



Roj: **SAN 24/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:24**

Id Cendoj: **28079280022018100001**

Órgano: **Audiencia Nacional. Juzgados Centrales de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **02/02/2018**

Nº de Recurso: **4/2017**

Nº de Resolución: **3/2018**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL SECCIÓN 002**

**20107**

**N.I.G.: 28079 27 2 2015 0001379**

ROLLO DE SALA: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000004 /2017

PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: DPA PROC. ABREVIADO 0000053 /2015

ÓRGANO DE ORIGEN: JUZGADO CENTRAL INSTRUCCION nº: 002

**S E N T E N C I A Nº 3/2018**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

**D. ÁNGEL LUIS HURTADO ADRIÁN (Ponente)**

**D. JOSE RICARDO DE PRADA SOLAESA**

**D. JUAN PABLO GONZALEZ GONZALEZ**

Madrid, dos de febrero de dos mil dieciocho.

Visto, en juicio en juicio oral y público, ante la Sección Segunda de esta Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el presente Rollo de Sala, 4/2017 , dimanante del Procedimiento Abreviado 53/2015 del JCI nº 2, seguido de oficio por delito de enaltecimiento de terrorismo contra **Leopoldo** , nacido el NUM000 /1994 en Barakaldo (Bizkaia), hijo de Miguel y Carmela , D.N.I. NUM001 , y sin antecedentes penales, representado por el procurador D. Javier Cuevas Rivas y defendido por el letrado D. Juan Manuel Olarieta Alberdi, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Carballo Cuervo .

### **ANTECEDENTES PROCESALES**

**PRIMERO.**- El Ministerio Fiscal, presentó conclusiones, calificando los hechos: como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578.1 y 2 del CP , del que reputó responsable, en concepto de autor, al acusado **Leopoldo** , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, para el que solicitó la pena de **DOS AÑOS** de prisión y multa de 16 meses con una cuota diaria de 10 euros, y con la accesoria de inhabilitación absoluta por un periodo de 10 años.

Accesoria legal de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas.

**SEGUNDO.**- El letrado del acusado en el acto del juicio oral solicitó la libre absolución de su patrocinado.

### **HECHOS PROBADOS**



Leopoldo , con el nombre de usuario del perfil de Twitter " DIRECCION000 ", efectuó las siguientes publicaciones que se podían ver de una manera libre y pública en Internet por cualquier usuario de la red social Twitter, ensalzando el uso de la violencia por la organización terrorista ETA:

El 9/9/2014: con la noticia de la salida de prisión de Jose Luis condenado por actos de Kale Borroka escribió "Ongi etorri, Jose Luis // Bienvenido Jose Luis ".

El 23/9/2014: con el tuit sobre la salida de prisión de Juan Francisco condenado por la colocación de tres bombas en distintas localidades así como la quema de un vagón de ferrocarril insertó el mensaje " Izan direlako gara, garelako izango dira... Gora Eusko Gudariak // Somos porque han sido, porque somos serán... ¡Vivan los soldados Vascos¡.

El 29/10/2014: publicó el siguiente tuit" Ezabatzen zaituztete ahazteko, makurtzeko.

Debekatuz, isolatuz.. hernia beldurtzekoll Para olvidar que os han ocultado, para rendirse.

Prohibiendo, aislando.. para que el pueblo tenga miedoii", comentario acompañado de una imagen con fotografías de los presos de la banda terrorista ETA.

El 21/12/2014 retuitea una publicación con un texto de Artemio " Mantecas " en el que justifica el uso de la violencia en términos que "condenar cualquier tipo de violencia popular es una brutal necedad y una muestra clara de incapacidad... Los pueblos no practican la violencia por gusto de hacerlo sino impulsados por la acuciante necesidad de adquirir un derecho humano... la violencia popular es siempre defensiva frente a la violencia institucionalizada de la clase explotadora, y por lo tanto completamente legítima".

El 16/1/2015: publicó una imagen del miembro de ETA Desiderio JUNTO AL LEGMA "AGUR ETA OHORE / ADIOS Y HONOR" y "ZURE DUINSTASUNA GURE EREDUI/ TU DIGNIDAD NUESTRO MODELO" a la que añade el comentario " Desiderio ZURE BORROKA GURE ERDUW Desiderio TU LUCHA NUESTRO MODELO" y "AGUR ETA OHORE EUSKO GUDARIA/ ADIOS Y HONOR SOLDADO VASCO"

El 5/2/2015 retuiteó un mensaje con la imagen del miembro de ETA fallecido Gumersindo comentando que "el pueblo no perdonará".

El 18/3/2015 retuitea una publicación con imágenes de Kale Borroka y el mensaje "BORRODA DA BIDE BAKARRA KAPITALISMOA SUNTS1TU/ LA LUCHA ES EL UNICO CAMINO. DESTRUIR EL CAPITALISMO.

El acusado tenía en su móvil archivos que ensalzan la organización terrorista ETA y sus miembros, sin que conste en las actuaciones que las hubiera publicado.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** En la idea de que se comprenda la decisión que toma el Tribunal en el presente asunto, que nos ha de llevar a una sentencia absolutoria, conviene hacer unas consideraciones introductorias, aunque sea brevemente.

La primera, para recordar que es una decisión que se toma en derecho, sujeta no solo y exclusivamente a la literalidad de un ordenamiento jurídico penal, sino a la interpretación que del mismo hace la jurisprudencia, de modo que, si esta ha de ser siempre la manera de operar en este ámbito en que nos movemos, con más razón en un delito como el que nos ocupa, sujeto, permanentemente, a una evolución jurisprudencial, que dificulta enormemente precisar sus contornos, y que, ante tal circunstancia, genera en no pocas ocasiones dudas a la hora de su aplicación, que, cuando surgen, han de ser resueltas en favor del reo.

De alguna manera, relacionado con lo anterior, señalar que en ese acomodo a la jurisprudencia a que nos debemos, esta ha venido restringiendo, en su aplicación, el art. 578.1 CP , al menos, en la primera de sus modalidades típicas, la referida a la justificación de hechos constitutivos de terrorismo o al enaltecimiento de quienes participaron en los mismos, hasta el punto de llegar a precisar la concurrencia de un elemento tendencial, que no exige el tipo, como veremos que hace la STS 387/2017, de 25/05/2017 , cuya doctrina consideramos de aplicación al caso, y que, avanzamos, nos ha de llevar a un pronunciamiento absolutorio.

En segundo lugar, y puesto que nos movemos en el marco del derecho penal, no es misión nuestra hacer reproches por comportamientos escasamente sociales, ni hacer valoraciones sobre urbanidad o cortesía, a la vez que hemos de tolerar posiciones, que, desde otros ámbitos, se mantengan, por más que choquen con planteamientos propios de nuestra disciplina, como cuando, como hacía el acusado, consideraba presos políticos a simples terroristas, que, si han padecido penas de prisión, no ha sido por sus ideas, sino porque, con la excusa de las mismas, han cometido crímenes atroces, de manera consciente y voluntaria, que en eso consiste el dolo del autor.



**SEGUNDO.**- Castiga el art. 578.1 CP , en su inciso 1º, *"el enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución"*; nada más dice el precepto, pero nos añade la STS citada, 387/2017 , que el TC ha clarificado los límites constitucionales a la intervención penal en relación a las conductas de enaltecimiento del terrorismo.

Y, en el análisis del tipo, tal como viene redactado en el CP, dice que este *"exige formalmente una actuación del sujeto que suponga justificar delitos de terrorismo o enaltecer a los que hayan participado en ellos"*; sin embargo, no se queda ahí, sino que, con la mira puesta en la Constitución, continúa diciendo: *"Pero no basta esa objetiva, pero mera, adecuación entre el comportamiento atribuido y la descripción que tales verbos típicos significan. La antijuridicidad, pese a ello, puede resultar excluida, incluso formalmente, es decir sin entrar en el examen de determinadas causas de justificación, si aquella descripción no incluye expresamente algún otro elemento que los valores constitucionales reclaman al legislador para poder tener a éste por legítimamente autorizado para sancionar esos comportamientos formalmente descritos como delito"*.

Es decir, que no basta la mera descripción típica, sino que ha concurrir algún otro elemento que haga constitucionalmente tolerable la sanción penal, para, desde ahí, descender a la búsqueda de ese otro elemento, que lo encuentra en la libertad de expresión, con la que puede entrar en conflicto dicho delito, para, en atención a esta circunstancia, volver a la cita del TC, de quien dice que *"recuerda que en su doctrina sobre tipos penales semejantes ya adelantó respecto a los referidos a la negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio que es constitucional la sanción penal si aquella negación y justificación opera como incitación, aunque indirecta, a su comisión ( STC 235/2007 ). Esa salvación constitucional interpretativa del tipo penal se auspicia en la medida que el tipo acude a juicios de valor y por ello cabe reclamar lo que denomina «elemento tendencial», aunque éste no venga expresado en la literatura del precepto penal"*.

Así pues, en una primera aproximación, no es suficiente una acomodación objetiva a la descripción típica, sino que se precisa de la concurrencia de ese elemento tendencial, de carácter subjetivo, que, generalmente, deriva por la manifestación del discurso del odio, necesario para desentrañar el conflicto, lo que, en nuestra opinión, va más allá del dolo del autor.

Sin embargo, no se queda ahí esta STS 378/2017 , sino que, a ese elemento tendencial, añade algo más, pues dice: *"a esa exigencia, referida a la intención del sujeto activo, se une otra exigencia que, aunque debe ser abarcada por el dolo del autor, debe constatarse objetivamente: una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades"*, que considera de trascendencia, como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad del tipo penal.

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

**TERCERO.**- Como resumen de lo expuesto, desde el que hemos de partir, pues, para determinar la relevancia penal de los hechos que se nos someten a enjuiciamiento, habrá que valorar la concurrencia de ese elemento tendencial, más, además, si la conducta enjuiciada es susceptible de generar algún tipo de riesgo, aunque sea abstracto, para personas o derechos de terceros o para el sistema de libertades, y para ello nos centraremos en los hechos declarados probados, que los hemos tomado en los mismos términos que los expone el M.F. en su escrito de acusación, porque los ha asumido el acusado, quien se ha centrado en exponer la finalidad que con esas manifestaciones perseguía.

Desde este planteamiento, sin embargo no entraremos en lo que es elemento subjetivo, por un lado, porque el relato del escrito de acusación no describe con claridad dicho elemento, y porque, además, nos llevaría a un terreno difuso, cuya preponderancia, o no, frente a la libertad de expresión en ocasiones, cuando no generalmente, depende del criterio de quien ha de hacer uso a él; y, por otra parte, porque no lo necesitamos, pues consideramos que, acudiendo al criterio de la situación de riesgo, como delimitador del tipo, es suficiente para ese pronunciamiento absolutorio.

En este sentido, es en el que nos parece perfectamente aplicable la STS que venimos utilizando.

El enaltecimiento que en ella se veía es también difundido por redes sociales, con menciones a la banda terrorista ETA, aunque las más significadas se refieren a la actividad terrorista de la organización GRAPO, particular sobre el que gira la base de la estimación del recurso, al considerar un inexistente contexto de violencia relacionado con esta banda terrorista, debido a que la misma desapareció hace años y no comete atentados.



Como decimos, es esta parte de la STS la que nos interesa, porque, siendo cierto que no se conoce que la organización terrorista ETA haya abandonado las armas, no es menos cierto que es notorio y prolongado en el tiempo el cese definitivo en su actividad armada, desde octubre de 2011, lo que nos coloca en una situación, de hecho, similar a la contemplada en dicha sentencia, porque, tal y como las cosas se encuentran en este momento, y tomando palabras de la propia STS, tampoco contamos con *"información que autorice a diagnosticar una mutación del estado de cosas tal que la realización de los delitos de terrorismo vea aumentada la eventualidad de su acaecer ni en un mínimo ápice"*, y eso mismo consideramos que se puede decir respecto de la organización terrorista ETA, visto ese cese en su actividad terrorista, lo que consideramos que, en este momento, descarta ese potencial riesgo, incluso, en abstracto, de manera que, al faltar tal elemento corrector del tipo, nos ha de llevar a la absolución.

En atención a lo expuesto.

### FALLAMOS

que debemos absolver y absolvemos, libremente, a Leopoldo del delito de enaltecimiento de terrorismo del que venía siendo acusado en las presentes actuaciones, con declaración de las costas de oficio.

Queden sin efecto cuantas medida cautelares hubieran sido adoptadas contra el mismo con motivo de la presente causa.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, con indicación de que contra la misma cabe recurso de casación en término de cinco días desde su notificación

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. ÁNGEL LUIS HURTADO ADRIÁN estando celebrando Audiencia Pública en el día de su fecha, certifico.