



Roj: **SAN 22/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:22**

Id Cendoj: **28079220012018100001**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/01/2018**

Nº de Recurso: **9/2017**

Nº de Resolución: **1/2018**

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

Ponente: **NICOLAS POVEDA PEÑAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL

SECCIÓN PRIMERA.

ROLLO DE SALA NUM. 0009/2017

PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0039/2016

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN NUM. 2.

ILMA SRA. PRESIDENTE.

DOÑA CONCEPCION ESPEJEL JORQUERA.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

DOÑA MANUELA FERNANDEZ PRADO.

DON NICOLAS POVEDA PEÑAS.

SENTENCIA N° 1/2018

En la Villa de Madrid, a veintidós de Enero de dos mil dieciocho.

Vista y oída, en juicio público, por la Sección Primera de lo Penal de la Audiencia Nacional, la causa dimanante del Procedimiento Abreviado num. 0039/2016, Rollo de Sala 0009/2017, procedente del Juzgado Central de Instrucción nº 2, por delito de enaltecimiento del terrorismo, contra el acusado:

Teodulfo , mayor de edad, nacido en NUM000 de 1.975 en Almería, hijo de Genaro y Edurne , con DNI num. NUM001 , sin antecedentes penales. Ha comparecido representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Morales Hernández San Juan y defendido por el Letrado Don Carlos Hurtado Alfageme.

Ha sido parte como **ACUSADOR PUBLICO** el Ministerio Fiscal representado por el Ilmo. Sr. D. Emilio Miro Rodríguez.

Actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. NICOLAS POVEDA PEÑAS.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 11 de Abril de 2.016, se dictó por el Ilmo Magistrado Titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional, auto por el que previo oficio remitido por la Jefatura del Servicio de Información de la Dirección general de la Guardia Civil, mediante el cual se daba cuenta de hechos que pudieran constituir infracción penal por enaltecimiento de terrorismo solicitando la adopción de medidas cautelares, acordándose la incoación de diligencias previas y la práctica de las medidas solicitadas..

Con fecha 13 de Abril de 2.016 se presentó por dicha Jefatura atestado dando cuenta de la detención entre otros del hoy enjuiciado Teodulfo y la incautación de diverso material informático, que siendo recibido por el Juzgado Central indicado, por este se emitió auto con tal fecha, acordándose la remisión del material



incautado, al Laboratorio del Grupo de Informática Forense de dicha fuerza de seguridad, para lo que procedió a llevar a cabo el desprecinto y volcado de información contenida en dispositivo de telefonía.

Con fecha 14 de Abril siguiente se procedió de idéntica manera a autorizar por medio de auto la remisión de un pendrive en idénticos términos.

Por auto de 18 de Abril de 2.016, por el Juzgado Central de Instrucción num. 6 citado, se acordó la inhibición de las actuaciones al Juzgado Central Decano para reparto, el cual correspondió al Juzgado Central de Instrucción num. 2 de la Audiencia Nacional, que dictó auto con fecha 20 de Abril de 2.016 incoando Diligencias Previas con el num. 39/2016, y con fecha 3 de Mayo de 2.016, previa personación del hoy enjuiciado mediante poder otorgado a favor del Procurador de los Tribunales citado bajo la dirección Letrada del Abogado Sr. Busquets Plaza y oído el Ministerio Fiscal, se procedió en 3 de Mayo de 2.016 a aceptar la competencia, y a ratificar las actuaciones realizadas por el JCI num. 6.

SEGUNDO.- Recibidos los informes de análisis pericial informático interesados, con fecha 7 de Octubre de 2.016 se dictó auto por el que se declaraba compleja la tramitación de la instrucción del presente proceso.

Practicadas las diligencias interesadas por el Ministerio Fiscal, con unión del atestado instruido respecto de este acusado y de otros.

Con fecha 12 de Diciembre de 2.016 se presenta escrito reiterando la personación por parte de este acusado con Procurador y Letrado, interesando la entrega de copia de las diligencias, la que le fue facilitada mediante providencia de 20.12.16. Por parte del Ministerio Fiscal se interesó la práctica de nuevas diligencias.

Con fecha 23 de Enero de 2.017 se tomó declaración judicial al acusado, quien se acogió a su derecho constitucional no realizando declaración alguna.

TERCERO.- Por la representación procesal del acusado se interpuso recurso de reforma en 25 de Enero de 2.017 contra la declaración de complejidad realizada mediante el auto citado por nulidad del mismo, a lo que se opuso el Ministerio Fiscal y por auto de 9 de Febrero de 2.017, se dio por concluida la instrucción de la causa acordando la continuidad de la tramitación de la misma conforme a los trámites procesales previstos para el Procedimiento Abreviado del capítulo IV, título II, del libro IV de la Lecrm.

Con fecha 7 de Febrero de 2.017 el Ministerio Fiscal se opuso a la nulidad interesada, desestimándose la pretensión de la defensa del acusado por auto de 13.02.17.

Dicha defensa interpuso recurso de apelación con fecha 22.02.17, el cual fue admitido en un solo efecto mediante providencia de fecha 23.02.17, constando la oposición del ministerio Fiscal.

Con fecha 29 de Marzo de 2.017 la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó auto, acordando entre otros pronunciamientos la continuidad del procedimiento conforme a lo previsto en el apartado 6 del artº 342 de la LECrm.

CUARTO.- Acordada la continuidad por el trámite citado mediante providencia de fecha 17.05.17 fue recurrido en reforma por la defensa del acusado, interesando el sobreseimiento de la causa. Oído el Ministerio Fiscal, se desestimó tal recurso por Decreto de 11 de Julio de 2.017.

QUINTO.- Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito de acusación, por el que se consideraba autor al acusado Teodulfo de un delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas previsto y penado en los arts. 578.1 y 579.2 del Código Penal anterior a la reforma obrada en dicho texto en 2.015, interesando se impusiera al mismo en tal cualidad la pena de un año de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante igual tiempo e inhabilitación absoluta por 8 años, así como el pago de las costas causadas. Se interesaba asimismo la práctica de diversos medios de prueba para el acto del juicio oral. Como consecuencia de lo anterior con fecha 12 de Julio de 2.017 se dictó auto acordando la apertura del juicio oral contra el citado acusado y señalando como órgano de enjuiciamiento la Sala de lo penal de la Audiencia

Nacional, y la fijación de fianza por importe de 3.000.-Euros en que se calculaba la cuantía de las responsabilidades civiles.

Por la defensa del acusado se interpuso recurso de reforma contra el auto de apertura de juicio oral, el cual no fue admitido a trámite conforme a lo previsto en el artº 783.3 de la LECrm mediante auto de 11 de Septiembre de 2.017.

La defensa formuló sus conclusiones provisionales en el sentido de la inexistencia de delito y por tanto de autor, debiendo ser libremente absuelto su defendido.

Verificado lo anterior se procedió a elevar las actuaciones a la Sala de enjuiciamiento.



SEXTO.- Con fecha 24 de Octubre de 2.017 una vez recibida la causa en este Tribunal, se acordó su admisión, designación de Ponente y miembros del Tribunal de enjuiciamiento.

Con fecha 25 de Octubre de 2.017 se dictó auto admitir las pruebas propuestas por las partes, procediéndose al señalamiento del correspondiente juicio el día 4 de Diciembre de 2.017 por D.O. de fecha 6.11.17.

SÉPTIMO.- En la fecha del señalamiento se llevó a cabo el acto del juicio, estando presentes el tribunal designado con el cambio que las partes aceptaron de la Ilma. Sra. Magistrada Doña MANUELA FERNANDEZ PRADO por el inicialmente designado lltmo. Sr. Sáez Valcárcel, por razón de servicio, el Ministerio Fiscal, el acusado y su defensa.

Se dio comienzo al acto y por la defensa se plantearon las cuestiones previas siguientes:

1º.- Se ha vulnerado el derecho de defensa del acusado, al haberse instruido la causa sin su presencia, no pudiendo participar en la práctica de las diligencias.

2º Nulidad de actuaciones conforme a lo resuelto por la Sección tercera de la A.N. que declaro nulo el auto de declaración de la complejidad.

Ambas causas de nulidad generarían el sobreseimiento de la causa.

OCTAVO.- Acordada la continuidad del procedimiento, la defensa formuló protesta, procediéndose a la práctica de la declaración del acusado, que se acogió a su derecho constitucional a no declarar, y a continuación las declaraciones de los testigos y peritos propuestos y admitidos, procediéndose la documental a continuación.

En trámite de conclusiones tanto por parte del Ministerio Fiscal como de la defensa del acusado se procedió a la reproducción de los contenidos en esta causa.

Seguidamente se procedió por el Ministerio Fiscal a informar al Tribunal de sus pretensiones, insistiendo en la condena del acusado.

Por parte de la defensa en trámite de informe, se dio por reproducidos los argumentos esgrimidos como cuestiones previas y sobre el fondo de la causa, se interesó la absolución de su defendido.

Concedido el turno de última palabra al acusado Teodulfo , por este no se realizó alegación alguna.

NOVENO.- En la tramitación del presente se han observado las prescripciones legales a excepción del término para dictar sentencia, habida cuenta ocupaciones preferentes del Tribunal

HECHOS PROBADOS.

Consideramos probado y así se declara:

I.- Que el acusado Teodulfo durante los años 2.10912 y 2013, mediante la utilización del perfil " DIRECCION000 " en Twitter, publicaba en acceso abierto diversos mensajes en los que se refería a organizaciones terroristas que actuaban en el Estado Español como ETA y GRAPO, de forma justificativa respecto de los métodos violentos y ensalzando a tales organizaciones y sus miembros.

Asimismo procedía a publicar de igual forma, en abierto, diversos mensajes que menospreciaban e incluso ofendían a víctimas de dichas organizaciones terroristas

Entre los mensajes existentes se han significado los siguientes:

Mensaje publicado el día 21.12.12: "como Millonario intelectualizaremos a los militares y militarizaremos a los intelectuales como 1000 Millonario , Jo Eta Ke".

Mensaje publicado el día 27.11.12: "Las víctimas de ETA tienen la cabeza desatinada de tanto ruido de explosión. Lo que deberían ilegalizar es el catetismo".

Mensaje publicado el día 1.10.12 "Viva la resistencia antifascista ya la organización terrorista GRAPO".

Mensaje publicado el día 12.09.12: "Gora ETAm".

Mensaje publicado el día 6.02.12: "Hoy más que nunca Gora ETA".

Mensaje publicado el día 12.07.12: "Que lástima que ETA no esté activa. La puta Carlota , esta no abriría tanto el container de basura orgánica que tiene por boca. CERDA". Mensaje publicado el día 16.09.12. "Os acordáis cuando ETA agujereaba jefes de maderos y volaba patrols con picolos dentro?. Lo recuerdo y me saltan las lágrimas. Que buenos tiempos".



Mensaje publicado el día 19.01.13: "ETA lo dejo en el peor momento, ahora no iría ni dios a una mani por un político ajusticiado".

Mensaje publicado el día 30.03.13: "Han asesinado a Amador en una prisión francesa. Siempre presente en nuestro recuerdo".

Mensaje publicado el día 31.03.13: "Al final se ha demostrado. ETA tenía razón. Viva nosotros y los nuestros. Forca PAH, un poco más cerca de la conquista del poder".

Mensaje publicado el día 29.05.13: "Está en Euskadi y con la ETA activa tendría la boca chapada y llevaría a los niños a colé sin decir ni mu... así no vamos bien.

Mensaje publicado el día 21.12.12: " Millonario en mi mente. Fuiste un ejemplo a seguir, una lástima que no estés entre nosotros. Seremos como 1.000 Millonario . Gora Millonario ".

Dichos mensajes fueron publicados por medio del citado perfil, en abierto, y permanecieron vigentes en las redes hasta la detención del acusado.

FUNDAMENTOS JURIDICOS.-

PRIMERO.- CUESTIONES PREVIAS.

Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo planteada en esta causa, procede pronunciarnos sobre las cuestiones previas formuladas por la defensa del acusado, reiteradas al comienzo del juicio oral y nuevamente reiteradas en su calificación e informe, haciéndose constar expresamente la existencia de acuerdo emitido por este Tribunal de enjuiciamiento, puesto de manifiesto a las partes, por el que se venían en denegar las cuestiones planteadas, sin perjuicio del resultado del juicio oral, formulándose por la defensa en ese momento su respetuosa protesta

Habida cuenta lo actuado durante las sesiones del juicio oral y la insistencia de la parte en el planteamiento de las cuestiones mencionadas, hemos de puntualizar sobre la denegación ya realizada lo siguiente:

1.- VULNERACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A NO SUFRIR INDEFENSION, POR NO HABERSELE PRMITIDO TENER ACCESO A LAS DILIGENCIAS PRACTICADAS EN CUANTO AL DISPOSITIVO INFORMatico Y TELEFONO DEL ACUSADO.

Se fundamenta dicha cuestión en base a que habiendo dado comienzo las actuaciones en 11 de Abril de 2.016, al ser presentado oficio por el Servicio de Información de la Guardia Civil ante el Juzgado Central de Instrucción num. 6 de la A.N. dictándose en tal fecha auto incoando Diligencias Previas y acordando diligencias en orden a la apertura, examen y análisis de dispositivo informático y teléfono, procediéndose a la detención del acusado el día 13 de Abril de 2.016 el que tras no prestar declaración ante la fuerza de seguridad, acogiéndose a su derecho de no declarar, habiéndosele hecho ofrecimiento de acciones y designando abogado, el día 22 de Abril de 2.016, se presentó escrito por la representación procesal del acusado acreditada mediante poder notarial y designando abogado y personándose en la causa.

Las diligencias que se practican seguidamente consisten en diversos volcados de internet y de dispositivo informático y de su teléfono, acordado el primero en 11 de Abril de 2016 y el dispositivo pen drive en 13.04.16 y por auto de 13.04.16 el segundo, y llevado a cabo el 14.04.16 el volcado de la información telefónica, remitiéndose posteriormente al Juzgado instructor los informes sobre dichas diligencias.

Tales diligencias fueron acordadas por el Juzgado Central de Instrucción num. 6, que había conocido de la causa por razón de guardia, teniendo las mismas, la características de ser consideradas urgentes para evitar su pérdida o deterioro, y dado ese carácter fueron practicadas de forma inmediata conforme permite el artº 307 de la LECrm, en relación con el artº 13 de dicho texto legal.

La defensa interesa la nulidad de actuaciones habida cuenta que no se le tuvo por parte en la causa a pesar de haberse personado en forma, generándosele indefensión al no poder intervenir en las diligencias de prueba acordadas.

Más tal situación, es decir la personación del acusado por medio de Procurador y Letrado se realiza en 22.04.16, una vez se habían acordado y practicado las diligencias interesadas con carácter, como hemos dicho de primeras diligencias, por lo que no pudo ser citada su representación y defensa a tal acto, personada posteriormente.

Es más, no debemos obviar el hecho de que, una vez personado el acusado, conocedor del número de diligencias, y por tanto informado con detalle de la existencia del proceso, no realiza manifestación alguna al respecto hasta varios meses después; También se ha de tener en cuenta que el volcado de los instrumentos



intervenidos es labor del Letrado de la Administración de Justicia, sin tener intervención activa las partes, en su caso el Ministerio Fiscal como la defensa; y por último tener en cuenta que nos encontramos en el marco procesal de un procedimiento abreviado, en el que la parte acusada puede realizar propuesta de medios de prueba a lo largo de la instrucción e incluso en el momento del inicio del acto del juicio, tal como recoge el artº 786.2 de la LECrm, lo que evita cualquier indefensión por tal causa.

La nulidad pretendida no reúne los requisitos que contempla el artº 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el que establece como requisito indispensable haberse causado indefensión para poder dar lugar a la citada nulidad en el caso de no ajustarse lo realizado al trámite previsto en la Ley, por lo que impone declarar no haber lugar a la nulidad pretendida por esta causa.

. 2.- INDEFENSIÓN DERIVADA DE LA NULIDAD DEL AUTO POR EL QUE SE ESTABLECÍA LA COMPLEJIDAD DE LA INSTRUCCIÓN DE LA PRESENTE CAUSA Y SUS CONSECUENCIAS EN LA PRUEBA.

La segunda cuestión planteada por la defensa del acusado, tiene como fundamento el hecho de que por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la A.N. en 29 de Marzo de 2.017, declaró nulo el auto dictado por el Juzgado Instructor en 7 de Octubre de 2.016, debiendo en consecuencia, procederse al sobreseimiento de la causa o en su caso al apartamiento de las diligencias

Más la realidad es que tal auto de la Sección Tercera citada, se pronuncia sobre la declaración de complejidad de la causa, sin que ello conlleve, como pretendió en su día y pretende ahora la defensa el sobreseimiento de la misma. Dicho auto recoge en su parte dispositiva que habrá de estarse a lo previsto en el artº 324.6 de la LECrm, norma que en modo alguno establece tal sobreseimiento ni la nulidad de la práctica posterior de diligencias, sino que lo que establece es el término de la instrucción y el mandato al Juez de Instrucción de pronunciarse en el sentido de concluir el sumario y su elevación a la Audiencia correspondiente, o de conclusión del procedimiento abreviado mandando o no seguir los trámites del mismo, lo que obviamente debe realizar con posterioridad y efectúa en este caso, con fecha 9 de Febrero de 2.017.

No se trata de que al no haber complejidad declarada, la causa concluya por medio de sobreseimiento, sino que es obligado el pronunciamiento de conclusión, pudiendo el Ministerio Fiscal instar ante el Instructor tal medida.

Es de tenerse en cuenta que uno de los efectos que conlleva el transcurso del plazo previsto en el artº 324 de la LECrm, es el de no poder acordar nuevas diligencias, pero si se permite conforme con el num. 7 de dicho precepto considerar válidas aquellas que, acordadas previamente, su recepción sea posterior, como sucede en este caso.

No cabe declarar nula la unión a la causa del atestado, incorporado por copia en 18.11.16, ya que había sido entregado previamente en 21.04.16 al Juzgado Central de Instrucción num. 6 entonces instructor inicial.

Se trata de unir un atestado ya aportado y que no fuera remitido al Juzgado Central num. 2 Instructor posterior, por lo que advertida su falta se interesó la copia del mismo, y sin que ello cause indefensión a la parte acusada habida cuenta la fecha de su unión anterior incluso a su declaración judicial del día 23.11.16, declaración que si podría declararse nula por extemporánea, si bien puede comprobarse del exhorto unido, que la misma no tuvo resultado alguno al acogerse el acusado a su derecho constitucional a no declarar.

Por ello, procede la desestimación de la cuestión previa planteada, l no advertirse causa de indefensión del acusado.

3.- PRESCRIPCIÓN.-

Sin perjuicio de su obligado estudio de oficio, en el presente caso, en el momento de las conclusiones definitivas de la parte y posteriormente insistiendo en el informe emitido por la defensa, se hizo constar por esta, la concurrencia de prescripción del delito, habida cuenta que los hechos tienen lugar entre los años 2.012 y 2013, teniendo fecha el primero de ellos el día 6.02.12, y el último el día 29.05.13, habiendo tenido lugar la incoación de la causa el día 11.04.2016, mediante auto del Juzgado Central de Instrucción num. 6 de la Audiencia Nacional de tal fecha.

Tales datos imponen la desestimación de la pretensión de la defensa, habida cuenta que nos encontramos ante una pena en abstracto de hasta 2 años de prisión e inhabilitación absoluta entre 6 y 20 años conforme a los arts 578.1 y 579.2 del Código Penal, a la que correspondería un plazo prescriptivo de cinco años, teniendo en cuenta al contenido del artº 130.3 del Código citado.

Además, se ha de tener en cuenta que nos encontramos ante unos mensajes publicados en abierto y vigente su acceso público hasta el momento del cierre de la página tras la detención del acusado, hecho que tiene



lugar en Octubre de 2.016, siendo su difusión permanente, y por tanto afectado el bien jurídico protegido por la norma durante toda la vigencia del mensaje.

SEGUNDO.- Valoración de la prueba.

El Tribunal ha llegado a la convicción plena de los hechos probados, examinando las pruebas practicadas en los términos que contempla el artº 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para tener por enervada la presunción de inocencia que establece el artº 24 de la Constitución Española, tomando como base lo siguiente. En este momento hemos de precisar que respecto de la testifical, documental y pericial practicadas, hemos de acudir con carácter relevante en orden a la legitimidad de las mismas, al contenido de la cuestión previa planteada por la defensa como consecuencia de la declaración de complejidad del procedimiento, por si alguna de las diligencias que en la causa constan estuviere afectada por el contenido del artº 324.7 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, debiendo ser excluida.

Por ultimo cabe reiterar, que nos encontramos en un trámite de proceso abreviado, con una especial tramitación respecto del momento de la proposición y practica de las diligencias de prueba, las que incluso pueden ser practicadas por el tribunal una vez que se hayan propuesto incluso al inicio del acto del juicio oral y puedan realizarse en las sesiones del mismo

Dicha cautela no procede en ningún caso en cuanto a la declaración del acusado, toda vez que la misma con valor relevante seria la practicada en el acto del juicio oral, fuere o no coincidente con las declaraciones prestadas en sede policial o de Instrucción y máxime en el supuesto que nos ocupa de no haber contestado a pregunta alguna, al acogerse a su derecho constitucional a no declarar ni a las preguntas de su Letrado defensor.

En cuanto a la testifical, documental y pericial practicadas en el acto del juicio oral, propuestas antes del inicio de las sesiones del juicio oral, dada la naturaleza del proceso en el que nos encontramos deben ser consideradas como legítimas, sin perjuicio de su valoración que realizaremos posteriormente como cargo o descargo. . Por ello tenemos:

A) Declaración del acusado.-

1.- El acusado acogiéndose a su derecho constitucional de no declarar si no lo considera, no prestó declaración, ni a las preguntas a formular por el Ministerio Fiscal ni a las preguntas de su propia defensa.

De tal posición del acusado, constitucionalmente intachable, no cabe considerar como resultado la inexistencia de prueba de cargo.

La reciente STS de 11.07.17, recoge en su contenido lo siguiente:

El Tribunal Constitucional ha examinado la doctrina del "Caso Murray" en diferentes ocasiones en que le fue alegada en amparo por sujetos condenados en la vía penal. Y así, en la sentencia 26/2010, de 27 de abril el Tribunal Constitucional argumentó lo siguiente: -pone el acento también la demandante en la improcedencia de utilizar su silencio en juicio como elemento fundamentados del pronunciamiento condenatorio. A este respecto, hemos afirmado que "ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la

acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria" (SSTC 20212000, de 24 de julio; 155/2002, de 22 de julio); ciertamente, tal silencio no puede sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes, pero, al igual que la futilidad del relato alternativo autoexculpatorio, sí puede tener la virtualidad de corroborar la culpabilidad del acusado (STC 155/2002, citando la SIC 220/1998, de 16 de noviembre).

En la sentencia 155/2002, de 22 de julio, el Tribunal Constitucional estableció que 'nuestra jurisprudencia, con expresa invocación de la doctrina sentada por la STEDH, de 8 de febrero de 1996, Caso Murray contra Reino Unido, ha efectuado diversas afirmaciones acerca de la ausencia de explicaciones por parte de los imputados. En la STC 2204998, dijimos que 'so pena de asumir un riesgo de inversión de la carga de la prueba, la futilidad del relato alternativo que sostiene el acusado : que supone su inocencia, puede servir acaso para corroborar su culpabilidad, pero no para sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes': y, asimismo, en la STC 202/2000, de 24 de julio, precisamente en un supuesto de existencia de unos indicios previos, afirmamos que 'según es notorio, en circunstancias muy singulares, ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria... ".



Por último, el TC arguye en la sentencia 202/2000, de 24 de julio . que "este Tribunal ha distinguido entre los derechos que se garantizan al detenido en el art. 17.3 CE y los derechos que se garantizan al procesado, acusado o imputado ex art. 24.2 CE (SSTC 252/1994, de 19 de septiembre ; 100/1996, de 11 de junio ; 21/1997, de 10 de febrero), haciéndose eco además de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 25 de febrero de 1993, caso Funke ; de 8 de febrero de 1996, caso John Murray ; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders), según la cual el derecho al silencio y el derecho a no autoincriminarse, no expresamente mencionados en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , residen en el corazón mismo del derecho a un proceso equitativo y enlazan estrechamente con el derecho a la presunción de inocencia (STC 161/1997, de 2 de octubre).

"Pues bien, prosigue diciendo la sentencia precitada, según hemos declarado, mediante expresa invocación de la doctrina sentada en el caso Murray del Tribunal Europeo de Derechos Humanos antes citada, la constatación de que el derecho a guardar silencio, tanto en sí mismo considerado como en su vertiente de garantía instrumental del genérico derecho de defensa (STC 161/1997 , ya citada), ha podido resultar vulnerado, sólo podría seguir al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación".

De la aplicación que hace el Tribunal Constitucional de la doctrina procesal del Caso Murray se desprende que la jurisprudencia que sienta el TEDH no permite solventar la insuficiencia de la prueba de cargo operando con el silencio del acusado la suficiencia probatoria ajena al silencio resulta imprescindible. Esto es: una vez que concurre prueba de cargo "suficiente" para enervar la presunción de inocencia es cuando puede utilizarse como un argumento a mayores la falta de explicaciones por parte del imputado. De lo contrario advierte reiteradamente el Tribunal constitucional se correría el riesgo de invertir los principios de la carga de la prueba en el proceso penal, de modo que, tal como señala el supremo interprete de la norma constitucional, el silencio del acusado puede servir como dato corroborador a su culpabilidad, pero no para suplir la insuficiencia de la prueba de cargo contra él.

En definitiva es necesario constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo y una prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo y una prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente, acerca de la participación en el hecho del acusado y a dicha prueba no se le contraponen una explicación racional y mínimamente verosímil, las manifestaciones del acusado, en total ausencia de explicación alternativa plausible, refuerzan la convicción, ya racionalmente deducida de la prueba practicada.

En consecuencia lógica con lo anterior lo relevante a efectos de cargo o descargo en la prueba respecto de los hechos y la participación del acusado, será debido al resultado de las demás pruebas, practicadas legítimamente en instrucción y en el acto del juicio oral.

B) Testifical.-

En el acto del juicio oral han depuesto diversos testigos,

El primero de ellos Guardia Civil número TIP W-42291, director de la investigación practicada, puso de manifiesto la existencia de monitorización de la red, revisando en cumplimiento de su función de fuerza de seguridad las denominadas redes sociales, habiendo actuado sobre mensajes contenidos en régimen abierto, advirtiendo la existencia de diversos mensajes que consideraron ser susceptibles de instrucción, y una vez averiguado quien era la persona titular del perfil en el que se habían publicado se dio cuenta a la Autoridad judicial y se solicitó la salvaguarda del contenido de los mensajes al Juzgado Central de Instrucción num. 6 en funciones de guardia, hallándose en poder del acusado en

el momento de su detención un teléfono y un pendrive al acusado, los cuales fueron igualmente intervenidos, custodiados y entregados al Juzgado y volcado su contenido a peritos habilitados para su examen, determinándose la identidad del acusado por las fotografías que constaban en el teléfono, y llegándose a identificar como propia la cuenta Twititer del mismo antes citada, habiéndose establecido la posible conexión delictiva a partir de 11.04.16, aun cuando los mensajes eran anteriores de los años 2.011 a 2013, pero estos figuraban en abierto y se encontraban vigentes y con posible acceso a los mismos.

El miembro de la Guardia Civil num. Z-61373-J intervino en la detención del acusado, procediendo a la intervención de una mochila con un teléfono y un pendrive, que fueron custodiados y entregados al instructor.

De tales manifestaciones testificales coincidentes en el hecho de la detención e intervención del teléfono, pen drive y otros enseres, que portaba en una mochila el acusado, cabe deducir la verosimilitud sin ninguna duda alguna que pudiera contrarrestar tal afirmación, en el sentido de que el acusado era poseedor de ambos efectos electrónicos y su titular.



C) Pericial.- La prueba pericial presentada en instrucción y reproducida en el plenario ha tenido como objeto principalmente: Por un lado el análisis del teléfono, una tarjeta SIM (inserta en el teléfono) y un pendrive y en segundo lugar la titularidad del perfil o cuenta en la que se habían colgado los mensajes que nos ocupan.

Ambos peritos, los Guardias Civiles numos. V-51351-Z y T-0046-S, se manifestaron en los términos de ratificación de sus informes obrantes en la causa y unidos al procedimiento en el mes de Abril de 2.016, apareciendo de forma objetiva en los mismos la determinación del titular del teléfono, coincidente con la persona detenida y hoy enjuiciada a la que se le había intervenido el móvil y el pendrive en el momento de su detención, llegando a las conclusiones de titularidad indicadas y del contenido mediante dicho análisis, extrayendo del teléfono los mismos convirtiéndolos y entregándoselos a la unidad instructora, indicando que habían fotos y comentarios, coincidentes las primeras con la persona enjuiciada.

La ratificación del contenido de los mensajes realizado y de las consecuencias sobre la titularidad de los dispositivos queda pues corroborada por este medio.

D) Documental.-

Ambas partes, acusación y defensa, dieron por reproducidas las pruebas documentales interesadas en su momento.

Conclusiones en Valoración .

En este punto hemos de considerar que tal como resulta de los medios de prueba practicados, hay pruebas de cargo que hacen decaer el principio de presunción de inocencia que contempla el artº 24 de la CE .

En este momento cabe reiterar que la queja contenida en la segunda de las cuestiones previas planteadas por la defensa en el inicio del acto del juicio, ya ha sido comentada en el examen de la misma al inicio de la valoración de la prueba, dando los argumentos por reproducidos, habiéndose desestimado la petición de nulidad interesada.

Además únicamente tal queja de la defensa hubiera podido afectar en su caso, al atestado instruido por la Guardia Civil, y que figura aportado posteriormente al momento del transcurso del periodo probatorio hábil sin aplicación de complejidad, pero no al resto de las diligencias probatorias practicadas con antelación, debiendo únicamente hacer mención en este momento al hecho de que en el examen de las pruebas en esta resolución, no se ha hecho mención alguna a dicho atestado, ya que las declaraciones de los testigos son suficientes en orden a la propiedad de la cuenta o perfil de Twitter y al contenido de los mensajes publicados en el mismo, conforme a la pericial practicada.

Queda en orden a la indefensión del acusado que este alega, en base a no haber sido tenido por parte mientras se practicaban diligencias, reiterar idéntico comentario al realizado al analizar la cuestión previa en tal sentido planteada, ya que por un lado, no se advierte tal indefensión al encontrarnos en el marco procesal del procedimiento abreviado en el que puede practicarse prueba a instancia de parte propuesta en el mismo momento del inicio del juicio oral, lo que deja sin contenido la alegación mencionada.

Es por ello por lo que se considera plenamente eficaz la prueba argumentada como suficiente para hacer decaer la presunción de inocencia del acusado según la tesis de la defensa en cuanto a los hechos objeto del proceso y en cuanto a la titularidad de la cuenta en la que los mismos fueron colgados.

TERCERO.- Calificación de los hechos.

Los hechos que han sido establecidos en el apartado correspondiente de esta sentencia y declarados probados conforme a los medios probatorios indicados en el fundamento anterior, nos llevan a considerar que nos encontramos ante un hecho que genera un enaltecimiento de la actividad terrorista y una humillación de las víctimas, conforme a la conducta prevista y penada en los arts. 578.1 y 579.2 del Código Penal vigente en el momento de la publicación de los mensajes.

La aplicación de las referidas conductas delictivas presenta como dificultad, su posible colisión con los derechos constitucionalmente establecidos a la libertad de expresión y a la libertad de opinión, siendo por tanto en primer lugar el debate que debe ocuparnos.

Hemos de partir de la consideración siguiente conforme al contenido de la STS de 11.05.17 :

FJ 4º.- La invocación de los arts. 16 y 20.1 CE (libertad ideológica y libertad de expresión) aflora también en el primer motivo como argumento que se hace valer para negar la relevancia penal de los hechos.

La anorexia argumentativa de este alegato permite contestarlo con una global remisión a la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional. Recuerdan abundantes precedentes (la Fiscal citó en la vista la STS 4/2017, de 18 de enero) que, como en todos los delitos de expresión, en la cuestión de la aplicabilidad o no



del art. 578 CP subyace siempre un conflicto entre el interés protegido por tal norma penal y las libertades de expresión y, en su caso, ideológica: es un problema de equilibrios y ponderación que no admite respuestas simplistas (STS 846/2015, de 30 de diciembre). La simple ligazón con la libertad ideológica o de expresión no legitima la conducta por se situándola por definición al margen del Código Penal: esto es obvio. Como tampoco el encaje formal en el tipo penal haciendo abstracción de cualquier otra consideración acarrea automáticamente una condena de esa naturaleza. Habrá que evaluar si se han producido excesos en el ejercicio de tales derechos fundamentales, de primer rango en un estado democrático de derecho. De ajustarse la conducta al marco constitucional de esos derechos operaría una causa de exclusión de la antijuridicidad canalizable a través del art. 20.7 CP (ejercicio legítimo de un derecho). Pero el ejercicio de esos derechos cuenta con algunas barreras. O por decirlo con fórmula más afortunada, está condicionado por otros derechos y exigencias constitucionales. Entre ellos desempeñan un papel no desdeñable el respeto al otro (humillación víctimas) y la prohibición de conductas de alabanza de actividades terroristas que alimente un clima favorable a su reproducción o se constituya en germen, remoto pero real, de nuevas acciones de esa naturaleza, acciones que cuartejan los pilares del Estado de derecho.

Por eso el debate ha de llevarse a cabo en concreto y no en abstracto: si in casu se han respetado esas limitaciones marcadas por el Código Penal, limitaciones que según el tenor literal de nuestra Constitución y de los textos internacionales existen y que reconocen -no podía ser de otra forma- los tribunales nacionales e internacionales (entre muchas otras, STEDH de 20 de octubre de 2015, asunto M BALA M BALA c/ Francia: condena a raíz de un espectáculo público donde se humillaba a las víctimas del holocausto judío).

Debe examinarse, así pues, si los hechos desbordan los márgenes del ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en los arts. 16 y 20 CE . En otro caso las libertades del art. 20.1 a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de la conducta (STC 1 04/1986, de 13 de agosto , reiterada en las SSTC 105/1990, de 6 de junio ; 85/1992, de 8 de junio ; 136/1994, de 9 de mayo ; 297/1994, de 14 de noviembre ; 320/1994, de 28 de diciembre ; 42/1995, de 18 de marzo ; 19/1996, de 12 de febrero ; o 232/1998, de 30 de diciembre). Se trata de ponderar para definir si la expresión de ideas se ha mantenido en el ámbito, amplio y extenso en esta materia, de lo tolerable; o ha traspasado esas laxas, pero a su vez firmes, fronteras. Ese discurso viene a erigirse en preámbulo del auténtico núcleo de la cuestión: si está bien aplicado el art. 578 CP . Sin duda las libertades de expresión e ideológica condicionan su espacio aplicativo.

Establecía el art. 578 CP vigente en el momento de los hechos (todos anteriores a 2015) "El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código ".

La redacción -más beneficiosa que la surgida de la reforma de 2015- proviene de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre. En el apartado 111 de su Exposición de Motivos encontramos unas palabras que quieren justificar la decisión político criminal que animó la inclusión de esta figura: "La introducción de un nuevo tipo penal de exaltación del terrorismo en el nuevo artículo 578 del Código Penal se dirige a sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.

Las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código, constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas.

No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal (...)".

El precepto sanciona dos conductas diferenciables aunque con un denominador común: su referencia al terrorismo. Por un lado, el enaltecimiento o justificación del terrorismo o sus autores; por otro, la emisión de manifestaciones o la realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas. Esta segunda figura cuenta con perfiles propios, distintos de la anterior.



La amalgama de conductas que yuxtapone el primer párrafo del art. 578 CP no ensombrece su diversidad. La citada Exposición de Motivos permite vislumbrar el interés del Legislador por extender el radio de acción hacia dos esferas de protección diferentes.

El castigo del enaltecimiento del terrorismo persigue la justa interdicción de lo que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (vgr. SSTEDH de 8 de Julio de 1999, *Sürek vs. Turquía*, y de 4 de Diciembre de 2003, *Müslüm vs. Turquía*), como nuestro Tribunal Constitucional (STC 235/2007, de 7 de Noviembre) y esta misma Sala (STS 812/2011, de 21 de julio) vienen denominando en sintonía con una arraigada tendencia de política criminal "discurso del odio» alabanza o justificación de acciones terroristas. Comportamientos de ese tenor no merecen la cobertura de derechos fundamentales como la libertad de expresión (art. 20 CE) o la libertad ideológica (art. 16 CE), pues el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de la comunidad que lo sufre; su discurso se basa "en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y, en definitiva, en generar un terror colectivo que sea el medio con el que conseguir esas finalidades" (STS 224/2010, de 3 de marzo).

La humillación o desprecio a las víctimas, por su parte, afecta directamente, a su honor y, en definitiva, a su dignidad, (arts. 18.1 y 10 CE) perpetuando su victimización que es como actualizada o renovada a través de esa conducta. Tampoco la libertad ideológica o de expresión, pueden ofrecer cobijo a la exteriorización de expresiones que encierran un injustificable desprecio hacia las víctimas del terrorismo, hasta conllevar su humillación. No es superfluo que estas libertades sean enunciadas en el propio texto constitucional con referencia a sus límites. Así, el amplio espacio del que se dota a la libertad ideológica no tiene "más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley" (art. 16.1 CE); mientras que la libertad de expresión encuentra su frontera "en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia" (art. 20.4 CE).

Y en tal sentido cabe señalar además, que la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 27.10.17 viene en establecer en su fundamento jurídico segundo:

El recurrente opone en el motivo de este orden la cobertura y justificación legal de la conducta desplegada, por haberse producido en el ejercicio del derecho de expresión (art. 20.1 y 4 C .E .).

1. El recurrente reconoce y acepta que la libertad de expresión tiene límites, pero éstos han de ser interpretados restrictivamente, so pena de encorsetar y constreñir este derecho fundamental. Por tanto las excepciones a este derecho deben tener un carácter extremadamente restrictivo y acotado.

Entre esos límites no aparece el derecho a castigar la apología del terrorismo. En este sentido enumera las siguientes normas fundamentales:

a) Constitución Española, art. 20.4 .

b) Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 29.2) en el que las limitaciones las restringe a las expresadas en la ley, entre las que figura el orden público y el bienestar general en una sociedad democrática.

c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 hecho en Nueva York, entre ellos, la "apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia".

d) Por último la Decisión Marco europea 2008/913/JAI que señala como uno de sus límites el discurso del odio.

2. Al acusado no le asiste razón. El límite en la libertad de expresión, castigando a través de una ley orgánica la apología del terrorismo, está protegiendo los riesgos de propagación de esta ideología patógena, ensalzando a los terroristas y a sus acciones criminales. La sentencia ampliamente desarrollada ha podido puntualizar el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión, que refleja ampliamente la S.T.C. 177/2015 de 22 de julio .

Entre los argumentos que aduce la recurrida cabe destacar:

a) En el marco del Consejo de Europa, el Convenio para la prevención del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, en su art.

5.1 bajo la rúbrica de "provocación pública para cometer delitos terroristas" establece que a los efectos de este 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, usando ese comportamiento, ya preconice abiertamente o no la comisión de delitos terroristas.

b) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en S. de 20 de enero de 2.000 había establecido que no puede quedar amparado bajo el legítimo ejercicio de este derecho la incitación a actos terroristas violentos, por lo que



ciertas restricciones a los mensajes que puedan constituir una incitación indirecta a delitos terroristas violentos están en consonancia con el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

c) Igualmente la S.T.S. 820/2016 de 2 de noviembre recuerda el castigo del enaltecimiento del terrorismo el cual persigue la justa interdicción de lo que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como nuestro T. Constitucional y la propia Sala Segunda, vienen denominando, en sintonía con una arraigada tendencia de política criminal, de alabanza o justificación de acciones terroristas, pues comportamientos de ese tenor no merecen la cobertura de derechos fundamentales como la libertad de expresión (art. 20 C.E.) o la libertad ideológica (art. 16 C.E.), en tanto el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de la comunidad que lo sufre".

d) Con cita de la S.T.C. 177/2015 , recuerda la S.T.S. 820/2016 que la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto colaborador de la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión.

Por lo expuesto y aceptando las exhaustivas argumentaciones de la recurrida, entendemos que el tipo del art. 578 C.P. , constituye un límite legítimo al art. 20.1 y 4 C.E. .

Limitación acorde asimismo con el contenido de la doctrina jurisprudencial comunitaria establecida, que impone la debida ponderación de la proporcionalidad de la respuesta judicial, entre otras en las resoluciones del STEDH de 8 de Julio de 1.999 y 4 de diciembre de 2.003 , y con el contenido de entre otra la STC 235/2007 que recoge expresamente:

"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).

Volviendo al contenido de la STS de 11.05.17 , hemos de considerar:

Además, puede afirmarse que hubo una instigación a la violencia. Ciertamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 16 de julio de 2009, caso Feret e Bélgica, § 73, recuerda que "la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo". Parece claro, pues, que si los hechos implican tal incitación a la violencia, con mayor razón pueden incardinarse en dicho discurso (SSTEDH de 29 de abril 2008, caso Kutlular c. Turquía , § 49 ; de 16 de julio de 2009, caso Feret c. Bélgica , § 64 ; de 8 de julio de 1999, caso Sürek c. Turquía , § 62). Incitar supone siempre llevar a cabo una acción que ex ante implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta. Desde esta última perspectiva, acciones como las que nos ocupan crean un determinado caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo, singularmente si se tienen en cuenta las circunstancias en las que cursaron los hechos: fue un acto público, previamente publicitado mediante carteles pegados en las calles, en un contexto en el que la actividad terrorista seguía siendo un importante problema social. Por consiguiente, es incuestionable que, para un espectador objetivo, la conducta del recurrente era idónea para contribuir a perpetuar una situación de violencia.

El planteamiento efectuado no es ajeno a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, tal como ya se ha expuesto anteriormente, la citada STC 235/2007 , para entender como legítima la sanción de conductas de punición de justificación del genocidio, afirmó que "será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial transcendencia 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. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación" (FJ 9). Es más, es claro que la justificación del genocidio ex ante, en determinado ambiente social, caracterizado por un rechazo generalizado de tales doctrinas, puede ser menos peligroso para bienes constitucionales que la conducta aquí objeto de reconsideración, llevada a cabo en un ambiente social en el que, patentemente, resultaba mucho más fácil que prendiera la llama. El contexto en el que acaecen los hechos no es jurídicamente irrelevante (STEDH Sürek contra Turquía, de 8 julio 1999 , § 62).

Las resoluciones judiciales impugnadas, en su labor de interpretación y aplicación del art. 578 CP, han ponderado adecuadamente todas las circunstancias concurrentes en la conducta del demandante de amparo. Concluyen



correctamente no solo la aplicación del tipo penal-sobre lo que nada tiene ahora que decir este Tribunal al no ser una cuestión controvertida en este recurso de amparo bajo la invocación del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25. 1 CE);-; sino, especialmente, que era una conducta que no quedaba amparada dentro del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], que es el concretamente invocado en este amparo, al tratarse de una manifestación del discurso del odio que incitaba públicamente el uso de la violencia en la consecución de determinados objetivos políticos. Al respecto, no es ociosa la cita de STEDH de 8 julio 1999, caso Sürek contra Turquía , §§ 61-62, en la que se subraya que "allí donde las declaraciones litigiosas inciten al uso de la violencia con respecto a un individuo, un representante del Estado o una parte de la población, las autoridades nacionales gozan de un margen de apreciación más amplio en su examen de la necesidad de una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión". Aceptado, como aquí hemos hecho, la presencia de dicha incitación a la violencia en los hechos objeto de enjuiciamiento, se comprimen aún más los márgenes para apreciar el ejercicio legítimo del derecho invocado. En conclusión, debe denegarse el amparo solicitado por el demandante, toda vez que la sanción penal de su conducta, por ser una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia, a través del enaltecimiento del autor de actividades terroristas, la cual no puede quedar amparada dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE]».

En el presente caso nos encontramos antes una serie de manifestaciones, contenidas textualmente en los mensajes que nos ocupan, en los que se ensalza y vitorea la figura de personajes históricos del terrorismo de ETA como el conocido como Millonario , manifestándose en el sentido de que debía de hacerse "como Millonario ..." o cuando dice " Millonario en mi mente. Fuiste un ejemplo a seguir, una lástima que no estés entre nosotros. Seremos como 1000 Millonario , Gora Millonario ". La mención ensalzadora de esta persona a la que no se le conocía otra actividad distinta que la que realizaba de carácter terrorista en ETA, ni amistad, trato o contacto especial con el acusado, nos lleva a considerar que ello obedece a tal conducta, razonamiento realizado entre otras en la STC de 20 de Junio de 2.016 , en donde se hace referencia a comentarios y actividades con referencia textual a Millonario .

La expresión cuando dice "Os acordáis cuando ETA agujereaba jefes de maderos (policía nacional) y volaba patrols con picolos dentro (guardias civiles). Lo recuerdo y me saltan las lágrimas. Que buenos tiempos", o "Eta lo dejo en el peor momento ahora no iría ni dios a una mani por un político ajusticiado", vienen en realizar una alabanza de acciones terroristas con resultado de muerte de servidores de los Cuerpos y Fuerza de Seguridad del Estado, añorando tal actividad y menospreciando el resultado de tal actividad con la muerte para las víctimas.

Del mismo modo cabe considerar la mención que se hace del mensaje publicado el día 27.11.12: "Las víctimas de ETA tienen la cabeza desatinada de tanto ruido de explosión. Lo que deberían ilegalizar es el catetismo", que conlleva un menosprecio humillante para las víctimas, de las que dice que tienen la cabeza desatinada y que son catetos.

Las expresiones "Que lastima que Eta no este activa. La puta Carlota , esta no abriría tanto el container de basura orgánica que tiene por boca. CERDA" o "Esta en Euskadi y con la eta activa tendría la boca chapada y llevaría los niño al cole sin decir ni mu...así no vamos bien". No solo representan una respuesta a una actuación de la citada Carlota , con la que es legítimo discrepar, vertiendo además, insultos despreciativos, sobre los que no cabe a este Tribunal pronunciarse sobre los mismos, sino que se inician con la expresión "Que lastima que Eta no este activa..." con la que empieza el mensaje, va más allá del derecho de crítica y no es de recibo cuando viene en representar que alguien realice lo que Eta ya no realizaba frente a la misma o frente a la persona que pasea en Euskadi y lleva a los niños al cole, lo que excede del mero reproche o discrepancia con lo dicho por Carlota o dicho o hecho por otra persona, a la que no se nombra y pudiera alcanzar a cualquiera, a la que se coloca bajo el objetivo de una acción similar a las que realizaba ETA.

Alabanza de la conducta violenta, y añoranza "lastima" de que tales hechos terroristas no continúen en la actualidad, indicando que se le saltan las lágrimas añorando los atentados, contenidas en unas expresiones que no solo recogen tal mensaje, sino que demuestran un incuestionable odio hacia los cuerpos y fuerzas de la seguridad del Estado y hacia aquellos particulares que se manifiestan contrariamente a sus pretensiones.

Se advierte de ello, la existencia de un ensalzamiento de la actividad terrorista, que no solo alcanza a la realizada por ETA, sino también a la que realizaron los GRAPOS, que añora en base a sus creencias propias, sin consideración alguna, sobre el daño que a la población y seguridad y seguridad de la misma conlleva derivado de un odio evidente hacia los que no piensan como él.

Añorar la actividad ilícita de Millonario , de Eta, de los GRAPOS de Amador , y poner su actividad ilícita como ejemplo a seguir, es en interpretación gramatical de los textos una loa hacia los mismos y una invitación a seguir su ejemplo.



Si a ello unimos el contenido de los mensajes que hacen relación al desprecio, llegando al insulto a personas que tienen una manera de pensar distinta del acusado, deseándoles privarles de sus derechos más elementales, como la opinión, la vida o la vida familiar, no tiene más consideración que la de menosprecio a los que se señala como hipotéticos y deseados objetivos terroristas, publicitando su mensaje de acción contra las mismas.

Continuando con el examen de los tipos delictivos conforme a la reiterada STS de 11.05.17 , cabe señalar en orden a la naturaleza objetiva del ilícito lo ya reseñado en cuanto a la creación de un determinado caldo de cultivo, una atmosfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, y que aun cuando se hubiera producido una tregua, esa no se conlleva correctamente con la aparición de zulos con explosivos y detonadores de ETA, hechos sucedidos desde la autodenominada tregua, y no evita las acciones de presión, coacción e incluso agresión a personas y bienes se hayan seguido produciendo, generadas

por el odio al discrepante, a la fuerza de seguridad o a la víctima y su entorno. Se añoraba y postulaba la vuelta a la actividad terrorista, siendo la conducta del acusado idónea contribución para perpetuar la violencia.

Por consiguiente, es incuestionable que, para un espectador objetivo, la conducta del recurrente era idónea para contribuir a perpetuar una situación de violencia.

Los ilícitos que nos ocupan implican en un cuanto a su valoración de carácter subjetivo, en cuanto a tal naturaleza del dolo habrá de estarse a lo previsto entre otras en la STS de 29.03.17 , que recoge doctrina comunitaria y constitucional y dice:

Respecto de la intención del autor, esta Sala ya ha expresado en diversas ocasiones que la naturaleza subjetiva de dolo, no es incompatible con su dimensión fáctica y que debe ser por ello recogida en el relato fáctico del Tribunal de instancia. Debemos recordar también que el artículo 578 del CP sólo exige el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo, esto es, tener plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica de las acciones violentas de un grupo terrorista, sin que resulte precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento del terrorismo o de la humillación de las víctimas (STS 4/2017, de 18 de enero).

Desde esta consideración, constatamos que los hechos probados no sólo reflejan -que ya bastaría- el conocimiento del alcance del mensaje que se difunde, sino que se hace con la explícita intención de loar sus gestas, como objetivamente expresa -como se ha dicho- que se apele a la continuidad de sus acciones.

La consecuencia contenida en el artº 579.2 del Código Penal , es de aplicación al presente caso en orden a la pena accesoria que contempla.

Cabe pues concluir que los mensajes que son objeto de valoración contienen los indicativos objetivos y subjetivos precisos para establecer que se corresponden con los ilícitos previstos en los arts. 578.1 y 579.2 del Código Penal vigente en la fecha de comisión.

CUARTO.- Autoría y participación.

Respecto de la autoría de la conducta antes examinadas, cabe señalar que corresponde al acusado, en cuyo poder se encontraron un teléfono y un pen drive conteniendo el perfil o dominio en el que se publican los mismos, así como ha quedado acreditado mediante la pericial practicada la existencia de una correlación directa entre el material del acusado y el contenido de los mensajes. Respecto de la antigüedad de los mismos, ya que datan de los años

2.12 y 2.013, cabe decir que los mensajes fueron creados en abierto, es decir con acceso público de cualquier persona que quisiera acceder a los mismos, habiéndose mantenido vigentes durante varios años, hasta la detención del acusado, lo que representa no solo la participación en tal hecho sino la contumacia de su mantenimiento.

QUINTO.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

La defensa en el momento de la calificación definitiva y posteriormente en su informe desarrolla la posible aplicación al caso que nos ocupa de la atenuante de dilaciones indebidas, habida cuenta el lapso de tiempo transcurrido desde la comisión de la creación y publicación del mensaje y la fecha de culminación del proceso abreviado.

Tal alegación no cabe ser estimada, toda vez que la dilación se corresponde, en cuanto a su inicio, no con el momento de la comisión delictiva, sino con el momento de la incoación de la causa, que como se ha dicho anteriormente tuvo lugar el día 11.04.16, habiendo concluido por auto de apertura de juicio oral en 12.07.17, lo que se corresponde con un periodo no dilatado.



Es de señalarse que durante el periodo de instrucción se produjeron diversas actuaciones, incluidos recursos sustanciados en apelación por la Sala de lo Penal que dieron lugar a una tramitación complementaria, máxime cuando acordada la complejidad de la causa por auto de 7 de Octubre de 2.016, este fue recurrido y resuelto por auto de la Sección Tercera de esta Sala de lo Penal en 29.03.17 , y una vez acordada la continuidad en los términos establecidos en la última resolución se recurrió en reforma que fuera desestimada en 11 de Julio de 2.017.

No cabe aplicación de dilación indebida en el presente caso, la cual en todo caso carecería de eficacia práctica, atendiendo que la pena, como seguidamente se expondrá será impuesta en su límite inferior.

SEXTO.- Individualización de la pena .-

De conformidad con lo previsto en los arts. 578.1 del Código Penal , la pena correspondiente al delito del que ha sido declarado autor responsable el acusado Teodulfo vigente en el momento de la publicación del mensaje, se comprende entre el año de prisión como mínimo y los dos años de prisión como máximo. Mas la aplicación de de lo previsto en el num.. 2 del artº 579 de dicho Código impone la aplicación de la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante igual tiempo y la de inhabilitación absoluta por tiempo de 6 años, tiempo superior en seis años a la duración de la privativa de libertad. En dicho marco penológico, estimamos procedente la aplicación del mínimo previsto en la normativa citada, tal como solicita el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas, con la imposición de la pena de un año de prisión, con la accesoria de con la imposición de una pena de un año de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la duración de la condena e inhabilitación absoluta por seis años a contar a continuación del año de privación de libertad, mínimo legal previsto.

SEPTIMO.- Comiso y Costas. - Procede el comiso de todos los efectos intervenidos al condenado en la presente sentencia conforme a lo previsto en el artº 127 Del Código penal .

Se imponen las costas al acusado conforme al artº 123 del Código Vistos los artículos y normas citadas y demás de general aplicación, Penal.

FALLAMOS.-

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a:

Teodulfo , como autor de un delito ya definido, de enaltecimiento del terrorismo y humillación de víctimas, a las penas de UN AÑO de prisión.

Asimismo se le impone la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y la de inhabilitación absoluta por tiempo de 6 años superior al de la duración de la pena privativa de libertad.

Se impone el comiso de los efectos intervenidos al acusado que ha sido objeto de condena.

Se imponen las costas al acusado

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.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA LA MAGISTRADA DÑA. MANUELA FERNANDEZ PRADO:

Desde el máximo respeto a la opinión mayoritaria formulada por mis compañeros, tengo que discrepar del sentido condenatorio de la sentencia dictada por los siguientes motivos:

La sentencia recoge la jurisprudencia que existe en relación con los delitos de enaltecimiento del terrorismo, para concluir, invocando la sentencia del T.S. de 11.05.2017 , que a su vez recoge la S. Del T.C. 235/2007 y la S. del TEDH de 8 de julio de 1999, caso Sürek contra Turquía , que cabe la sanción penal de las conductas que, por ser manifestación del discurso del odio, incitan a la violencia a través del enaltecimiento del autor de actividades terroristas, la cual no puede quedar amparada dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de expresión.

De esta jurisprudencia lo que se desprende es que para que podamos encontrarnos ante un delito de enaltecimiento del terrorismo, que implique una legítima injerencia en la libertad de expresión, es necesario



que con esa conducta sea una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derecho de terceros o para el propio sistema de libertades.

En cuanto al delito de humillación a las víctimas, también incluido en el art. 578 del C.P., tiene una naturaleza más privada: afecta directamente al honor de las víctimas de acciones terroristas por el hecho de serlo; aunque también sin duda golpea sentimientos de solidaridad de la comunidad que en todo delito de terrorismo percibe un ataque a la convivencia pacífica construida entre todos.

La sentencia de la mayoría encuentra todos los tuits realizados por el acusado como constitutivos de uno u otro delito, sin exclusión alguna. Sin embargo considero que en ninguno de ellos existe la situación de riesgo, que el discurso del odio ha de implicar, para justificar la limitación de la libertad de expresión. Tampoco encuentro expresiones que impliquen un ataque al honor y la dignidad de las víctimas del terrorismo:

a) A las víctimas del terrorismo hace referencia el siguiente:

-Publicado el 27 de noviembre de 2012: "*Las víctimas de ETA tienen la cabeza desatinada de tanto ruido de explosión. Lo que deberían ilegalizar es el catetismo.*"

En ese tuit llama desatinadas a las víctimas y puede percibirse un matiz burlesco, y como catetos no se sabe si alude a los terroristas o a sus víctimas. En el texto no se puede

identificar una ofensa clara al honor de las víctimas, ni una humillación o desprecio hacía ellas. Es una frase que no supera el mal gusto, y que no puede tener relevancia penal.

Carlota no es una víctima del terrorismo, de modo que el tuit que la menciona se examinará a continuación.

b) El resto de los tuits hacen referencia a organizaciones terroristas o a sus miembros:

-Publicado el 21 de diciembre de 2012: "*Como Millonario intelectualizaremos a los militares y militarizaremos a los intelectuales como 1.000 Millonario, Jo ETA ke.*"

- Publicación 21 diciembre de 2012: Millonario en mi mente. Fuiste un ejemplo a seguir, una lástima que no estés entre nosotros. Seremos como 1.000 Millonario. Gora Millonario. Millonario es el apodo de Oscar, miembro de ETA y uno de sus ideólogos más importantes, se le atribuye haber participado en el asesinato de Evelio. Millonario fue asesinado en Francia el 21 de diciembre de 1978 en un atentado reivindicado por el Batallón Vasco Español, de modo que él mismo acabó siendo una víctima del terrorismo. Hizo celebre la frase *Yo discuto con todos, intelectualizo a los militares y militarizo a los intelectuales*. Esta frase es a la que hace referencia el tuit que no ocupa. Sacada del momento y de la retórica en la que Millonario la pronunció, se hace difícil identificarla como un llamamiento a la violencia, porque discutir o intelectualizar no es sinónimo de violencia. Los tuits se publican en el aniversario de su muerte. Significan un recuerdo a esa persona en esa fecha, que estaría amparado por la libertad de expresión al carecer de otras connotaciones.

-Publicado el 12 de julio de 2012: "*Qué lástima que ETA no esté activa. La puta Carlota, ésta no abriría tanto el container de basura orgánica que tiene por boca. CERDA.*"

Carlota era diputada en 2012, se hizo célebre por su intervención el día 11 de julio de 2012, durante un pleno del Congreso de los Diputados. Cuando el Presidente del Gobierno de España, Juan Enrique, acababa de exponer los recortes de la prestación de desempleo Carlota gritó, entre aplausos, «¡ que se jodan!». Hubo una reacción generalizada contra este comentario, fuertemente criticado en los medios de comunicación y también en las redes sociales. En ese contexto se publicó el tuit que nos ocupa, al día siguiente de ocurrir este hecho. Se trata de una forma soez de criticar el comportamiento de la entonces diputada, pero no esta tratando de hacer un llamamiento directo para que sea objeto de la una acción terrorista. Eta ya no esta activa en ese momento, y así lo recalca el acusado.

-Publicado el 26 de septiembre de 2012: "*Os acordáis cuando ETA agujereaba jefes de maderos y volaba Patrols con picolos dentro? Lo recuerdo y me saltan las lágrimas. Que buenos tiempos.*"

Este tuit es ejemplo de un exabrupto del peor gusto. La frase encierra una añoranza de la época en la que la organización terrorista actuaba contra las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, pero ¿invita a continuar con la violencia?. No parece que sea claro ese llamamiento, aunque ciertamente es la que se acerca al límite de la libertad de expresión.

En el resto de las frases tampoco puede encontrarse el llamamiento a la violencia y claramente carecen implicación penal. Son análogas a las examinadas en la sentencia de TS nº 600/2017 de 25 de julio, que confirma la absolución de este tribunal, en un caso en el que las frases difundidas en Twitter hacían mención a Millonario y otros miembros de ETA. Expresiones como viva, gora o fuerza en relación con una organización



terrorista no sirven por sí solas para propiciar o alentar un clima de violencia, ni de odio. Cuestión distinta sería si se reclamase una actuación de la organización contra algún colectivo o persona determinada, lo que aquí no se da:

-Publicado el 19 enero de 2013: *"ETA lo dejó en el peor momento, ahora ni iría ni dios a una maní por un político ajusticiado"*.

- Publicado el 30 de marzo de 2013: *"Han asesinado a Amador en una prisión francesa. Siempre presente en nuestro recuerdo"*.

Amador , alias Bucanero , dirigente de la organización terrorista eta, fue detenido en Francia en 2008 y falleció el 30 de marzo de 2013 por un derrame cerebral. No es cierto que haya sido asesinado, pero ello no convierte en delictivo el tuit.

- Publicado el 31 de marzo de 2013: *"Al final se ha demostrado. ETA tenía razón. Viva nosotros y los nuestros. Forca PAH, un poco más cerca de la conquista del poder"*.

PHA puede ser la Plataforma de Afectados por la Hipoteca. No tiene relación alguna con ETA, ni se entiende en que pretende que tenía razón.

-Publicación 29 de mayo de 2013: *Está en Euskadi y con la ETA activa tendría la boca chapada y llevaría a los niños a cole sin decir ni mu...así no vamos bien.*

No se puede saber a quién se refiere.

-Publicación 1 de octubre de 2012: *" Viva la resistencia antifascista y lo Organización Terrorista GRAPO"*.

-Publicación 12 de septiembre de 2012. "Gora ETAm"

-Publicación 6 de febrero de 2016. *Hoy más que nunca GORA ETA.*

Por ello considero que la sentencia no debió incluir que el acusado pretendiese justificar o enaltecer a ETA o al GRAPO, ni que pretendía humillar a las víctimas, lo que no se desprende del tenor ni del contexto, los hechos no debieron calificarse como constitutivos de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas, y lo que procedería era la absolución del acusado Teodulfo de estos delitos, con declaración de las costas de oficio. Madrid, a 22 de enero de 2018

Fdo. MANUELA FERNANDEZ PRADO