



Roj: SAN 4420/2016 - ECLI:ES:AN:2016:4420
Id Cendoj: 28079220022016100033
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 2
Nº de Recurso: 16/2016
Nº de Resolución: 39/2016
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
Ponente: ENRIQUE LOPEZ LOPEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA NACIONAL

SALA DE LO PENAL

SECCIÓN SEGUNDA

ROLLO DE SALA: 16/2016

DP. 72/14

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN nº 5

SENTENCIA NÚM. 39/16

ILMOS. Sres.

D^a. CONCEPCIÓN ESPEJEL JUNQUERA (Presidente)

D. ENRIQUE LÓPEZ Y LÓPEZ (Ponente)

D. JUAN PABLO GONZÁLEZ GONZÁLEZ

En Madrid, a veinte de diciembre de dos mil dieciséis.

Visto en juicio oral y público, ante la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la causa de referencia, procedente del Juzgado Central de Instrucción número 5, por los trámites de Procedimiento Abreviado, con el número 72/1498, seguido por un delito de humillación de las víctimas del terrorismo del art. 578 del Código Penal, y siendo acusador público el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. D. Vicente González Mota.

Y como acusado:

Luciano, con DNI NUM000, nacido el NUM001 /1970, asistido por el letrado D. Aiert Larrarte.

Ha sido Ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado Don ENRIQUE LÓPEZ Y LÓPEZ.

I. ANTECEDENTES PE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción nº 5 incoó el presente procedimiento abreviado, habiéndose practicado las diligencias necesarias para la instrucción. Al acusado le fue abierto juicio oral mediante auto de fecha 25 de mayo de 2016, y se remitieron las actuaciones a esta Sección Segunda de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO.- Recibidas las actuaciones en la Sala se dicta diligencia de ordenación por parte de la Sra. Secretario Judicial 1 de septiembre de 2016 se designa Magistrado Ponente, y tras dictarse auto de 6 de septiembre declarando pertinentes las pruebas propuestas por las partes, se señaló para la celebración de juicio oral el 13 de diciembre de 2016.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal presentó las siguientes conclusiones provisionales:

" EL FISCAL, despachando el trámite previsto en el art. 780 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , solicita la apertura de juicio oral ante la Sala de lo Penal de lo Penal y formula escrito de acusación en base a las siguientes conclusiones provisionales:

PRIMERA.- Se dirige la acusación contra Luciano , con DNI. NUM000 , nacido el NUM001 /1970, quien desde su teléfono NUM002 , el día 24 de mayo de 2014, a las 23.40 horas, envió al teléfono particular de la hermana de Jose Augusto , asesinado por la organización terrorista ETA en la localidad de Azpeitia (Guipúzcoa) el 3 de diciembre de 2008, un mensaje MMS conteniendo una fotografía con el anagrama de dicha organización terrorista, consistiendo en un hacha y una serpiente enrollada en su mango. Como consecuencia de recibir dicha imagen la persona que lo recibió se sintió amenazada.

El acusado Luciano , fue condenado por Sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional nº 18/1999, de 27/5/1999 , firme el 5/2/2001, por integración en organización terrorista a la pena de 7 años de prisión.

SEGUNDA.- Los hechos relatados son constitutivos de un delito de humillación de las víctimas del terrorismo del art. 578 del CPen. (en su redacción dada por la LO. 7/2000 por ser legislación más favorable).

TERCERA.- Del expresado delito es autor el acusado, a tenor del art. 28 del Código Penal .

CUARTA.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

QUINTA.- Procede imponer la pena de dos años de prisión. Y de conformidad con el art. 579.2 CP ., la pena de inhabilitación absoluta por un periodo de 9 años.

Accesorias legales de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante la condena y costas".

La defensa pidió la libre absolución de su defendido, admitiendo el hecho imputado, si bien se alega que el SMS fue enviado por error y por ello se pide la libre absolución del acusado.

CUARTO.- Se celebró el juicio oral el día señalado para ello, con el interrogatorio del acusado, y la práctica de la prueba testifical, pericial y documental según consta en el acta; tras lo cual el Ministerio Fiscal elevó a definitivas sus conclusiones provisionales. La defensa del acusado, también elevó sus conclusiones a definitivas, solicitando la libre absolución del acusado con todos los pronunciamientos favorables.

I. HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Luciano , desde su teléfono NUM002 , el día 24 de mayo de 2014, a las 23.40 horas, envió al teléfono de un familiar directo de Jose Augusto , nº NUM003 , asesinado por la organización terrorista ETA en la localidad de Azpeitia (Guipúzcoa) el 3 de diciembre de 2008, un mensaje MMS conteniendo una fotografía con el anagrama de dicha organización terrorista, consistiendo en un hacha y una serpiente enrollada en su mango.

SEGUNDO.- El acusado tiene un amigo llamado Baltasar que desde el año 2000 a 2003 usó un teléfono cuyo número coincidía con el anterior reseñado a excepción de la última cifra, un cuatro en lugar de un uno; el acusado tenía tres registros en su teléfono, uno en la aplicación WhatsApp bajo la denominación " Cerilla ", que fue borrado ante de la incautación del teléfono, y otros dos bajo la denominación " Cerilla " y " Cebollero " en la aplicación para los contactos de Google, conteniendo los tres registros el número del teléfono particular del familiar del fallecido Jose Augusto , no habiendo quedado acreditado que el acusado conociera ni a esta persona, ni que el teléfono que tenía en los archivos fuera de la misma.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Valoración de la prueba.

1.- De los hechos.

Los hechos han sido acreditados en todos sus extremos, y con carácter general no se cuestionan por la defensa del acusado, puesto que admite el envío del mensaje con el contenido descrito, si bien se alega que la intención era enviárselo a su amigo Baltasar , y todo se debió a un error, puesto que el acusado tenía grabado en su teléfono móvil el número que finalmente sería el de la víctima, y ello asociado al nombre de " Cerilla ", apodo con el que se conoce al amigo anteriormente indicado; este teléfono lo tenía en la agenda desde hace años. La explicación que se ofrece es que el número real de Baltasar cuando se lo dio, a principio de la década de los dos mil, era el NUM004 , siendo similar al número de la víctima en todos sus dígitos excepto el último, un uno en lugar de un 4. El acusado declaró que no era su intención enviar este MMS a la víctima, a la cual no conoce de nada. En el acto del juicio oral declaró que el teléfono era suyo y lo usaba

el acusado solamente, y que la foto del anagrama de ETA se la envió, o eso creyó, a su amigo en mayo de 2014; dice que estaban en un bar y se lo pidió, remitiéndoselo después al número que tenía en su teléfono asociado al apodo de su amigo, el cual lo tenía desde 2001, si bien nunca le llamó por teléfono porque no era necesario-se veían a menudo-. El acusado dijo que se enteró de quien era el titular del teléfono al que realmente había enviado el MMS cuando se lo dijo la Guardia Civil, e insiste en que no conocía a este familiar del Sr. Jose Augusto , y que cuando su amigo le dio el teléfono lo debió grabar mal.

En el acto del juicio oral el testigo Baltasar ratificó la versión ofrecida por el acusado, y además se acreditó que efectivamente tuvo adjudicado el uso de un teléfono con el número similar al de la víctima salvo la última cifra hasta el año 2003, puesto que se trataba de un teléfono de empresa, y en 2003 lo entregó a la entidad, según está acreditado tanto documentalmente, como por la declaración del representante legal de la empresa Cedevisa, para la que trabajaba el testigo.

Sobre el teléfono del acusado se elaboró una prueba pericial que obra en autos a los folio 309 y ss., y que fue ratificada en el acto del juicio oral. Tras su práctica ha quedado acreditado que el MMS mediante el que se envió la foto fue borrado, puesto que no había ningún mensaje SMS o MMS en el móvil, así como tampoco el archivo conteniendo la fotografía objeto de envió; esta prueba demuestra que el número de teléfono que correspondía realmente a la víctima, se encontraba registrado en el terminal del acusado en y ello en tres archivos, uno de la aplicación WhatsApp y dos en contactos de Google, siendo el nombre de contacto " Cerilla " para la primera aplicación, y " Cerilla " y " Cebollero " para la segunda, si bien el contacto de WhatsApp había sido borrado.

2.- Estudio de la concreta acción del acusado.

Con carácter general debemos recordar que la invocación al derecho constitucional de la presunción de inocencia tan sólo comporta la obligación del órgano jurisdiccional de comprobar la existencia de prueba de cargo suficiente, obtenida con corrección y sin violentar derechos fundamentales, practicada en el acto del juicio oral con las adecuadas condiciones de publicidad, inmediación y contradicción, prueba que puede tener carácter directo o indiciario, limitándose en este caso la verificación a los hechos base en que la inferencia se funda y a la corrección lógica del proceso deductivo (vid., por todas, TS2a SS 18 Oct. 1994 , 3 Feb y 18 oct. 1995 , 19 Ene y 13 jul. 1996 y 25 Ene. 2.001). Y este derecho se vulnera, como es sobradamente conocido-cuando se condena a alguna persona sin pruebas o valiéndose de pruebas obtenidas ilegalmente. Por lo demás, el principio de presunción de inocencia implica las siguientes consecuencias: a) que inicialmente debe presumirse la inocencia de toda persona acusada, en tanto tal presunción-de naturaleza iuris tantum-no haya sido desvirtuada; b) que, en principio, únicamente pueden servir para desvirtuar dicha presunción las pruebas practicadas en el juicio oral, con las debidas garantías legales y constitucionales, bajo los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción- art. 120.1 y 24 CE ;,c) que corresponde a las partes acusadoras la carga de la prueba -el acusado no tiene que probar su inocencia-; d) que la valoración de las pruebas es competencia propia y exclusiva del órgano jurisdiccional, y e) que el juzgador deberá motivar suficientemente la sentencia- art. 120.3 CE .

En el supuesto enjuiciado, como se ha adelantado no existe duda alguna de que el acusado ha enviado al teléfono de la denunciante el mensaje ya referido, pero la cuestión es si el mismo fue o no consciente de que así lo hacía, o por el contrario como indica, todo se debió a un error, en tanto en cuanto había grabado el número que tenía su amigo suyo hasta 2003, alterando por un desliz la última cifra, de tal suerte y casualidad, que con esa alteración se convertía en el número de la víctima. Como ha quedado acreditado, Baltasar tenía el teléfono similar al de la víctima, enfrentándonos a dos casualidades, la primera, que este número alterado coincidiera con el de un familiar de una víctima de ETA, y en segundo lugar, que el citado amigo del acusado utilizara un teléfono con un número similar en el año 2003, y como consecuencia de ello lo grabara el acusado, si bien como el Índica, cometiendo un error en la última cifra; casualmente el error se produce entre dos dígitos, el 1 y el 4, que se encuentran uno debajo del otro en el teclado de marcación.

En la actividad de enjuiciamiento se estudian la causalidades y no las casualidades, pero ello no impide, sino todo lo contrario, formular una valoración tanto de la prueba de cargo, como en este caso de la de descargo. Para poder concluir un juicio de culpabilidad en un delito como el que aquí es objeto de acusación, se requiere además de la constatación del elemento objetivo del tipo definido por la acción del acusado, la concurrencia de un elemento subjetivo, y por ello se debe analizar si el ánimo del autor que conforma el elemento volitivo del tipo alcanza como mínimo querer realizar una conducta con conocimiento de la capacidad que posee para lesionar la reputación, la autoestima, el respeto, o el honor de las víctimas del terrorismo, y ello al margen de que además deba incluir, el deseo de lesión de aquella reputación, autoestima y respeto (ánimo que debe deducirse de las circunstancias). En este caso lo que alega el acusado es que ni tan siquiera

fue consciente de lo primero, al desconocer que realmente le estaba enviando el mensaje a la denunciante, puesto que creía que lo hacía a un amigo, el cual además de formar parte de su propio entorno social, poco podía ofenderle un anagrama de ETA.

Para valorar la prueba practicada podemos reiterar los criterios contenidos en la STS de 3 de mayo de 2.006 , según la cual la sentencia debe expresar un estudio "lo suficientemente preciso del catálogo probatorio, de su valoración respectiva y de su decisión, de suerte que una sentencia cuya decisión sólo esté fundada en el análisis parcial de sólo la prueba de cargo, o sólo la prueba de descargo, no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la CE . La parte concernida que viese silenciada, y por tanto no valorada el cuadro probatorio por él propuesto no habría obtenido una respuesta desde las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, la resolución judicial no respondería al estándar exigible de motivación, y en definitiva un tipo de motivación como el que se comenta no sería el precipitado de la previa valoración y ponderación crítica de toda la actividad probatoria, sino por el contrario, estaría más próximo a esa inversión argumentativa que convirtiendo en presupuesto lo que sólo debería ser el resultado del proceso crítico valorativo partiría de la voluntad del órgano judicial de resolver el caso de una determinada manera, para luego "fundamentarlo" con un aporte probatorio sesgado en cuanto que sólo utilizarían aquellos elementos favorables a la decisión previamente escogida, silenciando los adversos."

Sobre ello podemos concluir que esta exigencia de vocación de valoración de toda la prueba es predicable de todo enjuiciamiento sea cual fuese la decisión del Tribunal, absolutoria o condenatoria, ya que el principio de unidad del ordenamiento jurídico y de igualdad de partes no consentiría un tratamiento diferenciado, aunque, justo es reconocerlo, así como para condenar es preciso alcanzar un juicio de certeza -más allá de toda duda razonable según la reiterada jurisprudencia del TEDH, y en el mismo sentido STC de 13 de julio de 1998 , entre otras muchas-, para una decisión absolutoria bastaría duda sería en el Tribunal que debe decidir, en virtud del principio in dubio pro reo.

En segundo lugar no cabe duda de que las exigencias de motivación son mucho mayores en las sentencias condenatorias que en las absolutorias, lo que no significa que estas últimas queden exentas de la obligación de aportar razones o argumentos que justifiquen la decisión. Bastaría con la existencia de una duda acerca de si los hechos enjuiciados ocurrieron del modo que relata el escrito acusatorio para basar una absolución, y por ello no pueden acogerse ciertas dudas, si son absurdas o inconsistentes; ha de tratarse de dudas razonables.

En un caso como el aquí enjuiciado, el acusado ha introducido una prueba que por si misma y sin difíciles labores de inferencia nos ofrece una duda más que razonable sobre su verdadera intención el envío del MMS, ofreciendo una versión el hecho objetivo plausible y que lo aparta de cualquier intento de lesión del bien jurídico protegido del delito por el que se le acusa, al desconocer a la persona a la que realmente se le enviaba el MMS; por el contrario, ha quedado acreditado que el realmente a quien lo creía enviado era a su amigo. Al faltar este elemento subjetivo del tipo nos encontramos con una acción que no sobrepasa la tipicidad, y ni tan siquiera debemos movernos en el ámbito del error del tipo que sea, al no adentrarnos ni en la antijuricidad, ni en la culpabilidad.

Aún así, podemos decir que no es que estemos ante una previa escasa consistencia de la prueba de cargo para acreditar, más allá de toda duda razonable, la ocurrencia de los hechos imputados; muy al contrario, la víctima se encontró en su teléfono con un anagrama de ETA, banda terrorista que había asesinado a un familiar directo, lo cual entendemos sin dificultad alguna, que produce una zozobra y temor innegables en aquella, y ante su más que lógica denuncia, la policía judicial aporta al Ministerio Fiscal indicios suficientes como para sostener la acción penal y la acusación hasta el momento del juicio oral, no debiendo una suerte de casualidades cuestionar ni la lógica y penosa situación, ni la reacción de la denunciante, ni tampoco la actuación del Ministerio Fiscal. Ahora bien, la absolución debe producirse cuando existen dudas razonables, y la condena solamente cuando exista la certeza derivada de una prueba de cargo consistente que haya sido racionalmente valorada, y en este caso las dudas razonables superan a las posibilidades de certeza, lo que debe conducir a la absolución del acusado en aplicación del principio in dubio pro reo.

SEGUNDO.- Costas.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 240.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se declaran las costas de oficio

Por lo expuesto, y vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

EN EL NOMBRE DE SM. EL REY



FALLO:

Que debemos absolver y absolvemos a Luciano del delito de humillación a las víctimas de terrorismo del que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables, y todo ello declarando las costas de oficio

Contra esta sentencia cabe recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, previa preparación del mismo ante este Tribunal en el plazo de los cinco días siguientes al de la última notificación.

Así por nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en la forma de costumbre. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ