteger, Sieg Heil !...Soy un NS hasta combatir, y no temo a la muerte, con sangre y fuego la ahuyentaré, mi patria te va a proteger, SIEG HEIL, SIEG HEIL, SIEG HEIL, soy un vasco NS SIEG HEIL, SIEG HEIL, Soy un vasco NS SIEG HEEEEIL/ Más que palabras : Contamos con la fuerza para seguir molestando, gritar por Jon que está encarcelado.

Camisas Pardas ... Con los rojos y judíos no habrá piedad, sus mentiras y conflictos iban a pagar, iiaa, cerdo comunista sabes cual es tu destino , lo jóvenes SA te han marcado como objetivo, corre, corre, corre !, intenta escapar, las camisas pardas te están a punto de alcanzar, corre escóndete o asume la realidad, o esta noche firmarás tu sentencia final, rebeldes con la esvástica lucían los muros, acabando con propaganda de marxistas y usureros, los años de injusticia los pagaréis muy caros, porque por la noche salen los gatos pardos, iiaaa, cerdo comunista sabes cual es tu destino , los jóvenes SA te han marcado como objetivo, corre corre corre, intenta escapar, los olas salvajes te están a punto de atrapar".

Y en lo que a este grupo se refiere, como en el caso del anterior, tampoco nos olvidamos de las demás letras, todas las cuales, también son una muestra de incitación al odio, la hostilidad, a la violencia, a la discriminación, etc., por razones de intolerancia con el otro, hasta tal punto incitadoras de lo que se persigue con ellas, como lo evidencian las frases con que concluyen los hechos probados: "durante la interpretación de las canciones y al finalizar cada una de ellas, el público coreaba Seig Heil, Seig Heil, Seig Heil, Seig Heil, profiriendo gritos como " Jon libertad" a quien también se refirió el grupo en la canción Más que palabras", [Jon fue condenado a 26 años de prisión por asesinato por motivos ideológicos].

2.1.3. La actividad de Alejo y de Amadeo es tan similar, que abordaremos conjuntamente su tratamiento penal.

La sentencia de instancia, que les condena como autores de un delito del art. 510.1 CP, ha de ser confirmada, y para mantener esto comenzaremos remitiéndonos a lo que decíamos en el anterior fundamento de derecho sobre la naturaleza de dicho delito, como delito de peligro abstracto, potencial, que los únicos elementos que precisa el tipo para su perpetración son, uno objetivo, como es la emisión o difusión del mensaje provocador, discriminatorio, de odio, violento a los efectos que el mismo contempla, y otro subjetivo, como es la voluntad de emitirlo, pese a ser conocedor de ese contenido, para cuya consumación si, por ser delito de peligro abstracto, basta simplemente el potencial peligro que conlleve el mensaje que se difunde, esto es, si basta que la conducta desplegada resulte idónea para incitar a la actividad discriminatoria que requiere el tipo, debido a que es el desvalor de la acción lo que ha querido sancionar el legislador, con más razón lo será si el mensaje ha reportado alguna consecuencia o tenido alguna eficacia; y vemos que tales presupuestos concurren en la actuación de los dos inculpados.

En efecto, en el caso de ambos, tenemos que son compositores de unas canciones cuyas letras están dirigidas en un sentido y que, objetivamente consideradas, son ofensivas, ultrajantes, violentas y de claro sesgo discriminatorio por razones raciales e ideológicos, cuyo contenido, en sí mismo, es provocador; pero que, en el caso de estos dos condenados, no solo es que su actividad sea potencialmente provocadora, sino que ha quedado evidenciado que esa provocación ha surtido efecto, como lo demuestran las frases que consiguen que emita el público que asiste a su concierto, como "Sieg Heil, Sieg Heil, Sieg Heil", o " Jon libertad", pidiendo la libertad de un individuo condenado a 26 años de prisión por un asesinato cometido por motivos ideológicos.

Junto con lo anterior hay que tener en cuenta que la difusión de sus provocadoras ideas las llevan a cabo con la publicidad y mayor expansión que supone que se emitan en un concierto, y si a ello añadimos que ambos divulgan sus violentos y ultrajantes planteamientos discriminatorios por las redes sociales, ese potencial peligro que es inherente a su radicalidad se incrementa exponencialmente, con lo que, también desde este punto de vista, queda colmado el tipo, de ahí la corrección en la calificación que de su conducta se realiza en la sentencia recurrida, que, por lo tanto, en este particular ha de ser confirmada.

Por último, incidir en que la difusión de tal tipo de mensajes, dado su sentido discriminatorio, en modo alguno pueden quedar amparados en el derecho a la libertad ideológica o de expresión, por cuanto que llevan ínsitas expresiones supremacistas de desprecio y/o de hostilidad contra individuos de determinados grupos, por el mero de formar parte de una colectividad que no se tolera.

2.2.- Como un motivo más del recurso planteado por la representación de estos dos condenados, se invoca "infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, al considerarse infringido el art. 24.2, al vulnerarse el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (al aplicarse como simples las dilaciones concurrentes, siendo muy cualificadas) y el derecho a la presunción de inocencia".

Plantea la defensa en el recurso la anterior pretensión, pero lo hace a costa de una mera medición del paso del tiempo, que calcula en 8 años entre que se formuló la denuncia origen de las actuaciones y la celebración del juicio oral, y la circunstancia de que solo son dos las resoluciones que afectan a sus patrocinados.

Sin embargo, para la apreciación de la referida circunstancia en los términos que se pretende, no es cuestión, exclusivamente, de que transcurra más o menos tiempo, sino que lo haga sin razón, o de manera injustificada, y que el retraso habido sea atribuible al órgano judicial.

Según la STS 759/2016, de 13 de septiembre, citada en la instancia: "El art 21 6 CP reformado por Ley Orgánica 5/20110, de 22 de junio, reconoce como circunstancia atenuante: "La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa". Su aplicación exige cuatro requisitos: 1) que la dilación sea injustificada; 2) que sea extraordinaria; 3) que no sea atribuible al propio inculpado; y 4) que no guarde proporción con la complejidad de la causa. Su apreciación como muy cualificada requerirá de una paralización superior a la extraordinaria, o bien que, dadas las concretas circunstancias de la acusada, de la causa y de la pena impuesta, pueda apreciarse que la dilación ha ocasionado un perjuicio superior al ordinariamente atribuible a la dilación constitutiva de la atenuante simple, de forma que la apreciación de la atenuación ordinaria carezca de efectividad suficiente para compensar el daño ocasionado por la demora".

Vemos, por lo tanto, que para la apreciación de la atenuante en la extensión que se pretende en el recurso, solo contaríamos con que no es atribuible a estos inculpados el retraso en la sustanciación de la causa; sin embargo, ateniéndonos a la dicción del propio art. 21.6, una dilación extraordinaria e indebida solo permite apreciar la circunstancia como simple; pero es que, además, en el caso que nos ocupa, no debemos olvidarnos de la complejidad de la presente causa, con una investigación sobre una importante cantidad de hechos, con diligencias que eran necesarias y de las que no se debía prescindir, y también con un importante número de acusados (hasta 10). Todo ello ha sido valorado, con acierto, en la sentencia recurrida, que solo ha estimado como tiempo de paralización injustificado un periodo de tres años, que, aun cuando se considere extraordinario, solo lleva a la atenuación simple respetando la literalidad del precepto mencionado.

2.3.- Se esgrime como otro motivo más, "infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECr. al existir error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, dicho sea con el debido respeto y en términos de estricta defensa, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios".

Por vía de este motivo de casación se está permitiendo una revisión del hecho probado, en que la valoración de la prueba juega un papel fundamental, y en que, a tal efecto, rige el principio de libre intermediación conjunta de toda la practicada, entre ella la de carácter personal, que, por lo demás, no se lleva a cabo ante el tribunal de casación.

Por lo demás, el concepto de documento que permite fundamentar este motivo de casación tiene un alcance muy restringido, pues se limita al literosuficiente, que, por su propia literalidad, haga prueba por sí mismo del hecho que acredita sin necesidad de otros complementos más, producido fuera del proceso, y que se incorpora al mismo y evidencia el error en el juzgador, sin que dentro de cuyo concepto entren las pruebas de carácter personal, aunque estén documentadas por escrito.

En el caso que nos ocupa, la parte se limita señalar una serie de pasajes de determinadas declaraciones, o unos informes periciales, pero sin concretar documento alguno de las características indicadas que haga viable el motivo invocado, que, por lo tanto, ha de ser rechazado.

Tercero. *Recurso formulado por la representación procesal de Miguel Ángel Y Abel.*

3.1.- Sobre su responsabilidad por la comisión del delito del art. 510.1 CP.

Volvemos a recordar que el referido delito lo es de peligro abstracto potencial, y, sin perjuicio de remitirnos, una vez más, a los hechos que declara probados la sentencia de instancia, nos detendremos en aquellos particulares más significativos en orden a determinar si la subsunción de su conducta en el referido artículo, en lo que concierne a estos dos condenados, es ajustada a derecho.

Se les considera en esos hechos probados como las personas que llevaban el peso en la gestión de las entidades DISTRIBUCIONES SERIGRÁFICAS DSO y SOPORTES SONOROS SL, en concreto, se dice que Abel era administrador único de la primera, en la que figuraba como trabajador Miguel Ángel, que tenía una página web y su sede social en el establecimiento abierto al público en la calle Mayor nº 4, 2º de Madrid; y se dice, también, que el segundo era administrador único de SOPORTES SONOROS, cuya sede social estaba en la CALLE000 nº NUM000 de Madrid, donde también residía.

Se trataba de dos entidades que, "si bien formalmente eran independientes, lo cierto es que obraban de forma indistinta como si fuera una única empresa, dirigida por los acusados Abel y Miguel Ángel que tomaban las decisiones sobre su actividad y gestión". "Tenían por objeto la edición y distribución del material discográfico del

grupo BATALLÓN DE CASTIGO, así como de otros grupos musicales del mismo tipo de música RAC y OI. Igualmente se dedicaban a la venta de todo tipo de merchandising tales como camisetas, polos, sudaderas, parches, banderas, insignias, posters, bolsos, llaveros, pulseras, carteras, pins.....de contenido racista, xenófobo, antisemita y homóforo así como reproducción de simbología propia del régimen del III Reich de Alemania y de sus líderes, entre ellos Adolf Hitler. Se trata de materiales que tienen el mismo trasfondo común referidas a la supremacía de la raza blanca y consiguiente discriminación de personas que no pertenecen a dicha raza con la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisemitismo, provocando y propagando dichos sentimientos a los adquirentes de los mismos". Las ventas se realizaban en el establecimiento de la calle Mayor, o bien a través de sus páginas web, con lo que lograron una distribución masiva e indiscriminada de su material e importantes ganancias, que, entre los años 2007 y 2011 sumaron un total de 2.496.024 €.

Pues bien, en cuanto que se da por probado que estos acusados, a través de sus entidades, tenían por actividad la edición y distribución del referido material, tanto de manera presencial en su establecimiento, como por medio de redes sociales, no habrá dificultad para entender que están promoviendo, favoreciendo o facilitando su puesta a disposición pública, así como que la publicidad que de esta actividad realizan es una manera de incitar al consumo de dicho material, conscientes de que su contenido es potencialmente peligroso, que en esto cabe sintetizar la conducta punible, por más que ellos no fueran autores de ese material que difunden, pero que, porque lo difunden, les reportaba pingües beneficios.

En efecto, siendo el delito contemplado en el art. 510.1 CP un delito de riesgo abstracto y mera actividad, reiteramos, una vez más, que los únicos elementos que precisa para su apreciación son, uno objetivo, como es la emisión del mensaje provocador, discriminatorio, de odio, violento, a los efectos que el mismo contempla, y otro subjetivo, como es la voluntad de emitirlo, pese a ser conocedor de ese contenido, para cuya consumación, por ser delito de peligro abstracto, basta simplemente el potencial peligro que conlleve el mensaje emitido, esto es, basta que la conducta desplegada resulte idónea para incitar a la actividad discriminatoria que requiere el tipo, debido a que es el desvalor de la acción lo que ha querido sancionar el legislador, presupuestos concurren en la actuación de los dos inculpados.

En efecto, en el caso de ambos, tenemos que son gestores de unas entidades que se dedican a la edición y distribución de un material, cuya significación y contenido vejatorio está en los propios términos ofensivos, ultrajantes y de inequívoca carga discriminatoria por razones raciales e ideológicas, que resulta, en sí mismo provocador, de su sola constatación, y que es lo que constituye esa actividad potencialmente provocadora, suficiente para llenar el tipo, por ser el peligro inherente a la radicalidad del mensaje que emiten con su actividad; de ahí que, como venimos insistiendo, el delito quede consumado con la sola difusión de esas ideas o mensajes provocadores de discriminación, odio o violencia, sin necesidad de que se produzca resultado alguno, y peligro que, exponencialmente, se dispara con su difusión, no ya mediante las ventas presenciales en su tienda de la calle Mayor abierta al público, sino de manera masiva e indiscriminada a través de sus páginas web, que, además, reportaron esos lucrativos beneficios, calculados en casi dos millones y medio de euros.

Pero es que, además, esa difusión no solo es de material ajeno, sino que se dedicaban a la venta de todo tipo de merchandising de contenido racista, xenófobo, antisemita y homóforo, así como reproducción de simbología propia del régimen del III Reich de Alemania y de sus líderes, entre ellos Adolf Hitler, material con igual trasfondo supremacista de la raza blanca, y que vendían en su establecimiento de la calle Mayor y en sus propias páginas web.

Y terminamos con la misma idea con la que terminábamos cuando hemos abordado el recurso de los otros dos inculpados, esto es, incidiendo que con la difusión de la actividad discriminatoria que difundían, en modo alguno pueden quedar amparados en el derecho a la libertad ideológica o de expresión, dado ese sentido supremacista de desprecio y/o de hostilidad contra individuos de determinados grupos, por el mero de formar parte de una colectividad que no se tolera.

En definitiva, siendo correcta la calificación jurídica que de la conducta de estos dos acusados se hace en la sentencia recurrida, habrá de ser confirmada.

3.2.- Se esgrime como motivo de recurso "infracción de ley, con amparo en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, en relación a la inaplicación del artículo 30 del Código Penal y, su régimen específico de responsabilidad en cascada, en materia de responsabilidad penal en relación a los delitos cometidos mediante la utilización de medios y soportes de difusión mecánicos".

Se considera en este motivo del recurso que debió haber sido aplicado el especial régimen de responsabilidad penal escalonada del art. 30 CP a Abel y a Miguel Ángel, en la medida que los delitos por los que resultaron condenados en la instancia, en lo que a ellos afecta, se llevó a cabo mediante soportes de difusión técnicos.

Como primera consideración frente al anterior planteamiento, reiterar la idea que se plasma en la sentencia recurrida, ante igual alegación hecha en la instancia, como es que la actividad de estos dos condenados no se redujo a la distribución y difusión del material discográfico de los otros dos, sino que distribuían también todo un merchandising, entre cuyos objetos, al menos una parte fue diseñada por Miguel Ángel, cuya distribución fue

consentida por Abel, en la medida que la venta de todo el material se llevaba a cabo desde la misma empresa común, y es la oferta de estos productos y su venta lo que posibilitaba la difusión de esa actividad discriminatoria por la que fueron condenados. Por lo tanto, al menos en parte, han producido alguno de los signos conflictivos, con lo que, pretender derivar el tratamiento de su responsabilidad al art. 30 CP, como se pretende en el recurso, aun así su conducta estaría en el primer escalón del apdo. 2 del art. 30 CP y tendrían la consideración de autores.

Sin embargo, como también se dice en la sentencia recurrida, estos acusados no vienen acusados "por sus funciones como editor o productor de discos, sino como distribuidor y vendedor de los mismos sabiendo de su contenido", por lo que su responsabilidad no ha de ser enfocada como se pretende en este motivo de recurso.

En todo caso, al margen de lo anterior, ni siquiera centrándonos en la distribución de la música compuesta por los otros acusados, compartimos el planteamiento del recurrente, y es que no debemos llegar al especial régimen de responsabilidad penal escalonada del art. 30 CP, sin pasar por el régimen común del art. 28.

Así lo consideramos, porque donde ha de ponerse el acento de cara a dilucidar la responsabilidad penal de Abel y de Miguel Ángel es en papel fundamental que tuvieron en la difusión de un determinado material con cuya distribución no solo es que estuvieran de acuerdo, sino que se implicaron en ella, como resulta de la manifestación vertida en el Plenario por parte de Miguel Ángel, a que hace mención la sentencia de instancia, de que conocía la letra de las canciones y que hacía funciones de censura, función que es fundamental en el reparto de papeles que cada cual había asumido para la difusión de ese discurso delictivo.

Lo que queremos decir es que la difusión de ese material que se ponía en circulación era una labor de todos, en la que cada cual asume un papel, pero en la que todos estaban de acuerdo, siendo por eso por lo que decimos que no se ha de llegar al art. 30 sin pasar por el art. 28, como aquí sucede, en que los cuatro condenados tienen un dominio funcional sobre la actividad que, conjuntamente, desarrollan, tendente a la difusión de un material nocivo, en lo que hay acuerdo de todos. Todos son, pues, coautores, porque en esa difusión ha habido un reparto de papeles a un objetivo común, en el que cada uno ha cumplido el cometido que se atribuyó para dar publicidad a lo que todos querían.

Consideramos, pues, que los cuatro acusados tuvieron una intervención directa en los hechos, por cuanto que la difusión del material delictivo fue un objetivo llevado a efecto "conjuntamente", como dice el art. 28 CP, por los cuatro, razón por la que habrá que hablar de coautoría propia, con exclusión, en consecuencia, del régimen del art. 30 CP, lo que, en último término nos lleva a la desestimación de este motivo de recurso.

3.3.- Se esgrime como motivo de recurso "por infracción de Ley, con amparo en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación a la inaplicación del artículo 14.3 del Código Penal y, error de prohibición, en el ejercicio de Derechos y Libertades Fundamentales consagrados en la Constitución, artículos 16 y 20 de dicho Cuerpo legal fundamental".

En la medida que este motivo de recurso se articula sobre la base de una alegada quiebra de derechos fundamentales, como el relativo al ejercicio de las libertades de expresión o ideológica, cuestiones sobre las que hemos tratado más arriba, a lo entonces dicho nos remitimos, y aquí nos limitaremos a hacer las consideraciones oportunas por las que tales derechos no pueden servir de cobertura a ese error que se esgrime.

Partimos de que esos derechos fundamentales que se invocan en el motivo de recurso, no son derechos ilimitados, y también del reproche que, en el sentir generalizado de una sociedad democrática, generan conductas como las que se enjuician en la presente causa, del que los medios de comunicación se suelen hacer eco, lo que, en el peor de los casos, debería haber puesto sobre aviso a los acusados de la muy alta probabilidad de que no estaban siendo respetuosos con la norma, de manera que si resulta que el material con que comercian es representativo y evocador de un discurso que, incluso, ha sido objeto de persecución internacional, y sucede que, como recordábamos que se dice en los hechos probados, en relación con ese material, que "se trata de materiales que tienen el mismo trasfondo común referidas a la supremacía de la raza blanca y consiguiente discriminación de personas que no pertenecen a dicha raza con la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisemitismo, provocando y propagando dichos sentimientos a los adquirentes de los mismos", no solo no cabe, en modo alguno, asumir el error que se invoca en el recurso, sino que, desde el momento que se da por probada tal finalidad, solo se puede concluir que eran conscientes de que su actividad no estaba permitida por la ley.

Decir, por lo demás, que la duda es incompatible con el error de prohibición, y que resulta altamente difícil su apreciación cuando se trata de conductas cuya ilicitud es notoria, precisamente, por su notoriedad, como sucede con las que se enjuician en esta causa, y ello porque, constituyendo el reverso de la conciencia de antijuridicidad, es preciso que su autor ignore que su conducta es contraria de derecho, lo que no sucede cuando se habla de error. En último término, la prueba del error corresponde a quien lo invoca y no solo nada ha probado al respecto la defensa, sino que del relato que encontramos en los hechos probados no solo no cabe deducirlo, sino que, repetimos, nos lleva a la conclusión contraria.

Se rechaza, por tanto, el motivo de recurso.

3.4.- Motivo: "Por infracción de Ley, con amparo en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Error en la valoración de la prueba, en relación con la inaplicación del citado artículo 14.3 del Código Penal, en base a la prueba documental obrante en los folios 1679 a 1803 de las actuaciones" .

En realidad, el breve espacio dedicado al desarrollo del motivo es una remisión al motivo anterior, por lo que nos remitimos a lo que se acaba de decir al tratar el mismo.

Añadir que, en todo caso, ni se especifica qué concreto documento de entre esos 127 que señala es el que evidenciaría ese error, ni se concreta de manera precisa en qué consiste el error, mientras que, por otra parte, tal como se plantea nos llevaría a entrar en un proceso valorativo de toda la prueba practicada, que no nos corresponde.

El motivo, por tanto, ha de ser rechazado.

3.5.- Con carácter subsidiario a todos los anteriores motivos, se articula uno último, "Por vulneración de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación al artículo 5.4 de la L.O.P.J., al haberse vulnerado el Derecho Fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas del artículo 24.2 de la Constitución y, no obstante ello, no haberse apreciado por el Tribunal sentenciador dicha atenuante como muy cualificada, aplicándolo solo de forma simple".

En resumen, se interesa en este motivo de recurso que la atenuante de dilaciones indebidas, que fue apreciada como simple en la instancia, se estime, ahora, como muy cualificada, coincidiendo con igual pretensión formulada en el anterior recurso, a la que hemos dado respuesta en el apdo. 2.2 del fundamento jurídico precedente.

Como en dicho apartado argumentábamos, si atendemos a la dicción del propio art. 21.6, una dilación extraordinaria e indebida solo permite apreciar la circunstancia como simple; pero es que, además, en el caso que nos ocupa, no debemos olvidarnos de la complejidad de la presente causa, con una investigación sobre una importante cantidad de hechos, con diligencias que eran necesarias y de las que no se debía prescindir, y también con un importante número de acusados (hasta 10). Todo ello ha sido valorado, con acierto, en la sentencia recurrida, que solo ha estimado como tiempo de paralización injustificado un periodo de tres años, que, aun cuando se considere extraordinario, respetando la literalidad del precepto mencionado, solo lleva a la atenuación simple.

Cuarto.

Procede condenar a los recurrentes al pago de las respectivas costas (art. 901 LECrim), a la vista de la desestimación de sus recursos.

En atención a lo expuesto

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DESESTIMAR los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de Alejo y Amadeo, y de Abel y Miguel Ángel contra la Sentencia dictada con fecha 8 de noviembre de 2018 por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona en su P.A. 3/2018, que se confirma íntegramente, con imposición de las respectivas costas causadas en sus recursos.

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

Así se acuerda y firma.

D. Andrés Martínez Arrieta D. Antonio del Moral García
D^a. Carmen Lamela Díaz D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina
D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.

