



Roj: **SAN 4556/2016 - ECLI:ES:AN:2016:4556**

Id Cendoj: **28079220032016100035**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **16/11/2016**

Nº de Recurso: **15/2016**

Nº de Resolución: **37/2016**

Procedimiento: **Procedimiento Abreviado**

Ponente: **CLARA EUGENIA BAYARRI GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.NACIONAL SALA PENAL SECCION 3

MADRID

SENTENCIA: 00037/2016

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Penal

Sección Tercera

ROLLO DE SALA Nº 15/2016

PROCDIMIENTO ABREVIADO Nº 56/2015

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION Nº 6

Tribunal:

Ilmo. Sr. Presidente:

D.: Félix Alfonso Guevara Marcos

Ilmas. Sras. Magistradas:

Dª: Clara Eugenia Bayarri García (Ponente)

Dª: Ana Rubio Encinas

En la Villa de Madrid, el día 16 de Noviembre de 2016, la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, constituida por los Ilms. Srs. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado ,en nombre del Rey

la siguiente

SENTENCIA Nº 37/2016

En el Rollo de Procedimiento Abreviado Nº 15/2016, procedente del Juzgado Central de Instrucción Nº 6 donde era seguido como P.A.nº 56/2015 por la comisión de un delito de apología del terrorismo del artículo 578 del Código Penal , en el que han sido partes, como acusador público: el Ministerio Fiscal y como acusado: Raúl nacido el día NUM000 de 1996, en Cornellà de Llobregat (Barcelona) , hijo de Silvio y Camino . y DNI nº NUM001 , quien comparece al plenario asistido por el Sr, Letrado D. David Pascual Mateos y representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Noguera Chaparro. El procesado, compareció al plenario en situación de libertad provisional, habiendo estado privado de libertad por esta causa desde el día 19 de mayo de 2015 , en que se produjo su detención, hasta el día 19 de mayo de 2015.

Ha sido Ponente la Magistrada Sra. Clara Eugenia Bayarri García, quien expresa el parecer del Tribunal.



I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- Las presentes diligencias se iniciaron por Auto de fecha 18 de Mayo de 2015 como Diligencias Previas número 49/2015 del Juzgado Central de Instrucción número 1 en funciones de Guardia, correspondiendo por turno ordinario de reparto al Juzgado de Instrucción Central número 6, al que se remitió por Auto de fecha 19 de mayo, y donde se incoaron Diligencias Previas número 56/2015 por auto de fecha 21 de mayo de 2016 . El 17 de Junio de 2016 se dictó Auto de apertura de juicio oral contra Raúl por delito de ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO del artículo 578 del Código Penal de 1995 (modificación del mismo por L.O. 7/2000)

SEGUNDO .- El Juzgado Central de Instrucción nº 6 dictó Providencia de fecha 3 de Octubre de 2016 por la que se acordó elevar el procedimiento a esta Sección , para su enjuiciamiento donde tuvo entrada en fecha 7 de Octubre de 2016, dictándose Providencia y Auto ambos de fecha 18 de Octubre por los que se designó ponente y se admitieron la totalidad de las pruebas propuestas por las partes, señalándose para la celebración del Juicio Oral el día 14 de Noviembre de 2016 a las 10.00 horas , en que éste tuvo lugar.

TERCERO .- En el día y hora señalados, se celebró la vista oral con presencia del acusado, asistido por su Letrado, con el resultado que consta documentado en el acta extendida por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia y la oportuna grabación digital .

CUARTO.- Por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas se calificaron los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo previsto y penado en el artículo 578 del Código Penal vigente en el momento de los hechos , del que estima responsable en concepto de autor a Raúl , mayor de edad y sin antecedentes penales , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal , a quien interesa se imponga la pena de 1 año y 6 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pena de 10 años de inhabilitación absoluta. Decomiso del teléfono móvil marca Samsung modelo Galaxy ACE GT-S5830i, así como al pago de las costas causadas

QUINTO. - Por la defensa del acusado , en igual trámite, elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales, conforme a las cuales, se discrepaba del dictamen y solicitud del Ministerio Fiscal, manifestando que procede la libre absolución de su defendido, con toda clase de pronunciamientos favorables, y declaración de oficio de las costas del procedimiento. Concedida la palabra al procesado en trámite de última alegación, manifestó no tener nada que añadir.

II.- HECHOS PROBADOS

Probados, y así expresamente se declaran , los siguientes hechos:

Raúl , que contaba con 18 años recién cumplidos, entre el 23 de diciembre de 2014 y el 14 de mayo de 2015, desde su perfil de Twiter : " Raúl (@ DIRECCION000) y de Instagram " DIRECCION001 " retwiteó y reenvió 7 mensajes, con imágenes y textos preexistentes y de libre circulación previa en la red, con contenidos laudatorios de las distintas organizaciones terroristas existentes en España. Los mensajes enviados son los siguientes:

- 1.- El día 23 de diciembre de 2014, retweet de una fotografía del miembro de ETA Camilo , " Hilario ", con el texto preimpreso : "Buuuum, hola soy Hilario y soy solidario. Me gusta la gente que vuela gratis ¿a que sí Justino ?".
- 2.- El día 30 de Enero de 2015 reenvió un texto en el que se leía " Cuantos llamaban terroristas a ETA y pagarían para que a los politicuchos dieran metrallata"
- 3.- El día 3 de Febrero de 2015, una imagen de un individuo que porta un artefacto casero bajo el lema " mensaje en una botella" al que Raúl añadió el comentario: " me encantaría mandar mil mensajes a cada político corrupto".
- 4.- El día 4 de Febrero de 2015 reenvió el perfil de un usuario existente en la red, "@GRAP01" en el que se ve una fotografía de dos personas con el puño derecho levantado, dentro de un círculo y con la leyenda sobreimpresa: " libertad para los presos políticos " al que él añadió el comentario : "viva"
- 5.- El día 8 de Febrero de 2015 envió el eslogan:a 8 de Febrero de 2015 escribipoln de un individuo que porta un artefacto casero con un lema itor a Raúl " GORA ETA GABÓN" (VIVA ETA BUENAS NOCHES) .
- 6.- El día 20 de Febrero de 2015 , envió un texto que decía " Ahora un atentado me alegraría un rato, un atentado bueno, el malo lo he sufrido ya, tengo el corazón bombardeado"



7.- el día 14 de mayo de 2015 a través del teléfono y de su cuenta en instagram reenvió una fotografía obtenida a través de la red cuya imagen es la de una bandera española quemándose y sobreimpresa, la leyenda " la lluita és lúnic camí" (La lucha es el único camino)

Tales mensajes carecían de código de privacidad, por lo que cualquiera que accediese a su perfil y cuenta podía acceder a la lectura de su contenido.

Para el acceso a internet y remisión de esta fotografía de Instagram se empleó el teléfono móvil marca Samsung modelo Galaxy ACE GT-S5830i. No consta desde que terminal se remitieron los restantes mensajes.

III .- FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. - Se alega por la defensa que los mensajes reenviados , sin perjuicio de que constituyan mensajes "desafortunados" carecen del elemento subjetivo de enaltecer actos o elementos terroristas, o vilipendiar a las víctimas del terrorismo por el que se acusa. Que ha de atenderse a la juventud de su defendido, y que en todo caso, las expresiones proferidas se encontrarían amparadas por el el derecho a la libertad de expresión y libertad ideológica proclamados por los artículos 16 y 20 de la CE . En relación a éste último alegato, este Tribunal ha de partir, necesariamente , de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia , Sentencias de la Sala Segunda nº 106/2015 de 19 de Febrero de 2015 (ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García); en STS número 623/2016 de 13 de Julio de 2016 (Ponente Excmo. Sr. D. Julián Artemio Sánchez Melgar) y finalmente la STS nº 820/2016 de 2 de noviembre de 2016 (Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García) , en las que se efectúa un detallado examen de esta cuestión y se establece que: "*Como en todos los delitos de expresión subyace un conflicto entre el interés protegido por la 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 per se situándola por definición al margen del Código Penal: esto es obvio.*

Igualmente tampoco el encaje formal en el tipo penal haciendo abstracción de cualquier otra consideración acarrea automáticamente una condena de esa naturaleza. No puede prescindirse de una evaluación sobre la presencia o no de excesos en el ejercicio de tales derechos fundamentales, derechos que ostentan un máximo rango en un estado democrático. De ajustarse la conducta al marco constitucional de esas libertades operaría una causa de exclusión de la antijuricidad canalizable a través del art. 20.7 CP (ejercicio legítimo de un derecho).

El ejercicio de esos derechos cuenta también con barreras, mínimas y lejanas; pero 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 a otros (humillación víctimas) y la prohibición de alabanza de actividades terroristas que alimente un clima favorable a su reproducción convirtiéndose en germen, más o menos remoto, de nuevas acciones de esa naturaleza.

Por eso el debate ha de llevarse a cabo en concreto -examen del caso- y no en abstracto -discusión a nivel de principios-: comprobar si el recurrente ha 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 tanto tribunales nacionales como internacionales (entre muchas otras, STEDH de 20 de octubre de 2015, asunto M BALA M BALA c/ Francia)

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 104/1986, 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 ; ó 232/1998, de 30 de diciembre); es decir ponderar si la expresión de ideas se ha mantenido en el ámbito, amplio y extenso en esta materia, de lo tolerable; o ha llegado a traspasar esas laxas, pero a su vez firmes, fronteras" .

Las anteriormente mencionadas Sentencias del Tribunal Supremo señalan que este discurso se erige en preámbulo obligado del auténtico núcleo de la cuestión: si es o no de aplicación el art. 578 CP , pues las libertades de expresión e ideológica condicionan su ámbito de aplicación, por lo que habrá de partirse , en el caso, en primer lugar, de la valoración de las expresiones e imágenes difundidas, y el análisis de si las mismas se encuentran amparadas por el derecho a la libertad ideológica y de expresión consagradas por nuestra Constitución .

SEGUNDO. - Del delito de enaltecimiento del terrorismo y el derecho a la libertad ideológica y libertad de expresión.



Establecía el art. 578 CP vigente en el momento de los hechos: "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 proviene de la reforma que, en materia de terrorismo, operó la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de Diciembre que, según el apartado III de su Exposición de Motivos, se fundamenta en que: "No se trata, 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 (...)".

Analiza la jurisprudencia del TS la conducta tipificada en este nuevo artículo 578 CP y señala cómo éste, junto a la modalidad de enaltecimiento acoge otra tipicidad: la humillación de las víctimas, señalando que: "Como advierten las SSTS 224/2010, de 3 de marzo o 752/2012, de 3 de octubre el precepto sanciona dos conductas diferenciadas 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, definidos y distintos de la anterior".

Pues bien, ambas modalidades aparecen en la conducta atribuida al acusado. Alguna de tales expresiones, en concreto la primera de ellas, es vejatoria en relación a una víctima concreta ("Buum. Hola soy Hilario y soy solidario. Me gusta que la gente vuele gratis ¿ a que sí Justino?"). En el acto del plenario, reconoció ser el autor de tales mensajes, y, en concreto, en relación a éste, no supo explicar a preguntas del Ministerio Fiscal cual era su intención al retweetear el mismo. Preguntado acerca de si no comprendía que tales comentarios eran una humillación y un menosprecio para las víctimas: los familiares de Justino, no supo dar contestación, manifestando que era un comentario desafortunado.

No ha incluido este Tribunal otros mensajes objeto de acusación, como la imagen del féretro de Justino junto con la leyenda "tras un día de altos vuelos lo mejor es la siesta") porque tal retweet es de fecha 29 de enero de 2014, y, habiendo cumplido el acusado los 18 años en fecha 30 de noviembre de 2014, el mismo se efectuó siendo el acusado menor de edad. Tampoco el mensaje a que hizo referencia el testigo agente de la Guardia Civil con carnet profesional nº NUM002, en su declaración en el plenario ("no gritaré viva Franco, gritaré viva el etarra que mató a Justino") y que consta documentada en Autos a folio 305, (mensajes hallados en el teléfono móvil incautado) pues tal mensaje aparece fechado en 10 de diciembre de 2013, en que el acusado tenía 16 años de edad.

El resto de mensajes a que se circunscribe la acusación están vinculados a la modalidad apologética como seguidamente se dirá.

Siguiendo con el análisis que de esta figura efectúa la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes mencionada "Para la STS 656/2007, de 17 de julio, el primer inciso del art. 578 CP (y actual art. 578.1) recoge una apología propiamente dicha, definida como enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución. Se apunta que el precepto obedece a una concreta ratio legis: reforzar la tutela en los delitos de terrorismo, sancionando conductas que no son terroristas per se pero que las favorecen. El supuesto del segundo inciso es diferente: actos que entrañen «descrédito» (esto es, disminución o pérdida de la reputación de las personas), «menosprecio» (equivalente a poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén) o «humillación» (herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún menoscabo) en las víctimas de acciones terroristas o en sus familiares, fórmulas a través de las cuales se persiguen conductas especialmente perversas como es la injuria o humillación a las víctimas, incrementando el padecimiento moral de ellas o de sus familiares y ahondando en la herida que abrió el atentado terrorista.

El tipo penal aplicado persigue la justa interdicción de lo que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (v.gr. SSTEDH de 8 de Julio de 1999, Sirek 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). Como apostilla la STS 676/2009, de 5 de junio , no se trata de criminalizar opiniones discrepantes sino de combatir actuaciones dirigidas a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y daño en la paz de la comunidad con sus actos criminales, atentando contra el sistema democrático establecido". Para concluir señalando que "El delito de enaltecimiento del terrorismo exigía publicidad, (" ... por cualquier medio de expresión pública o difusión ")... No sucede así con el tipo de humillación a las víctimas de aquél (" o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas ... "). Esta segunda figura reviste 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. Supone una lesión a su dignidad humana, violada con el menosprecio que emana del comportamiento querido, directa o indirectamente, por el sujeto activo. Con esa configuración la ofensa privada, aislada a una sola persona, puede dar lugar al delito que aquí se tipifica, sin perjuicio de que también pueda observarse su concurrencia en el caso de una pluralidad de afectados y de que sociológica y criminológicamente la afectación tiende a trascender la esfera individual repercutiendo en sentimientos y valores colectivos lo que otorga a la infracción la morfología de delito público", y recordando la reciente STC 112/2016, de 20 de junio (primer pronunciamiento del TC sobre el delito del art. 578 CP) señala cómo en ella se recuerda que " el derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos, (tiene) un carácter limitado cuando entra en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales, como sucede, por ejemplo, con aquellas expresiones que son manifestación del discurso del odio"

En relación con lo anterior la STC 177/2015 recuerda que en este contexto de análisis la labor que debe desarrollar el órgano judicial penal consiste en valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica o no por el valor predominante de la libertad de expresión.

En conclusión, hay que concluir que la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578 -" 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 [delitos de terrorismo] o de quienes hayan participado en su ejecución "- supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades .

Ahora bien, como subraya la STS 224/2010, de 3 de marzo , con cita de la STS 585/2007, de 20 de junio , es necesario un análisis particularmente riguroso de las concretas circunstancias en las que el acto humillante, hostil o vejatorio se produce, las frases y/o acciones en que se materializa, y su ocasión y escenario a fin de una ponderación equilibrada. Lo señala la STS 812/2011, de 21 de julio , por remisión a la STS 31/2011, de 2 de febrero : en esta clase de delitos es importante no sólo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas, su contexto la circunstancias concomitantes pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión.

TERCERO.- Análisis de las concretas expresiones

Analizado el primero de los mensajes enviados a través de las redes sociales ("Buuuummm. Hola soy Hilario y soy solidario. Me gusta que la gente vuele gratis ¿ a que sí Justino ?" al pie de una fotografía del miembro de ETA Camilo , " Hilario ") así como el reconocimiento de la autoría y ausencia de justificación explicativa de la emisión de tal mensaje a través de la red social, se alega por la defensa la ausencia de intención laudatoria del terrorismo tanto en éste cuanto en el resto de mensajes, lo que no puede ser atendido por este Tribunal. En efecto, de entre los enviados, hay mensajes objetivamente laudatorios de la banda terrorista ETA (como el mensaje de 8 de febrero de 2015: "GORA ETA GABÓN" (VIVA ETA BUENAS NOCHES) que significa lo que expresa, no, como se alega por la defensa " Viva y Buenas Noches" aunque en euskera la palabra "ETA" también sea la conjunción copulativa "Y", la expresión "Viva y Buenas Noches " es gramatical y semánticamente incongruente, por lo que tal explicación carece de credibilidad. Otros mensajes, por su parte, son laudatorios de las técnicas y procedimientos violentos utilizados por la lucha callejera de carácter terrorista, como el mensaje de 30 de enero de 2015 (" cuantos llamaban terroristas a ETA y pagarían para que a los politicuchos les dieran



metralleta") el mensaje de 3 de Febrero de 2015 , en el que sobre la imagen de un individuo lanzando un cóctel Molotov se lee el slogan " mensaje en una botella" a los que el acusado añadió el comentario " me encantaría mandar mil mensajes a cada político corrupto " el mensaje de 20 de febrero de 2015 en el que escribió " Ahora un atentado me alegraría un rato... " mensaje que justifica el acusado manifestando que es un trozo de una canción. Pues bien, en el mensaje enviado a las redes, ni se cita tal canción ni su autor, ni, (puesto que la canción íntegra no aparece transcrita en el mensaje en cuestión), tal expresión puede ser valorada en su contexto por este Tribunal. Así, tal y como se escribe, sin cita alguna y sacada de su contexto, dice lo que expresa: que le alegraría que en se momento se cometiese un atentado. Por último, el mensaje enviado desde el móvil, con la imagen de una bandera española ardiendo y encima de tal imagen el eslogan " La lluita és l'únic camí" (la lucha es el único camino) es un mensaje de loa de las acciones violentas de quema pública de la bandera como método de " lucha", sin que ninguna de tales expresiones pueda tener interpretación alternativa.

Todos estos mensajes han sido reconocidos en el acto del juicio como emitidos a la red social Twitter por el propio acusado. No dio explicación acerca de los motivos que le impulsaron a su emisión, ni se alegó circunstancia personal alguna minimizadora del odio que se exaltaba en su discurso. Tales expresiones, así pues, encajan en el *art. 578 CP* .

El Tweett de fecha 4 de febrero de 2015 , en el que se decía " VIVA" sobre el perfil de un usuario de la red denominado " GRAPO 1" y cuyo perfil es un círculo envolviendo dos individuos con la leyenda al pie de " libertad para los presos políticos" , en cuanto ensalza como "políticos" los presos por terrorismo de la banda terrorista GRAPO, ha de considerarse asimismo un mensaje laudatorio del terrorismo. A tal efecto, resulta indiferente que lo que se ensalce sea al usuario llamado GRAPO 1, que a su vez ensalza a los presos del GRAPO (explicación ofrecida por el encausado en el plenario en relación con este mensaje), pues el delito de ensalzamiento del terrorismo no ofrece menor gravedad por ser ensalzamiento en primer, segundo, o ulterior momento cronológico.

Objetivamente las frases encierran esa carga ofensiva para algunas víctimas y laudatoria y estimuladora del terrorismo que a nadie escapa. *Las explicaciones a posteriori* no tienen capacidad para desvirtuarlas. No están presentes en el mensaje que es percibido por sus numerosos receptores sin esas modulaciones o disculpas adicionales. Y eso necesariamente era captado por el recurrente, cuyo nivel preservado de conciencia y voluntad en sus actos ha quedado determinado n el plenario por la pericial médico forense , psicológica, efectuada a instancia de la defensa (informe psicológico a folios 57 y siguientes del rollo, ratificado en el plenario por el Doctor Leonardo , que concluye "Que Raúl no padece alteraciones psicopatológicas que afecten a su capacidad para comprender y dirigir sus actos " .

En lo que se refiere al tipo subjetivo, la *STS 846/2015, de 30 de diciembre* antes citada explicaba: " *No es exigible una especie de animus singularizado de buscar específica y exclusivamente humillar a esa víctima como si fuese un añadido al dolo genérico: basta con conocer el carácter objetivamente humillante y vejatorio de las expresiones consideradas aislada y contextualmente, y asumirlo y difundirlo haciéndolo propio . Basta un dolo genérico. Cosa distinta es que el contexto, el momento, el tono, las circunstancias hayan de tenerse en cuenta al evaluar la idoneidad del texto para evidenciar humillación o desprecio*". La evidente carga d odio social insita en los mensajes enviados públicamente a través de las redes sociales Twitter e Instagram por el acusado no puede escapar a quien , como él, tiene preservados sus niveles de comprensión y volición. La inexistencia del elemento subjetivo no puede ser atendida.

No es relevante tampoco, finalmente , la falta de una discriminación entre las expresiones que suponen humillación de las víctimas y las que son enaltecedoras. Todas se efectúan con publicidad. En cualquier caso entre ambas modalidades delictivas se produce un concurso aparente de normas. No estamos ante dos delitos en relación de concurso real o ideal, sino ante una única infracción delictiva con diversas manifestaciones.

Que la publicidad de tales mensajes se produjo ha quedado asimismo acreditado. El propio encausado reconoció en el plenario que no utilizó ningún escudo de privacidad, y que los mensajes que él enviaba a través de Twitter eran de público acceso, en el mejor de los casos, consta que la cuenta de Twitter de Raúl tenía un total de 484 seguidores , y la cuenta de Instagram, un total de 322 seguidores (folio 37 de Autos, Atestado nº NUM003 de la Dirección general de la Guardia Civil. Jefatura del Servicio de Informaciónh. Unidad Central especial nº 1 (UCE-1) de fecha 18 de mayo de 2015, ratificado en el plenario por el Instructor del mismo, agente de la Guardia Civil con carnet profesional nº NUM002), lo que implica el número de usuarios de ambas redes que tenían automáticamente noticia puntual de tales mensajes, e implica no sólo el grado de difusión, sino el múltiplo exponencial de posibilidades de difusión. La *STS nº 106 /2015 de 19 de Febrero* (Ponente Excmo Sr. D. Joaquin Giménez García) recordaba que " Hoy en día el cambio social viene ligado a la evolución tecnológica. Internet ha supuesto una revolución en el mundo de las comunicaciones y del conocimiento... esa importancia de las redes sociales tiene su incidencia en el sistema penal, cualquier política criminal hoy día no puede ignorar esta explosión tecnológica que permite divulgar cualquier mensaje en pocos segundos a una



multitud de usuarios ... con lo que se obtiene una publicidad de los mensajes impensable hace unos años. El presente caso es un ejemplo de la capacidad de difusión inaceptables penalmente y frente a los que la política de prevención del crimen debe ir por delante del uso delictivo de las mismas".

CUARTO. - tipificación de los hechos, proporcionalidad de la pena y Código aplicable

Sentado lo anterior, la autoría confesada de la emisión de los mensajes a un alto número de seguidores por el hoy acusado, así como la naturaleza objetivamente laudatoria de los actos, medios, formas de actuación de bandas y organizaciones terroristas así como de concretos miembros de las mismas, y mensajes en clara humillación de las víctimas del terrorismo, y por ello, la incardinación de tal conducta en lo dispuesto en el artículo 578 del Código Penal, es lo cierto que la aplicación del Código Penal en vigor en el momento de acaecer los hechos no contemplaba la posibilidad de apreciar el subtipo atenuado introducido ex novo en el artículo 579. 4 CP por la reforma del Código penal mediante Ley Orgánica 2/2015 de 30 de marzo.

No desconoce este Tribunal, que la nueva redacción dada al artículo 578 CP es objetivamente más grave que la redacción contemplada por el mismo artículo en su redacción vigente en el momento de cometerse los hechos, (pues la difusión por medio de internet conlleva la apreciación de un subtipo agravado al que corresponde la penalidad en la mitad superior de la pena in abstracto contemplada de 1 a 3 años de prisión, por lo que la pena mínima a contemplar se encontraría entre el año y 6 meses y los tres años de prisión, mientras que conforme al artículo 578 texto dado por Ley Orgánica 7/2000, la pena que correspondía al delito era de prisión de 1 a 2 años).

Ahora bien, este Tribunal estima, que el presente caso es un caso paradigmático de hechos de menor entidad. En primer lugar, por la extrema juventud del autor, que en el momento de emisión de los Tweets tenía 18 años recién cumplidos. En segundo lugar, por el escaso número de mensajes de contenido enaltecedor o humillante para las víctimas, tanto en absoluto cuanto proporcionalmente emitidos (resultado producido): 7 mensajes, en 5 meses, frente a los 6.300 tweets emitidos en dicho periodo, según consta en el atestado, a folio 37 de autos. En tercer lugar y, por último, por ser el daño al bien jurídico protegido secundario, esto es, no se trata de mensajes creados y difundidos por el encausado, sino remisión de mensajes ya existentes, y de libre acceso previo, por cualquier persona, en la red, que eran por él reenviados lo que, aunque no incide en la apreciación de ilicitud de la acción, (pues los usuarios a que se reenvían tales mensajes son distintos a los que originariamente reciben el mensaje de su creador, por lo que la difusión sí es ex novo), sí que ha de considerarse, conjuntamente con los anteriores datos para apreciar una menor gravedad en la acción verificada, que determina que este Tribunal estime que, en este caso, es de aplicación el subtipo atenuado del artículo 579. Bis.4 del Código Penal L.O. 2/2015 en relación con el artículo 578 CP L.O. 2/2015, conforme al cual "Los Jueces y Tribunales, motivadamente, atendiendo las circunstancias concretas, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en este capítulo para el delito de que se trate, cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido".

Estimándose, así, los hechos, objetivamente, de menor entidad, la aplicación del subtipo atenuado introducido por L.O. 2/2015 se aprecia como más favorable al acusado, pues, pese a partirse de penas más graves para el artículo 578 CP, la rebaja en dos grados prevista en el artículo 579 bis 4 CP determina la posibilidad de imposición de un pena de 6 meses de prisión y multa de 3 meses, que no estando acreditada mayor solvencia, será con cuota diaria de 5 euros, esto es, multa de 450€, que objetivamente es pena sustancialmente menor a la mínima permitida por la legislación en vigor en el momento de cometerse los hechos, que establecía un a pena mínima de un año de prisión. Pena que este Tribunal estima como adecuada y proporcionada a la gravedad de los hechos.

Este delito, tanto en la redacción anterior (por LO 7/2000) cuanto en la actualmente en vigor, conlleva, además, pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre 6 y 20 años al de la duración de la pena privativa de libertad, lo que, con la anterior redacción, implica una pena mínima de inhabilitación absoluta de 7 años (6 más sobre la pena mínima de 1 año de privación de libertad), lo que para un joven de la edad del encausado conlleva su exclusión del mercado laboral prácticamente, hasta pasados los 28 años, lo que atendida la menor gravedad de la acción se aprecia como desproporcionado.

Sin embargo, conforme a lo dispuesto en el artículo 579 bis 4 del CP en su redacción actualmente en vigor, la pena de inhabilitación absoluta (de 6 a 20 años sobre el tiempo de duración de la pena privativa de libertad efectivamente impuesta) puede asimismo rebajarse en 2 grados, con lo que, atendida la menor entidad de la acción, procede rebajar ésta asimismo en dos grados, e imponerla en una extensión más proporcionada de dos años sobre la privativa de libertad impuesta, que se estima objetivamente más favorable al acusado.

En aplicación, así pues, de lo dispuesto en los artículos 578 vs 579 bis. 4 del Código Penal, modificados por L.O. 2/2015, que se estima más favorable al acusado, procede imponer a Raúl, como autor, conforme al artículo 28 CP, de un delito de enaltecimiento o justificación públicos de delitos de terrorismo y menosprecio



o humillación de las víctimas del terrorismo, previsto y penado en el artículo 578 , subtipo atenuado de menor entidad del artículo 579 bis 4 del Código Penal , redacción dada al mismo por la Ley 2/ 2015, la pena de 6 meses de prisión y multa de 3 meses ,con cuota diaria de 5 euros, (multa de 450€), e inhabilitación absoluta por dos años más sobre la pena privativa de libertad impuesta . Todo ello conforme a los criterios que en relación a la proporcionalidad de la pena, en relación al delito que nos ocupa, señala la STS 623/2016 de 13 de julio de 2016 (Ponente Excmo Sr. D. Julián Sánchez Melgar. FJ6º., así como la STS nº 106/2015 de 19 de febrero de 2015 sobre la aplicación del nuevo art. 579 bis que estimó inviable fragmentar legislaciones, lo que no es el caso que nos ocupa, pues la aplicación íntegra de la nueva legislación es, en el caso, más favorable apreciada la objetiva menor entidad de los hechos enjuiciados, que así ha sido declarado.

QUINTO .- Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y determinación de la pena .

En la conducta de Raúl no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que, conforme a lo dispuesto en los artículos 65 y siguientes del Código Penal , actualmente en vigor, de aplicación al caso, y, en concreto, el artículo 66-6ª de dicho Código , se aplicará la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estime el Tribunal adecuada , en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho. En el presente caso atendidas las circunstancias de la extrema juventud del acusado, la existencia de problemas de inadaptación social durante su pubertad (conforme recoge el médico forense en su informe, ratificado en el plenario) así como la menor entidad de la acción ejecutada, se estima por este Tribunal procede imponer la pena inferior en dos grados a la prevista in abstracto para el delito cometido (artículos 578 y 579 bis 4 del Código Penal) en su grado mínimo de 6 meses de prisión y multa de 3 meses , con cuota diaria de 5 euros (multa de 450€) e inhabilitación por dos años más sobre la duración de la pena privativa de libertad impuesta

SEXTO .- Penas accesorias: la inhabilitación especial.

Solicita el Ministerio Fiscal la imposición de pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, que no procede imponerse pues tal pena accesoria prevista en el artículo 56 del Cº Penal para los delitos que conlleven penas inferiores a 10 años de prisión pues el delito del artículo 578 conlleva ex artº 579 bis 1 CP la pena de inhabilitación absoluta como pena principal, que conlleva la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo interesada, por el tiempo de la pena privativa de libertad con más durante un periodo añadido de entre 6 y 20 años (en este caso reducida en dos grados por tratarse de subtipo atenuado del 579. Bis. 4) .

SÉPTIMO .- Consecuencias Accesorias: el comiso

Conforme al artículo 127 del Cº Penal , toda pena que se imponga por delito doloso llevará consigo la pérdida de los bienes, medios o instrumentos con que el delito se haya preparado o ejecutado. En el presente caso, la utilización del teléfono móvil marca Samsung modelo Galaxy ACE GT-S5830i incautado en el momento de su detención ha quedado acreditada por la pericial tecnológica de volcado de contenido del mismo , ratificada en el plenario por los peritos , Agentes de la Guardia Civil nº NUM004 y NUM005 , y documentado a folios 202 A 206 Y 209 a 217 y CD anexo unido al folio 218 de autos , donde consta, al menos, la difusión por Instagram de la imagen de la quema de la bandera española con el slogan " La LLuita ès lúnic camí", sin poderse verificar otras difusiones, al cambiarse la cuenta de " público" a "privado" justo en los días en que se solicitó la autorización para el volcado del contenido de dicha cuenta al Instructor, pero, acreditada así la utilización de tal medio como instrumento para la comisión del delito de que se trata en esta ocasión, procede acordar, como se interesa, el comiso de tal terminal telefónica que por el Ministerio Fiscal se solicita.

OCTAVO .- Costas.

Procede imponer a Raúl el abono de las costas procesales causadas en este procedimiento, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal y artículo 240.2 de la LECrim

FALLO

En atención a lo expuesto, y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española, HEMOS DECIDIDO:

Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Raúl como autor de un delito consumado de enaltecimiento o justificación públicos del terrorismo o sus autores y de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de delitos terroristas, considerado de menor entidad , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de 6 meses de prisión y multa de 3 meses con cuota diaria de 5 euros (multa de 450€) e inhabilitación absoluta por dos años más sobre la duración de la pena privativa de libertad impuesta, con la consecuencia accesoria de comiso del teléfono móvil de su propiedad marca Samsung modelo Galaxy ACE GT-S5830i.



Todo ello con expresa imposición del pago de las costas procesales causadas en el procedimiento.

Para el cumplimiento de la pena principal que se impone en esta resolución, le será de abono todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, si no lo tuviera absorbido en otra.

Notifíquese a las partes la presente resolución, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de CASACION por infracción de Ley o quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

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

PUBLICACIÓN : En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA : Seguidamente se procede a cumplimentar la **no** tificación de la anterior resolución. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDJ