



Roj: **SAN 1674/2010 - ECLI:ES:AN:2010:1674**

Id Cendoj: **28079220032010100004**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **02/03/2010**

Nº de Recurso: **3/2010**

Nº de Resolución: **4/2010**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES BARREIRO AVELLANEDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL - SALA DE LO PENAL

ROLLO DE SALA núm. 3/2010

Procedimiento Abreviado núm. 348/07

Juzgado Central de Instrucción núm. 6

SENTENCIA núm. 4 / 2010

Sección 3ª

Ilmos. Sres.:

Don F. Alfonso Guevara Marcos - Presidente

Doña Mª de los Angeles Barreiro Avellaneda

Doña Clara Eugenia Bayarri García

En Madrid, 2 de marzo de 2010.

Visto en juicio oral y público, el presente Procedimiento Abreviado núm. 348/07 procedente del Juzgado Central de Instrucción núm.6 correspondiente al Rollo de Sala 3/10 por delito de enaltecimiento del terrorismo.

Han sido partes:

- El Ministerio Fiscal ejercitando la acusación pública, representado por el Ilmo. Sr. Don Juan Moral de la Rosa.

El acusado:

- Avelino , nacido en la ciudad de Sevilla, el día 29 de diciembre de 1964, hijo de Rafael y Concepción, provisto de D.N.I NUM000 , en situación de libertad provisional en la causa y habiendo estado privado de libertad desde el 27 de mayo de 2008 hasta el día 30 de mayo de 2008.

Está representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Nuria Munar Serrano, ejerce su defensa el Letrado Don José Manuel Rosendo Pérez.

Ha sido Ponente la Sra. Mª de los Angeles Barreiro Avellaneda, quien expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 6 acordó por auto de 31 de marzo de 2009 la continuación de las diligencias previas 348/07 por el cauce del procedimiento abreviado frente al ya nombrado.

Segundo.- Por auto de 24 de abril de 2009 fue acordada la apertura del juicio oral, por un delito continuado de enaltecimiento del terrorismo y de humillación o menosprecio a las víctimas del terrorismo y a sus familiares como presunto autor.



Recibidas las actuaciones en este Tribunal el día 18 de enero de 2010, por auto de 21 de enero fueron admitidas las pruebas propuestas a las partes y se fijó la audiencia del día 15 de febrero de 2010 para la celebración de la vista del juicio, habiendo tenido lugar el mismo conforme al resultado que es de ver en acta y en el disco que contiene la grabación digital de la imagen y sonido.

Con carácter previo a la celebración de la prueba, la Defensa planteó cuestión previa por nulidad de las actuaciones, en el sentido de que la Guardia Civil sin control judicial accede a la cuenta de correo electrónico de su cliente, así como a sus números de teléfonos, ignorando como pudieron conseguirse entrando en la página pública de Badoo, de modo que las actuaciones realizadas a los folios 5 a 24 de los autos se realizaron sin control judicial, vulnerando el artículo 18 de la Constitución Española: se ignora como se pudo conseguir la identidad del acusado, la cuenta de correo e identificar a su patrocinado bajo el seudónimo de Torero en relación a los comentarios vertidos en los foros de las páginas de reincidentes y moscovitas.com, y lo mismo de los números de teléfonos cuya intervención se solicitó, por lo que las pruebas obtenidas sin las autorizaciones eran nulas debían ser consideradas nulas, entre ellas como se consiguen los IP para obtener los comentarios en los foros. El Ministerio Fiscal se opuso sobre la base de que el acceso a las páginas y foro es público.

Tercero.- En dicho acto, el Ministerio Fiscal mantuvo íntegramente el escrito de acusación, elevando a definitivas sus conclusiones del escrito de alegaciones consistiendo en lo siguiente:

-Los hechos integrarían un delito continuado de enaltecimiento del terrorismo y de humillación o menosprecio a las víctimas del terrorismo y a sus familiares del artículo 578 del Código Penal .

-Se atribuía la comisión a Avelino en concepto de autor del artículo 28 del Código Penal con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica modificativa de la responsabilidad criminal del artículo 21.6 del Código Penal , en relación con el artículo 21.1 y con el artículo 20.1 del Código Penal .

-Vino a solicitar por el delito la imposición de una pena de un año y cuatro meses de prisión con accesorias legales y conforme a los artículos 104 y 101 en relación con los artículos 95.1.) y 96.3º.11 todos del Código Penal , el sometimiento a tratamiento ambulatorio de sus padecimientos mentales durante dos años, e inhabilitación absoluta durante nueve años conforme al artículo 579.2 del Código Penal y costas.

Cuarto.- La Defensa postuló LA LIBRE ABSOLUCION.

II.- HECHOS PROBADOS

Avelino , mayor de edad y sin antecedentes penales, accedió al Blog de Pío Mora, integrado en la página de Libertad Digital, www.libertadigital.com, en la dirección www.libertddigital.com/bitacora/piomoa, durante el periodo comprendido entre los días 30/03/06 y 14/03/07, realizando los siguientes comentarios:

- Escrito el día 14/07/06: "sí mj: el cuartel de Zaragoza, Hipercor, el cuartel general de la defensa, la audiencia nacional son "Objetivos militares". No se puede tener dos varas de medir. NO hay que arrepentirse (si acaso de no haber causado unas cientos de bajas más)".

-Escrito el día 18/07/06: "...a veces me acuerdo con nostalgia de vuestras caras después de una ekintza. ETA..."

-Escrito el día 18/07/06: "A quien se moleste que se xoda. Victimitas, cuanta lágrima de cocodrilo. No me las creo. Deberían haber sido más, unas miles más, a ver si así aprendíais que es mucho más edificante hablar que empuñar las armas."

- Escrito el día 18/07/06: "Rajoy no merece los 45 céntimos que cuesta una bala en paquetes de 50. Sería mejor disolverlo en ácido sulfúrico. O cocerlo en sus propias heces en presencia de sus hijos. Una muerte muy chic, nada del heroísmo del coche-bomba o la bala. Un bañito y listo".

- Escrito el día 18/07/06: "...Ay de las víctimas. ¿Cómo caben seis víctimas" en un panda...¡ en el ceniceroooooooooooo! (me troncho)."

- Escrito el día 18/07/06: "... a mi me repugnan los txakurras de dos patas, y a otros también, por eso algunos terminan siendo víctimas. Es que hay gente sin corazón que no sabe matar a la primera".

- Escrito el día 18/07/06: " ... lo del infausto concejal del PP ejecutado por ETA fue una acción política..."

- Escrito el día 18/07/06: "..soy parte del aparato más vil de ETA. Recojo por internet datos de simpatizantes de la constitución, y luego les envío a su casa a unos cuantos de esos por los que me hago pasar..."



- Escrito el día 28/07/06: "...bien que teníais metido el miedo en el cuerpo hasta hace pocos años. ¿Aun miráis debajo del coche txakurras?jejejeje. Me gusta que tengáis miedo. ¿Víctimas? AVT, los alquimistas, la gente que transmuta plomo en oro."

Así mismo, desde el día 3 de junio de 2007, se conectó a red y al foro público de la página www.reincidentes.sca.es, del que es titular Veloxia Network, bajo el sobrenombre de "Hilketa" realizando los siguientes comentarios en las fechas que siguen en la dirección <http://boards4.melodysoft.com>, asignada al foro político compostforo. Política:

- 1/06/07:" más de uno, txo, más de un tiro...¿dónde estaban estos fascistas cuando en los ochenta la Organización eliminaba cien txakurras al año?...calladitos, calladitos como putas. Y ahora que no tiene que mirar disimuladamente debajo del BMW para ver si le han colocado una tartera salen por soleares. Me encanta. Su miedo es mi placer. Jo ta ke."

- 3/06/07: "¿El Foro de Ermua? ¿junto a la AVT-político-militar? Si...como el Cara al Sol...Agustín de Foxá y Pemán... no sé si reirme o cagarme en las víctimas".

- 21/06/07:" Girón de Velasco, Gebbels, Fegegijo jiménez, todos cojos...¿incorrección política quieres?, vale, vamos a serlo. ¿ Carrero? ¿Ynestrilas? ¿Lago? golpistas eliminados por eta. ¿plaza de la R. dominicana? Que yo sepa los objetivos iban de uniforme. Explosivos en Ayamonte....¿hacia dónde irían?¿quién sabe el nombre de los fachas sevillanos que se han empadronado en Euskadi para presentarse en las municipales? Quizás haya gente a la que les interese el dato. Oído cocina."

- 24/06/07:" lo que da gustirrinín es dejar sin piernas a un español. El español le da a las piernas el mismo uso que la cabeza: embestir y cocear".

- 27/06/07:"pero la mucha luz no cura la ceguera, ni a Rafaela le vas a devolver sus piernas, la culpa no fue de ETA, la culpa fue de su madre que amante de un txakurra no del todo limpio."

- 28/06/07:" no hay que pedir perdón por Anibal , no hay que pedir perdón por Carrero, no hay que pedir perdón por Lago, no hay que pedir perdón por Ynestrillas.. De Juanaaurrera. De Juana askatu."

- 2/07/07:" ¿qué te pasa gañán? ¿Algún punto familiar tuyo pereció en una ekintza? algo habría hecho. Vamos ganando, no lo olvides, vamos ganando y esos te duele. Jo ta ke."

- 18/07/07:" ¿cobardes? ¿tiro en la nuca? Sabemos las muescas en la culata que tiene Kantauri, de Juana, Belén...¿cuántas tienes tú?¿cuántos fiambres pones ti encima de la mesa para negociar meapilas?"

- 14/08/07:" Te reto cabrón, os reto a todos, me cago en vuestras víctimas."

- 16/08/07:" Sigo retándote: no tienes cojones, no los tenéis. Y para agonía la del padre de Ynestrillas, al que Belén metió un cargador en la cabeza".

- 14/09/07:" No tienes cojones, aquí delante te lo digo, no tienes cojones. Y si a tu madre le arrancaron las piernas como a la hija de puta fascista de Rafaela te quedaría lloriqueando en un rincón."

- 16/09/07:"¿ves por qué hubiese sido necesaria la ruptura? en España no hubo Nüremberg y así os fue. Menos mal que Eta ya se encargó de quitar de en medio a muchos alféreces provisionales, falangistas y demás ralea ¿crees que los milikos van a arriesgar sus vacaciones por ti, bastardo? Tragareis, tragareis más; tragareis que el trapo fascista no luzca en Euskadi ni en Catalunya. ¿España?dijo ¿España? un nombre....España ha muerto. gora eta militarra."

- 21/09/07:"pero vosotros careceis de cojones para ir a Euskal Herría, nosotros os hemos visitado en Madrid varias veces. Recuerda como dejamos al padre de Ynestrillas o la hija de puta de Rafaela , en cuyos muñones escupo.Jo ta ke".

- 24/09/07:" mira Txo, eso de que un falangista se dedique a perro de la memoria de Franco me txirría, como le txirriaría a cualquiera que hubiese leído algo de Don Eusebio ¿te suena maricón de mierda? Vosotros sois sólo carnes de cañón de la nueva derecha, si esa a la que se han apuntado todos los que han fracasado en la izquierda: desde Losantos hasta Albiac pasando por la presidenta de la comunidad de Mandril, Higinio o Zarzalejos.¿cuántos votos tiene la falange?¿cuántas falanges hay? Roma no pagará traidores, acepta eso maricón. Os llevareis palos en la calle (¿ quién visita a los fachas encarcelados? ¿quien visita a los gudarís secuestrados por el estado español? ¿has estado alguna vez en el homenaje a alguno de ellos cuando vuelve a su pueblo?...no tienes ni idea) y me sigo cagando en los muñones de la Rafaela , y en la zorra de su madre, que por liarse por maderos le ocurrió lo que le ocurrió. Y lo digo desde aquí, igual que tú. Dale recuerdos a canduela de mi parte... entre los ojos a ser posible".

- 17/10/07:" Mayor Oreja dice que no hay que condenar el franquismo "porque en España había familias que vivían muy bien con Franco". No ha dicho más que lo que sabíamos. Ahora bien: ¿qué criterio moral tiene la derecha para demadejarse contra los vascos por su uso de las armas para la autodefensa? ¿con qué rostro de cemento armado pueden insistir en mantener en la cárcel o ilegalizar partidos exclusivamente por delitos de opinión, como no condenar una ekintza? si ellos se enorgullecen de los miles de muertos causados "para que unas familias españolas vivan mejor" ¿por qué hemos de hacernos perdonar la vida por quitar de en medio a unos cuantos fascistas y algunos jefes y oficiales españoles? eta ha sido la punta de lanza de la lucha antifranquista, esto no lo puede dudar nadie...y apostillo: durante y después de Franco. El pp da la razón a eta: nada ha cambiado."

- 24/10/07:" repito: no hay legitimidad moral para condenar a eta ni siquiera en sus acciones más brillantes (Hipercor, Zaragoza, Roberto ...) los que llegaron por las armas no pueden quejarse que otros quieran, a su vez, desplazarlos por las armas. Brindemos por un nuevo Omagh. Que sean más de 25 los fiambres, a ver si de una vez caéis en la cuenta de que no habéis ganado la guerra".

- 4/12/07:"disponeos a pasar unas felices navidades, fuegos artificiales incluidos. Por lo menos los gudarís no matan a puñaladas a niños de 16 años. Dos verdes menos, cabrón. Jo ta ke."

- 20/12/07:" ¿tiro en la nuca? ¿te vas a quejar encima? ¡venga hombre! Si 900 carroñas no son nada comparable con lo que habéis hecho vosotros".

- 1/1/ 08:" quién ha dicho que a mí me gustan los espectáculos deportivos? ¿lo he sugerido siquiera? Ahora va y resulta que el peso de la patria se mide por la cantidad de merchandising que se venda, y esto lo dice uno de los de la cuadra del "se están perdiendo los valores patrios". España queda en eso: mercadería barata, manolo el del bombo, el circo de tonetti, olor a cuartelero a jaula de gorila. Por cierto, los de los ataúdes está muy bien traído, es donde mejor luce (tienes razón) la bandera fascista, y si encima pones un tricornio, miel sobre hojuelas...qué lástima que no sean más... ¿un par de ellos a la semana para bajarles los humos?"

- 21/01/08:"a Permach le abonáis el salario tú y todos los tuyos (incluyendo la nómina de tus muertos). Yo sólo me encargo del cava con el que los presos brindan cada vez que un txacurra cae en acto de servicio. Jo ta ke".

Al mismo tiempo, Avelino se encontraba registrado con el sobrenombre de " Torero " en la página www.badoo.com, donde había creado una página personal, <http://denok.etxera.badoo.com>, cuya traducción del vascuence es "todos a casa", lema que fue utilizado por el entorno de ETA. En la descripción de su persona se contenía textualmente:

"Me gustaría decir que deberíamos terminar con el PP. Tenemos cunetas suficientes en España", además exhibía una foto del miembro de ETA, Emiliano , en la que puede leerse: "Nuestro Jefe... ¿a que jode txakurra?, anagramas de la organización, foto con la antigua bandera nacional con la leyenda "Brigadas populares, A.V.T auténtica" y bajo ella a tres encapuchados con el comentario "si piensas como una víctima, te acabarás convirtiendo en una de ellas".

En la entrada y registro de su domicilio habitual, realizada el día 27 de mayo de 2008, en la calle DIRECCION002 núm. NUM007 de la localidad sevillana de Bormujos, y en otros a su disposición, se ocuparon manuales de adoctrinamiento ideológico de la banda terrorista, que contenían información sobre el uso de materiales explosivos, un arma simulada, dos cargadores Astra con cartuchos reales, una granada simulada, dos bengalas y unas ampollas con mercurio.

El acusado presenta un trastorno de inestabilidad emocional de la personalidad y trastorno mixto de la personalidad, límite y paranoide, persistente, que pudiera ocasionar una disminución en el control de los impulsos ante hechos concretos y puntuales, si bien presenta suficientes recursos psicológicos para comprender la ilicitud de las conductas descritas.

III.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Cuestión previa. Se denuncia vulneración del artículo 18 de la Constitución, en la vertiente de la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones, tanto por la entrada en las páginas como por la determinación de los números de teléfono. El Ministerio público puso el acento en que era público el acceso tanto a la página de Badoo como a los foros y así resulta de la información aportada en las actuaciones, donde al folio 7, conocida la cuenta de correo DIRECCION000 @hotmail.com según comunicación del denunciante que proporcionó la noticia criminis, se sitúan en el foro del Blog de Pío Moa que cuelga de la página www.libertaddigital.com y comprueban como el presunto autor de comentarios vejatorios contra las víctimas del terrorismo, escribe con otro seudónimo, "Hilketa", desde aquella dirección de correo, y transcriben los textos



al alcance de cualquiera, sin solución de continuidad, asegurando el Grupo de Investigación la credibilidad de la denuncia.

Desde el primer momento en las diligencias policiales se indica que el acceso es público tanto a la página personal como a los foros, lo que confirma la entidad Libertad Digital S.A en su oficio de 29 de febrero de 2008 remitiendo los documentos interesados por auto judicial, avanzadas las diligencias de instrucción: "en la época que Hilketa participó en la Bitácora de Pío Moa, no era necesario el registro para emplear nuestros servicios" _vid. folio 1152 en tomo III. No consta información contradictoria de Badoo Limited sobre este particular, por lo que se ajusta a las reglas la entrada a la página personal del acusado, cuyas señas son <http://denok-etxera.badoo.com>, y de ahí que pudieran aportar las fotografías del administrador de la página, apodado Torero desde el inicio de las diligencias.

La posición de la Defensa no puede prosperar, pues con los datos biográficos y la fotografía es asumible que pudieran determinar la identidad de Avelino ; como a partir de la dirección de correo DIRECCION000@hotmail.com rastrean con el buscador Google y detectan entradas en el blog de Pío Moa (más otro que no se enmarca en la acusación) y se constata que en diferentes envíos en el Blog desde DIRECCION000 facilita el número de teléfono móvil NUM001 (objeto de petición al Juzgado Central de Instrucción de autorización para interceptación y escucha), lo que tiene lugar en 26 de junio de 2006 (folio 1171), en folio 1187, repite en una comunicación de 9 de julio de 2006, el mismo teléfono para contactos y hasta el Documento Nacional de Identidad, y nuevamente en la comunicación de 18 de julio de 2006 (folio 1199), y en otro correo de igual fecha, aporta coordenadas de su domicilio en Sevilla (folio 1205). Gracias a esta cascada de datos aportados, es susceptible de fácil identificación, pudieron tener lugar aproximaciones a su persona y averiguación de los restantes teléfonos cuya intervención su solicitada y acordada.

Los investigadores no resultan obligados a participar todas y cada una de sus pesquisas, pues igualmente si no requieren autorización judicial para localizar el número imsi de cualquier terminal telefónico o el imei (Sentencia del Alto Tribunal núm.777 de 18 de noviembre de 2008 y posteriores que consolidan la doctrina, entre ellas núm. 40/2009), y sí han de instar a la jurisdicción que sea autorizada la petición a las operadoras de telefonía para obtener los teléfonos y el titular de los mismos, siempre que se desconozcan y sea necesario para la investigación, pero sólo si se ha capturado únicamente el IMSI de la tarjeta o el IMEI capturado (sentencia de 18 de noviembre de 2008); pero si se conoce la identidad del titular de un teléfono por medios lícitos, cabe solicitar los restantes teléfonos a las compañías suministradores, como así vino a informar el agente instructor NUM002 , pues tenían una identidad ya asociada a un titular. De todas formas, aunque uno de los teléfonos, el fijo, estuviera n nombre de la hija de su compañera, y los dos restantes móviles fueran de prepago, y pudiera afirmarse que las operadoras no pudieran facilitar datos completos, pudieron igualmente conseguirlos en función del teléfono NUM001 que aparece en el foro. Se pueden contemplar otros supuestos fruto del seguimiento al investigado, para detectar los números de esos teléfonos asignados a sus terminales, al ser el dominio www.libertaddigital.com de libre aprehensión y también su entorno de foros, de modo que no ha lugar a declarar la nulidad de las actuaciones sobre la base de considerar una vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones protegido en el artículo 18.3 del texto constitucional .

En último término la prueba esencial no radica en las escuchas telefónicas, sus contenidos son accesorios, pues lo definitivo a efectos de ponderación es lo que resulta de las comunicaciones que se imputan remitidas por el acusado, y respecto de ellas, las sociedades titulares de las páginas han enviado todos los archivos, habiendo accedido a las cuales en función de la petición efectuada a los titulares, obrando las transcripciones y grabaciones los comentarios, objeto de la acusación y las operadoras telefónicas que proporcionaban al acusado el acceso a los servicios de Internet, determinando los IP (Internet Protocolo) desde los que se realizaron las conexiones a los foros y lo mismo se predica de los hallazgos en los domicilios, que no se compadecen en absoluto de las observaciones telefónicas.

Las diligencias instruidas (folios 115 y siguientes) dan cuenta del modo en que localiza por el apodo " Torero " al investigado: utilizando desde la página www.badoo.com el acceso "Buscar gente" (folio118) es decir, en clave, de oportunidad general y en consecuencia, plasman los archivos fotográficos de la página personal <http://denok-etxera.badoo.com>.

En la vista del juicio, el acusado contestó a su Defensa que en la página de contactos de Badoo se exige como requisito para el registro, facilitar la dirección de correo a efectos de enviar la clave para caso de olvido, pero no pueden aparecer teléfonos. En resumen, podemos concluir que negó haber colgado el DNI, su correo o teléfonos.

Sí reconoció que los foros de libertad digital eran públicos, unos 16 o 20 pero que igualmente para escribir hay que dar la dirección de correo. Luego respondió acerca de las titularidades de los teléfonos, uno a nombre de



Esperanza , y sobre otros, uno de su compañera sentimental, y sobre el NUM003 que cree era un teléfono prepago.

Ha cuestionado el acceso a badoo, pero en realidad lo que resulta limitado es la creación de la página, pues es personal, pero una vez abierta, el acceso es libre, salvo decisión de clausura del creador, en este caso el acusado con efecto para la generalidad de los usuarios, o para uno, pero siempre por medio habrá una decisión del titular, no aceptando correo no deseado, y respecto a los enviados no conforman el objeto de la acusación, resultando innecesario profundizar en otras consideraciones.

Lo mismo sucede con el ingreso en los foros de manera activa, hay que facilitar el correo, es obvio de otra manera no se establece la comunicación y además para control del administrador y dueño de página y su foro, al menos actualmente y para evitar responsabilidad del administrador; no en vano, Libertad Digital dio de baja al acusado en el blog de Pío Moa en 16.03.07, según constata el folio 1152 por contravenir las normas de Libertad Digital. Incluso en esa época ni siquiera era necesario el registro para acceder según estableció la sociedad en su oficio, remitiendo la documentación. Cuando el Grupo de Información accede en el curso del año 2007 acontecía lo mismo, de ahí que pudieran insertar los comentarios obrantes a los folios 7 y 8 de las actuaciones. Incluso aun con exigencia de registro previo tanto para acceder como para escribir, tratándose de un red social abierta, no se quebranta el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, pues no consta se hayan sorteado limitaciones impuestas por la persona del acusado titular de la página, ni se hayan vulnerado protocolos de seguridad, lo que se hace extensivo a la sociedades Libertad Digital, en su página y blog asociado www.libertddigital.com/bitácora/piomoa, así como Veloxia Network, en su página www.reincidentes.sca.es y foro boards4.melodysoft.com.

Segundo.- De la prueba practicada y su valoración.

El acusado ejerció su derecho constitucional negándose a contestar a las preguntas del Ministerio Fiscal, en orden a desvirtuar las manifestaciones auto incriminatorias de la fase de instrucción; así en su declaración asistido de Letrado ante el Grupo de información de la Guardia Civil, obrante al tomo IV, reconoció utilizar los correos electrónicos DIRECCION000 @hotmail.com y DIRECCION001 @hotmail.com, y a preguntas si en la red social badoo tenía una página, dijo que tenía una página web y que se llamaba denok etxera, significando "todos a casa" y que en badoo utilizaba el nombre de Torero (folio 1519). En otro apartado del interrogatorio, concerniente a los lugares en que se solía conectar, contestó que "desde su antiguo domicilio de Castilleja, mi casa en Bormujos, Cibercafés y en el lugar de trabajo del Hospital El Tomillar, pero siempre con el usuario autorizado", y negó que alguien conociera su contraseña para entrar en las redes, pues afirmó que "yo no facilité mi contraseña a nadie". También afirmó a preguntas sobre los foros en que suele escribir que: "Libertad Digital, Reincidentes, y otros que no recuerdo" (folio 1521).

En la declaración efectuada a presencia ratificó todo el contenido de su declaración en sede policial, y a nuevas preguntas sobre si las intervenciones en las páginas pudiesen implicar un envilecimiento para las víctimas del terrorismo, el declarante manifestó: "lo tomó como una especie de juego del rol y siempre dentro del marco de su libertad de expresión sin tener intención peyorativa, que el declarante manifiesta que era como una pelea de perros dentro del marco de las conversaciones que se mantenían en el foro en el que quería proyectar una postura de fuerza respecto del resto de los intervinientes. Que reconoce las expresiones vertidas con dicho carácter peyorativo hacia las víctimas, en concreto como es el caso de Rafaela que en este acto se le da lectura, si bien con la intención anteriormente señalada" (folio 1833).

En la vista del juicio, no se retractó expresamente de lo anterior, de ahí que dotemos de eficacia probatoria a sus declaraciones previas, a su Defensa sólo contestó en relación a los requisitos de acceso a su página de badoo y a los foros, habiendo analizado la repercusión pública de colgar una página personal y la implicación activa en los foros a modo de tertulia en el fundamento que antecede al que nos remitimos.

El testimonio de los agentes nos ha informado de las primeras diligencias instruidas, y como se efectuaron sin cortapisas, por tratarse de página y foros públicos, así el instructor agente NUM002 , detalla como se accede a la página escribiendo la dirección en el navegador. Había fotos y comentarios que parecieron apologéticos. También que identificaron nicks, datos de la persona en la página, había un perfil: fotos, edad zona de residencia. Es decir reitera las dos secuencias tanto en la página personal como en un foro. En cuanto a la filiación la obtiene por los perfiles que él ofrece. El mismo agente explicó que identificaron a una persona que había chateado en la página del acusado, que había expresado como le había pasado información sobre miembros de la Guardia Civil. Recuerda dos personas, Ezequiel y Arcadio , comprobaron que los datos eran ciertos, pero no les consta que se pasaran los datos. Por ello se pide mandamiento de entrada en dos domicilios.

También conocieron que el teléfono fijo estaba asignado en el domicilio en que vivía el acusado.



Destacamos como obra en el folio 10 del atestado general núm. NUM004 , que a resultas de un seguimiento al encartado, es observado el día 22 de enero de 2008 entrando en un locutorio para internautas, navegando por internet hasta acceder a la página www.reincidentes.sca.es, y desde ahí se abre el frente de búsqueda abierta utilizando el sobrenombre de "Hilketa" en un foro político asociado a esa página, y se localizan sus intervenciones, dando lugar a la petición dirigida a la autoridad judicial para que requiriera a la empresa titular del dominio, al igual que en el caso del blog.

Llevado de superiores conocimientos informáticos, depuso el agente NUM005 . Tras indicar que por los datos del foro se llegó a determinar la casa en que vivía y con quien. Solicitan los mandamientos de intervención telefónica y a las empresas para el volcado de datos a efectos de su preservación. Le consta que se le intervienen a resultas de los mandamientos de entrada varios ordenadores, pen drives (dispositivos de almacenamiento), si bien no realizó el volcado, sí analizó los datos.

La cadena de diligencias para establecer más allá de toda duda como las conexiones a la red (internet) desde la que se realizaron los comentarios procedían de IP(Protocolos de Internet) asociados a la conexión telefónica contratada por el acusado a la operadora telefónica proveedora de los servicios de internet es suficiente, confirmando la asunción de la conexión y lo escrito en sus primeras declaraciones por lo siguiente. Consta en las actuaciones que presentado en 21 de febrero ante el Juzgado instructor el atestado núm. NUM004 , en el que se incluyó la declaración del testigo Ezequiel que también depuso en el plenario, explicando la manera en que conoció al acusado y lo comunicó al cuerpo de investigación, por los comentarios que realizaba, unido a las fotos de terroristas que aportaba, y en función de dicho atestado, en el que se destacaban los correos más significativos, inmediatamente se amplían las pesquisas por el Servicio de Información, interesando del Juzgado Central que se oficie a Badoo limited para que se informe de los IP(protocolos) de creación o modificación de su página personal más copia de todos los mensajes recibidos o enviados por " Torero " y, a Libertad Digital S.A y Veloxia Network S.L, empresas registrantes de los dominios de sus páginas, blog y foro, interesando los comentarios efectuado bajo el apodo de "Hilketa", más el volcado de los comentarios efectuados con ese apodo, día y hora, más IPS (Protocolos de internet) con la que se hicieron los comentarios (Tomo I de autos). Este escalón fue explicado por el testigo, agente NUM005 , ya en su calidad de perito: cada vez que se postea hay una IP(el número de teléfono de una casa y una hora), y en consecuencia, la instrucción sobre las entradas en el foro y blog, evidenció que aparecía el domicilio del acusado en Bormujos, y así lo puso de manifiesto el perito.

In fine, a resultas de los IP se solicitó del Juzgado que se oficiara a diversas empresas operadoras de telefonía (Telefónica y Auna) en petición de identificación de teléfonos asociados a los IP y el nombre de la persona titular del alta telefónica para internet y ubicación exacta de los domicilios, dado que se habían extraído 37 IP de la información participada por las titulares del dominio (Tomo II y folios 483-484 del atestado ampliatorio). En consecuencia, la contestación de Telefónica obrante a folio 414 detalla que el teléfono asociado a los IP es Esperanza , titular del teléfono fijo NUM006 , con domicilio en avenida DIRECCION002 NUM007 NUM008 de Bormujos, el mismo que el inculpado, y fue designado por el acusado como uno de los lugares desde los que se conectaba, si bien aseguró que nunca había cedido su contraseña.

Merced a la información de Telefónica, se comprueba como desde ese teléfono se conecta a la página personal denok-etxer.badoo.com, de la que es titular y administrador el acusado, constituyendo evidencia las IP informadas por las titulares del dominio, resultando indiferente que la línea esté contratada a nombre de otra persona. Pero centrando los comentarios inequívocamente vejatorios para las víctimas del terrorismo y sus familiares, que esencialmente ocupan el ámbito acusatorio, en dominios de Libertad Digital y Veloxia Network, ratificó lo expuesto en su diligencia de análisis, y ad exemplum a folios 404 recogemos: operadora proveedora Telefónica IP 83.42.47.179, que aparecía en el listado remitido por Veloxia, conexión efectuada el día 21 de enero de 2008: "a Permach le abonais el salario tú y todos los tuyos (incluyendo la nómina de tus muertos.) Yo solo me encargo del cava con el que los presos brindan cada vez que txacurra cae en acto de servicio. Jo ta ke." Hay coincidencia entre esta conclusión y la transcripción de la entrada efectuada por Hilketa, que cumplimenta la titular del dominio obrante en tomo III de las actuaciones (folio 1030).

El perito T-32714-Z extrajo los datos ubicados en los ordenadores y restante material aprehendido en los registros de las viviendas, exponiendo como el volcado se hizo a presencia judicial, y como los dispositivos no estaban encriptados y se pudo obtener la información. Ratificó su pericia registrada bajo número 18/AF/08 obrante a folios 2014 y siguientes, se destacan tres discos duros, diversos discos compactos (CDS), tarjetas de memoria.

Y nuevamente el agente NUM005 detalla el contenido doble de su pericia que se ha reseñado, sobre el carácter público de los foros ya explicado, y también el contenido de los equipos y soportes informáticos, de interés resulta porque en los discos duros se encontraron los accesos a las páginas y por tanto los IP, confirmando las informaciones de las compañías ya evaluadas supra.



En virtud de todo lo anterior, consideramos que las manifestaciones vertidas en blog y foro no eran fruto de una casualidad, sino deliberadamente producidas con ánimo de ofender y vejear a las víctimas del terrorismo, sus familiares, y en definitiva por extensión a todo un colectivo social innominado, apreciando a tal fin que concluida su actividad en el blog debido a una baja involuntaria en Libertad Digital, continúa sus opiniones simpatizantes de la banda ETA en otro foro.

Tercero.- Los hechos constituyen un delito continuado de humillación a las víctimas del terrorismo y a sus familiares del artículo 578 del Código Penal en relación con el artículo 74.1 del mismo texto. Concurren los elementos del tipo penal: uno externo consistente en un acto tangible, las expresiones vejatorias, tanto humillantes, despreciativas como en descrédito hacia las víctimas, incluyen tanto las verbales como las escritas, estas últimas incluso en el caso, identificando claramente a algunas personas de cierta notoriedad pública; un elemento de trascendencia social, lo que nos sitúa en un medio que se preste a la difusión, lo que sucede en la red internauta, y un elemento interno, que no requiere un dolo específico, sino un simple conocimiento que alcance a determinar que los actos, bien de palabra o de obra, sean susceptibles de atentar a la dignidad y sosiego de las víctimas y de sus familiares.

Estimamos que la exhibición de una fotografía de Emiliano va asociada a otras imágenes que atacan la indemnidad de las víctimas, foto con la antigua bandera nacional con la leyenda "Brigadas populares, A.V.T auténtica" y bajo ella a tres encapuchados con el comentario "si piensas como una víctima, te acabarás convirtiendo en una de ellas", lo que constituyen actos renovados de menosprecio a las víctimas, y se integran en la misma calificación y no como delito de enaltecimiento de la persona que haya participado en la comisión de delitos terroristas, pues la prueba no ha encaminado directamente la determinación de las condenas impuestas por su actividad terrorista, presupuesto sine que non en orden a determinar si la exhibición de un retrato y su texto al pie "Nuestro Jefe... ¿a que jode txakurra?", constituye una enaltecimiento de un terrorista condenado. Por otro lado, el receptor escogido, se asocia a los agentes de las FCSE, que son el colectivo más castigado por la organización terrorista, y por tanto, asociado el texto al resto de los archivos fotográficos, nos señala a los policías como víctimas potenciales y ciertas.

Cuarto.- De dichas acciones se considera responsable al acusado, por su participación directa, material y voluntaria en los hechos como autor material directo, de acuerdo al artículo 28 del Código Penal, en su inciso del primer párrafo. En atención al informe pericial emanado de la Clínica Médico Forense de Sevilla es de apreciar la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, causada por padecimiento de una alteración psíquica, que consiste en un trastorno de inestabilidad emocional de la personalidad y trastorno mixto de la personalidad, límite y paranoide, persistente, que pudiera ocasionar una disminución en el control de los impulsos ante hechos concretos y puntuales, aunque no limita sus facultades intelectuales, es manifiesto que ha estado en tratamiento por problemas psicológicos _vid. su declaración en sede policial_ aun cuando no le afecte en su vida diaria, y puede distinguir la ilicitud de su conducta; se manifiesta en el informe pericial un consumo abusivo de cannabis, lo que también se detecta reiteradamente en el curso de sus "tertulias", combinación que da lugar a la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.6ª del Código Penal en relación con los artículos 21.1 y 20.1 del Código Penal.

Quinto.- El juego de la agravación penológica en la mitad superior de la pena por ministerio del artículo 74.1 del Código Penal y la concurrencia de la atenuante simple que recorta el arco penológico a la mitad inferior- ex artículo 66.1 regla 1ª del ya citado, nos sitúa parcialmente conforme a la petición acusatoria. En cumplimiento del Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 27-11-2007, la pena mínima resultante, apreciada la continuidad delictiva es de un año y seis meses de prisión. Se está en el caso de aplicar una medida de seguridad, como quiera que se ha apreciado una circunstancia incompleta vinculada al artículo 20.1 del Código Penal, aunque sea limitada a simple atenuante, resulta adecuada su imposición a tenor del artículo 104 del Código, que deriva del artículo 95 del Código Penal. En función de sus previsiones, hemos apreciado que hay un pronóstico de comportamiento futuro en razón de su enfermedad, lo que obliga a imponer " un sometimiento a tratamiento externo y ambulatorio durante un periodo de dos años en centro médico, que pudiera incluso afianzar un proceso de deshabitación a cannabis, previsión del artículo 96.3.11ª del Código Penal, al que reenvían los artículos 104 y 101 del Código Penal, que permiten imponer medidas de seguridad en los casos de eximente incompleta de enfermedad mental asociada al artículo 20.1 del mismo Código Penal. No hay prohibición legal para aplicarlo a la atenuante simple, si se da el supuesto de trastorno psíquico persistente, que encaja en la atenuación de la responsabilidad penal.

Sexto.- Es de aplicación el artículo 579.2 del Código Penal que prevé como a los responsables de los delitos de terrorismo, sección 2ª del capítulo V del Título XXII (delitos contra el orden público), se les impondrá como pena, inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre seis y veinte años al de duración de la pena privativa de libertad; en consecuencia, el mínimo se transforma en siete años y seis meses de inhabilitación absoluta, sin que proceda elevar hasta nueve años según la postulación, habida cuenta la ausencia de antecedentes



penales y la imposición de la medida de seguridad no privativa de libertad que ya constituye una obligación más a respetar.

Séptimo.- Por imperativo del artículo 240.2º de la Ley Procesal Penal , las costas originadas han de ser impuestas al condenado, en armonía con el artículo 123 del Código Penal .

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

CONDENAMOS a Avelino como autor responsable de un delito continuado de humillación a la víctimas del terrorismo concurriendo la circunstancia atenuante modificativa de la responsabilidad penal, por trastorno mental simple, a las penas de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN E INHABILITACION ABSOLUTA DURANTE SIETE AÑOS Y SEIS MESES.

Así mismo, imponemos una medida de tratamiento externo ambulatorio durante un periodo de dos años en centro médico.

Se le imponen las costas procesales.

Notifíquese esta Sentencia a la parte acusada y Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra la misma se puede interponerse RECURSO DE CASACIÓN ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, anunciándolo ante esta Audiencia dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última notificación.

Así por esta Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, estando celebrando Audiencia Publica, en el día de su fecha. Doy fe.-