



Roj: **SAN 2767/2016 - ECLI:ES:AN:2016:2767**

Id Cendoj: **28079220012016100020**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/07/2016**

Nº de Recurso: **5/2016**

Nº de Resolución: **20/2016**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **MANUELA FRANCISCA FERNANDEZ PRADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2767/2016,**
STS 31/2017

ROLLO DE SALA 5 DE 2016

DILIGENCIAS DE PROCEDIMIENTO ABREVIADO 57/2015

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN NÚMERO 5

AUDIENCIA NACIONAL

SALA DE LO PENAL

SECCIÓN PRIMERA

Presidente

ILMO. SR. D. FERNANDO GRANDE MARLASKA GÓMEZ

Ilmo. Sres. Magistrados

D^a MANUELA FERNÁNDEZ PRADO

D. NICOLÁS POVEDA PEÑAS

En la Villa de Madrid, a 18 de julio de 2016, la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, ha dictado.

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA NÚM. 20/2016

En el Procedimiento Abreviado 57 de 2015, procedente del Juzgado Central de Instrucción número 5, seguidas por delito de enaltecimiento de terrorismo, en el que han sido partes, ejercitando la acción pública el Ministerio Fiscal representado por el Ilmo. Sr. D. Carlos Miguel Bautista Samaniego

Como acusado: Rodrigo , DNI NUM000 , nacido el NUM001 .1964 en Madrid, hijo de Clemente y Adelaida , con domicilio en c/ DIRECCION000 NUM002 , p. NUM003 de Madrid. Ha estado privado de libertad por esta causa el día 19 de mayo de 2015, fecha de su detención, siendo puesto en libertad en la misma fecha una vez prestada declaración. Ha estado representado por el procurador D. Javier Fernández Estrada y defendido por el Letrado D. Gonzalo Boye Tuset.

Actúa como ponente la magistrada Sra. MANUELA FERNÁNDEZ PRADO.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción nº 1 de esta Audiencia Nacional con fecha 18.05.15 formó diligencias previas 50/2015 en virtud de oficio de la Jefatura de Información de la Guardia Civil solicitando la salvaguarda judicial respecto a la publicación de múltiples comentarios y/o imágenes a través de las cuales se consideraba que se ha incurrido en delito de enaltecimiento, y tras practicar las diligencias de carácter de urgencia, acordó la remisión de las actuaciones al Juzgado Decano para su reparto por el turno que corresponda, dando lugar a que el Juzgado Central de Instrucción nº 5 incoara con fecha 19.05.2015 las presentes diligencias Previas 57/2015.

En Auto de 8.10.15 el Juzgado Central de Instrucción nº 5 acordó el sobreseimiento provisional. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación. La Sección 4ª de esta Audiencia Nacional dictó Auto el 9.12.2015 en el que acordó "estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y en su lugar acordó el pase a procedimiento abreviado de las actuaciones...confirmando dicha resolución en el particular relativo a la frase que vertió contra el Rey y la madre del Rey en el mensaje publicado el día 5 de enero de 2014 a las 13:45 h".

Con fecha 14.01.2016 el Juzgado Central de Instrucción nº 5 acordó la transformación de las actuaciones por el trámite del procedimiento abreviado según lo establecido en el Capítulo II, del Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cumplimiento de la resolución que dictada por la Sección 4ª de esta Audiencia Nacional.

El Ministerio Fiscal formuló su escrito de calificación el 25.01.16 por delito de enaltecimiento y vejación a víctimas del terrorismo del artículo 578 CP y 74-1 del CP .

Con fecha 03/02/16 se dictó Auto de Apertura de Juicio Oral, dando traslado de las actuaciones a la representación procesal del imputado Rodrigo , quienes formularon su correspondiente escrito de defensa.

SEGUNDO.- Las actuaciones fueron elevadas a la Sala mediante oficio de fecha 17.03.16, con entrada en esta Secretaría del día 30 de dicho mes, y tras el correspondiente reparto por el Servicio Común de esta Audiencia Nacional, se incoó el Rollo de Sala 5 de 2016 y previo estudio, designación de ponencia y examen de prueba, se dictó Auto de admisión de prueba el 31.03.2016. Por diligencia de ordenación de 09.05.2016 se señaló la vista oral para el día 12 de julio 2016

TERCERO.- El día 12 de julio se celebró el juicio oral, compareciendo el acusado Rodrigo asistido de su letrado. Como cuestión previa la defensa planteó la falta de competencia de la Audiencia Nacional para conocer de los hechos al no tratarse de un delito de terrorismo. El Ministerio Fiscal informó en contra de la estimación de la excepción planteada.

El tribunal acordó desestimar la cuestión previa planteada, ya que aunque el tipo penal de enaltecimiento y vejación de las víctimas del art. 578 del CP . no sea materialmente un delito de terrorismo, el legislador ha optado por incluirlo en la Sección correspondiente a "los delitos de terrorismo" por lo que debe entenderse dentro de la competencia de este tribunal.

Tras la práctica de las pruebas el Ministerio Fiscal, retiró de los hechos el tuit relativo a la camiseta con el estampado de Leoncio , y calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de enaltecimiento y vejación a víctimas del terrorismo del art 578 y 74-1 CP . De estos hechos es autor el acusado, no concurren circunstancias modificativas de responsabilidad, y procede imponer la pena de un año y ocho meses de prisión, 16 años de inhabilitación absoluta y 3 años y 6 meses de libertad vigilada.

La defensa del acusado solicitó la absolución de su defendido, por no ser los hechos constitutivos de delito, con todos los pronunciamientos favorables, declarándose las costas de oficio.

HECHOS PROBADOS

De las pruebas practicadas en el Juicio han quedado acreditados LOS SIGUIENTES HECHOS QUE SE DECLARAN PROBADOS:

Rodrigo , mayor de edad, sin antecedentes penales, es cantante y letrista de los grupos de rap-metal Def Con Dos y Strawberry Harcdorc, además ha publicado 5 novelas, y ha hecho incursiones en el mundo del cine y la televisión, como guionista, actor, director y productor. También es colaborador en distintos medios de comunicación, de prensa y televisión. Las letras de sus canciones tienen un marcado tono provocador, irónico y sarcástico, empleando recursos propios de las historias de terror y acción para envolver el mensaje de fondo. En sus manifestaciones artísticas mantiene un tono crítico con la realidad social y política, tratando que el público comprenda el sentido metafórico y ficticio que envuelve sus obras, respecto al concepto de fondo siempre de carácter pacífico y exclusivamente cultural.

Rodrigo desde el inicio de su carrera artística en el año 1988 viene utilizando el nombre artístico de Ángel . Tiene una cuenta en la red social Twiter, con esa identificación, abierta en 2012, con una cantidad de seguidores cercana a los 8.000. En esa cuenta entre noviembre de 2013 y enero de 2014 publicó los siguientes comentarios:

1º El 11 de noviembre de 2013, a las 21:06 horas: "el fascismo sin complejos de María Teresa me hace añorar hasta los GRAPO".

2º El día 27 de enero de 2014, a las 20 21 horas: "a Carmelo habría que secuestrarle ahora".

3º El día 30 de enero de 2014, a las 0:23 horas: "Street Fighter, edición post ETA: Carmelo versus Diego " .

4º El día 29 de enero de 2014, a las 0:07 horas: " Eulalio , Fermín , Gumersindo , Jacobo , Laureano ...Si no les das lo que a Mateo , la longevidad se pone siempre de su lado".

5º El 20 de diciembre de 2013, a las 23:29 horas: "Cuántos deberían seguir el vuelo de Mateo " .

6º El día 5 de enero de 2014, a las 23:39 horas: "Ya casi es el cumpleaños del Rey. ¡Que emoción!. Otro usuario le dice: "ya tendrás el regalo preparado no? Qué le vas a regalar? A lo que contesta: "un roscón-bomba".

No se ha acreditado que Rodrigo con estos mensajes buscara defender los postulados de una organización terrorista, ni tampoco despreciar o humillar a sus víctimas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Cuestiones previas:

A) Este tribunal debe reiterarse en mantener su competencia para el enjuiciamiento de estos hechos. El delito de enaltecimiento o de humillación de las víctimas contemplado en el art. 578 del C.P . forma parte de la Sección 2ª "De los delitos de terrorismo" del Capítulo VII "De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo". Por ello se considera incluido en la disposición transitoria de la L.O. 4/1988 de 25 de mayo, que continúa en vigor y en la que se establece:

"Los Juzgados Centrales de instrucción y la Audiencia Nacional continuarán conociendo de la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos. Conocerán también de los delitos conexos con los anteriores".

El propio T.S. en un auto ya de 14 de junio de 2002 señaló, en relación con el delito de apología del terrorismo, que no son delitos de terrorismo, aunque guarden relación con el terrorismo. "Tanta, que los primeros no podrían producirse, y ni siquiera explicarse, sin los segundos. Los de apología, son, pues, delitos estrechamente relacionados con los de terrorismo, que es lo que puede explicar su inclusión en la misma sección del Código Penal, por más que este dato carezca de la eficacia transformadora en el orden conceptual y de la tipicidad, que ha querido atribuírsele ". Pero no por ello entiende el T.S. que quepa cuestionar la competencia de la Audiencia Nacional, sino que por el contrario indica como las normas procesales de determinación de la competencia -la disposición transitoria de la L.O. 4/1988, de 25 de mayo, en este caso- debe interpretarse con una cierta flexibilidad, que no cabe en las disposiciones propiamente sancionadoras, siempre que ésta responda a criterios racionalmente fundados según Constitución y ley, aplicados con carácter general. Así continúa señalando "entre los que aquí pueden invocarse, están: la comunidad en la referencia al bien o bienes jurídicos protegidos mediante la tipificación de unas y otras conductas infractoras; la especialización en la materia de ciertos órganos jurisdiccionales; y, tratándose de delitos de terrorismo, la necesidad de asegurar un clima de serenidad en el enjuiciamiento, como presupuesto de imparcialidad, entre otros que podrían citarse".

En definitiva entiende este tribunal que tanto el delito de enaltecimiento del terrorismo como el delito de humillación a las víctimas, aunque tengan su propia sustantividad, se encuentran relacionados con el terrorismo, de ahí que el legislador los haya incluido de la Sección de los delitos del terrorismo, y por ello se entienden incluidos dentro de la competencia de este tribunal que se establece en la disposición transitoria de la L.O. 4/1988.

B) La defensa por vía de informe cuestionó la investigación, pretendiendo que, al tratarse de una investigación prospectiva, era ilegal y no podía admitirse que la policía hiciese vigilancias en las redes sociales a la búsqueda de actividades delictivas, como en este caso había ocurrido con las operaciones denominadas Arañas.

El tribunal no puede compartir esta alegación. Las fuerzas y cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión entre otras funciones, que especifica el art. 11 de la L.O. 2/1986 , de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos



de Seguridad, prevenir la comisión de actos delictivos, así como investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables (apartados f. y g.). En el ejercicio de estas funciones nada les impide realizar servicios de vigilancia y observación por las calles y por cualquier tipo de lugares públicos, incluidas las redes sociales públicas. Es más, estas actuaciones han resultado esenciales para descubrir delitos en los que las víctimas son las personas más vulnerables, los menores. No es necesaria una denuncia previa para que la policía actúe contra los comportamientos delictivos que observa en un lugar público, sea real o virtual. Lo que no puede hacer cuando actúan de esta forma, que efectivamente puede calificarse de prospectiva, es entrar en un domicilio o intervenir una comunicación privada sea telefónica o telemática, porque lo impiden los derechos fundamentales de inviolabilidad del domicilio, de intimidad o del secreto de las comunicaciones, recogidos en la propia Constitución. La L.O. 13/2015, de 5 de octubre de 2015 de modificación de la L.E.Crim ha regulado los principios y requisitos para la utilización de medios técnicos de investigación, y a modo de ejemplo basta señalar que en el art. 588 quinquies a) permite a la policía judicial obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, sin otros requisitos.

SEGUNDO-La prueba de los hechos;

El acusado Rodrigo ha reconocido haber enviado en los tuits que son objeto de acusación, pero ha negado que se tratase de expresiones para humillar a las víctimas o para apoyar cualquier forma de violencia. Explica que es un artista multidisciplinar, y que su obra se encuadra en el nihilismo surrealista a través del humor, utiliza el sarcasmo y la ironía para hacer pensar más allá de los dogmas ideológicos que tratan de inculcarnos. A preguntas de su defensa va explicando el sentido de los mensajes como se indicará en el siguiente fundamento, al analizar su significado.

La prueba pericial de la defensa sobre el análisis de su obra ha permitido encuadrar su actividad artística, y los testigos que ha aportado han servido para corroborar que en su vida tanto profesional como privada no mantiene postulados de apoyo a grupos terroristas o a la violencia de cualquier tipo, aunque si una actitud irónica y provocadora. Se puede destacar en este sentido el artículo que publicó en enero de 2001 en Diario. 16, titulado "Así no", sobre la negociación con ETA, en el que además de indicar que su opinión el nacionalismo se cura viajando un poco, destaca que la solución pasa por una negociación con los partidos nacionalistas, y que para llegar a ese punto ETA tiene que estar dispuesta a desaparecer y el Estado estar abierto a plantearse un orden territorial distinto al actual, siendo en ese punto al que ninguna de las parte quiere llega, para concluir "que no nos engañen, cada cual quiere una paz a su medida y ninguna parte tiene voluntad de renuncia a nada. Así no se negocia". Consta incorporado al procedimiento folio 179.

También es significativo sobre su actitud pública contraria al terrorismo de ETA y en general a la violencia que su grupo Def Con Dos haya actuado en el festival Doctor Music, que se celebró en la localidad de Escalarre, Lérida, en julio de 1997, bajo un gran lazo azul que se instaló en el escenario, como signo de repulsa al asesinato de Leoncio, que se acababa de producir, y en solidaridad con las víctimas y sus familiares. Así se acreditado tanto mediante la información periodística que consta al folio 178 como mediante la declaración del testigo Jose Daniel, fotógrafo que cubrió el concierto.

TERCERO- El Ministerio Fiscal considera que los hechos pueden ser constitutivos de un delito continuado de enaltecimiento y vejación a las víctimas del terrorismo del art. 578 del CP.

El art. 578 recoge dos conductas distintas:

a) El enaltecimiento o justificación del terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución. Este tipo exige la existencia de actos que, objetivamente, integren ese carácter de verdadero elogio, alabanza o justificación. Se trata de la apología, del discurso del odio, que no puede tener la cobertura de derechos fundamentales como la libertad de expresión, porque el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de la comunidad que lo sufre. La acción de enaltecer ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión.

b) La emisión de manifestaciones o realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas.

La STS 656/2007, de 17 de julio indica como con la segunda de estas conductos se trata de perseguir acciones 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. La conducta típica consiste en realizar actos que entrañen "descrédito", esto es la 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.



La sentencia del TS 846/2015, de 30 de diciembre , que a su vez invoca las sentencias del TS 224/2010, de 3 de marzo , y 585/2007, de 20 de junio , señala como 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. 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, las 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.

Entrando en ese examen de los tuits nos encontramos que:

1º) "El fascismo sin complejos de María Teresa me hace añorar hasta los GRAPO" el acusado indica que se trata de una fanfarronería irónica, por lo que entendió declaraciones ultraderechistas de la política madrileña, cuando vinculaba Podemos con Eta, ironizaba poniendo en relación su ideología con otra de terrorismo, con el extremismo político violento.

Aunque fue el 1 de julio de 2014 cuando María Teresa afirmó en su blog que Podemos "está con el chavismo, con el castrismo y con ETA", lo que no concuerda con la fecha de este tuit, publicado en noviembre de 2013, pese a ello puede admitirse que por el tiempo transcurrido el acusado no sea preciso al encuadrar este comentario. Sobre el sentido de esta frase parece que puede admitirse la ironía porque dice "me hace añorar hasta", y que pretenda comparar lo que son, a su juicio, planteamientos políticos extremos, sin que pueda entenderse que con ello trate de elogiar el terrorismo del GRAPO, ni mucho menos justificar que la Sra. María Teresa pueda ser objeto de un ataque terrorista.

El Ministerio Fiscal destaca el paralelismo de esta frase con la que fue objeto de condena por enaltecimiento del terrorismo en la S. del TS nº 106/2015 de 19 de febrero de 2015 "ojalá vuelvan los GRAPO y te pongan de rodillas". Sin embargo, ese paralelismo es sólo aparente ya que la mencionada sentencia se refería a la letra de una canción, en la que había muchas más expresiones, todas laudatorias para la banda terrorista. Además, esa frase significa un deseo claro de que la banda terrorista vuelva y actúe, lo que no se percibe con esa claridad en el mensaje que aquí nos ocupa.

La conclusión es que no puede entenderse que con esta manifestación pretenda el acusado hacer apología del terrorismo y provocar el discurso del odio, sino una crítica hacia el extremismo de cualquier signo, llevando su ironía a comparar un partido político con un grupo terrorista.

2º) "A Carmelo habría que secuestrarle ahora" dice el acusado que tiene relación con la candidatura de Carmelo por Vox, partido que califica de ultraderechista radical, y que pretende dar por sentado que no debía haber sido secuestrado, y destacar como ahora ya no actúa la banda terrorista, aunque Carmelo haya acusado a dos presidentes del gobierno de seguir los dictados de Eta.

El contenido de este mensaje es ciertamente confuso, no podemos dejar de señalar que se trata de la víctima del más largo e inhumano secuestro de todos los llevados a cabo en España por una banda terrorista Eta. Pero lo cierto es que dice "habría" lo que genera unas dudas que no existirían si hubiese empleado otra expresión. Por un lado parece indicar que no estuvo justificado su secuestro, y la referencia condicionada al momento actual puede aceptarse que se enmarque precisamente en el momento en que ETA ya no se encuentra activa, y se ironice sobre la negociación.

El Ministerio Fiscal también en este caso destaca la analogía entre esta frase y la que fue objeto de condena en la sentencia del TS 846/2015, de 30 de diciembre . Esa sentencia se refería también como en este caso a un tuit pero se trataba de una fotografía con la leyenda "ETA EUSKADI TA ASKATASUNA" añadiendo que el zulo de Carmelo tenía más metros cuadrados que donde viven muchísimos españoles. El TS destacó en ese caso "la crueldad que asoma a través del comentario adobado de cierto sarcasmo cínico sobre las dimensiones del zulo donde Carmelo estuvo recluido meses: la comparación con los metros cuadrados de algunas viviendas en época de crisis económica, es algo más que un parangón poco atinado: también emerge de manera inequívoca un gesto despectivo minusvalorando hasta la humillación el sufrimiento de tal víctima del terrorismo: las circunstancias de su secuestro son notoriamente conocidas y azuzan la sensibilidad del carácter más rudo". El conjunto del mensaje, iniciado con una frase de elogio a la banda, tiene un sentido que no cabe encontrar en el tuit que ahora nos ocupa.

No aparece en este tuit, al menos con la claridad que el tipo penal exige, y con este mensaje que el acusado trate de elogiar a la banda terrorista ETA que tuvo secuestrado a Carmelo , ni tampoco que trate de humillarle o vejarse en algún modo, por mas que pueda parecer en extremo desacertado el comentario.

3º) "Street Fighter, edición post ETA: Carmelo versus Diego ": Se trata de un antiguo video juego de artes marciales y el acusado dice que pretendía ironizar con las posturas contrapuestas de dos víctimas de ETA que ejercen en la política desde posiciones distintas, pues Diego no trata de hacer de su condición de víctima su bandera política.

El humor negro es un tipo de humor que, desde la sátira, se sirve de situaciones que, contempladas desde otra perspectiva, suscitarían piedad, terror o lástima. La utilización del humor negro en la producción artística del acusado la pusieron de manifiesto varios de los testigos que comparecieron, como Cristobal o Erasmo , que nos hablaron del cortometraje "Unas Pellas" dirigido por el acusado y protagonizado por uno de los testigos minusválido.

El humor negro no puede ser una excusa para justificar un comportamiento que implique una humillación a las víctimas, pero cuando realmente signifique contemplar una situación lastimosa de la víctima desde otra perspectiva ha de quedar fuera del derecho penal, porque faltará en ese contexto la existencia de un acto humillante, hostil o vejatorio, que constituye la base del delito. En este caso la idea del enfrentamiento en un video juego de dos personas que han sido víctimas de acciones terroristas y que mantienen distintas posiciones políticas, puede considerarse desde la perspectiva del humor negro y desprovisto del carácter vejatorio o humillante que el tipo delictivo requiere.

4º) " Eulalio , Fermín , Gumersindo , Jacobo , Laureano ...Si no les das lo que a Mateo , la longevidad se pone siempre de su lado". El acusado afirma que trataba de ironizar sobre los representantes de la dictadura, en un momento en que la directora del Banco Mundial hacía referencia a la crisis de las pensiones porque la gente ahora vive mucho, en definitiva pretendía acudir al humor y a un chiste porque la ideología no da más años de vida.

Esta mención tampoco parece que encierre un llamamiento claro a actuaciones violentas, ni es directamente vejatorio contra Mateo , víctima de una acción terrorista, siendo compatible el comentario con la ironía que pretende el acusado.

5º) "Cuántos deberían seguir el vuelo de Mateo " dice no recordar el momento concreto en que lo escribió pero se explica porque ninguna dictadura tiene justificación.

Este mensaje tampoco puede interpretarse como una llamada a la violencia contra alguna persona, ni como enaltecedor de la acción terrorista o como ofensivo para las víctimas.

El Ministerio Fiscal acude a la Sentencia de 29 de enero de 2016 de la Sección 4 º de este tribunal para destacar el paralelismo entre esta frase y la que fue objeto de condena en esta resolución. El T.S. en la Sentencia n º 623/2016, de 13 de julio , acaba de estimar parcialmente el recurso interpuesto contra esa resolución en el único sentido de rebajar la pena al mínimo de un año, atendiendo a su proporcionalidad. En ese caso se trataba de la publicación de 22 tuits, en la mayoría aparecían referencias a ETA, siempre laudatorias, a modo de ejemplo: MADEROS A LA GUILLOTINA, ETA MÁTALOS, y entre estos mensajes uno en la que la acusada dice: "quiero que me hagas volar como a Mateo . Cosas que gritar follando." Y en otro: " Mateo ministro naval tenía un sueño: volar y volar, hasta que un día ETA militar hizo su sueño una gran realidad", o en otro "voló, voló Mateo y hasta las nubes llegó". Junto a ellos muchas menciones a Gora ETA, lo que fue determinante en el sentido que dio el tribunal a estos mensajes. De modo que no nos encontramos frente a hechos análogos. No se trata de que un sólo mensaje no pueda integrar el delito de enaltecimiento o el de humillación, pero el examen de varios, cuando se refieran a los mismos temas, puede ser ilustrativo de su significado y de su finalidad como ocurre en el caso de los tuits examinados primero en la Sentencia de 29 de enero de 2016 de la Sección 4º y después por el T.S . en la Sentencia nº 623/2016, de 13 de julio , su lectura rezuma un odio y un desprecio que no se percibe en el caso que ahora nos ocupa.

6º) "Ya casi es el cumpleaños del Rey. ¡Que emoción!. Otro usuario le dice: "ya tendrás el regalo preparado no? Qué le vas a regalar? A lo que contesta: "un roscón-bomba" sobre este mensaje dice el acusado que es una ironía gráfica inspirado por Jesús Luis , creador de Mortadelo y Filemón, cuando aparecen en sus ilustraciones bombas que tiñen de negro la cara de la víctima, ya que nunca un explosivo podría meterse con levadura en un horno.

Sobre este tuit hay que destacar que se produce de una forma espontánea, en el curso de una conversación pública, no privada, que desde su inicio esta cargada de ironía, precisamente el día antes de la festividad de los Reyes Magos y fecha del cumpleaños del entonces Rey. Ciertamente un roscón bomba no parece una referencia a una bomba de verdad, por lo que puede aceptarse que se trata de una comparación humorística, en lugar de un llamamiento a la violencia o la justificación de acciones terroristas.



Estas explicaciones y contextualizaciones que va dando el acusado se ven corroboradas por el dato de que en sus manifestaciones artísticas no existe una defensa de la violencia, si no es precisamente para, desde el sarcasmo y la ironía, provocar el efecto contrario.

Todo ello ha de llevar a estimar que los hechos no son constitutivos de delito y que procede la absolución del acusado Rodrigo .

CUARTO- Siendo absolutoria la presente sentencia las costas deben declararse de oficio.

FALLO

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

Que debemos absolver y absolvemos Rodrigo del delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del que era acusado, declarando de oficio las costas.

Notifíquese esta resolución a todas las partes, significando que no es firme, y que contra ella cabe recurso de casación ante el Tribunal supremo, que deberá prepararse ante este tribunal en el plazo de 5 días.

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

E/

VOTO PARTICULAR.-

Que formula el Magistrado D. NICOLÁS POVEDA PEÑAS, con carácter discrepante respecto de la sentencia dictada con fecha 18 de Julio de 2.016 en el Rollo de Sala 005/2016, correspondiente al Procedimiento Abreviado num. 0057/2015 del Juzgado Central de Instrucción num. 5.

PRIMERO.- En cuanto a los antecedentes de hecho que se indican en la sentencia, con cuyo contenido jurídico se discrepa, estimamos, que nada afectan a la discrepancia citada, al referirse únicamente a datos de actuaciones procesales, sin comentario alguno

SEGUNDO.- El criterio discrepante, con los debidos respetos al parecer mayoritario del Tribunal, tiene relación con la calificación del citado acusado en primer lugar y en segundo lugar con la ponderación que se realiza del contenido de las frases publicitadas por el acusado que se contienen en los hechos probados, partiendo del hecho acreditado de la realidad de las mismas y su publicación en la red social twitter por iniciativa del propio acusado y su relación con el delito imputado.

A.- En cuanto al primer aspecto con el que discrepo, consiste como se ha indicado en la valoración que se hace de la cualidad del acusado Rodrigo , que utiliza como nombre artístico Ángel , ya que este si bien, como indica la mayoría, es cantante y letrista de grupos de rap, y también ha sido creador de música de obras cinematográficas, en las que además ha participado como actor, director y productor, tal calificación profesional y humana le presenta como un icono para muchas personas que ven en él un ejemplo de actividad y también de posicionamiento ante la problemática social. Es por tanto un personaje que siendo perito en la utilización de medios, y conocedor de su alcance por su trayectoria indicada de la realidad social ante la que comparece y valora, o al menos debe valorar, el eco de sus pronunciamientos, siquiera con mayor cuidado dada tal calificación al conformar opinión sobre los mismos.

Es lógico que se puede utilizar un tono provocador, sarcástico e irónico en sus tuits como dice la mayoría, pero dada su condición de perito en medios debe de valorar el contenido en orden al receptor del mismo, dada la incidencia que desde su posición se tiene. Y la ironía, el sarcasmo y la provocación que realiza, debe de ser contemplada también por el destinatario al que se dirige.

No se trata por mi parte de considerar que se deba establecer por los comunicadores un control sobre el destinatario, sino que no es valido con decir lo que se piense o se quiera y disfrazarlo bajo una supuesta ironía o sarcasmo del que genera la expresión, hacerse ajeno totalmente al efecto que tenga sobre el destinatario, ya que no se conoce si este es del mismo grado de ironía o sarcasmo que el primero.

Es evidente que hay aspectos de la comunicación que por su contenido son inocuos, pero hay otros, cuya afectación a bienes jurídicamente protegidos como son la protección social ante el fenómeno terrorista y la protección personal ante la burla o el escarnio para con las victimas, donde la valoración de la profesionalidad y condición del agente es relevante.

Tampoco se trata de establecer una barrera a la libertad de expresión, ya que es este un derecho superior fundamental y constitucionalmente protegido y por tanto, y por tanto de relevante incidencia en esta cuestión.



No puedo ni debo considerar que haya de suprimirse el comentario crítico e incluso duro ante una conducta y expresar así el rechazo mas absoluto ante la misma, sino que estimo debe realizarse, ante una afirmación o una toma de posición, su explicación concreta y total, para así ser mejor valorada por la audiencia.

En el presente caso, el acusado y su defensa, en el acto del juicio oral, se ha pronunciado en extensión, justificando las frases que nos ocupan. Justificación, que en algún caso puede servir, por ser obvia o de fácil comprensión, pero en otros casos no lo es, presentando en lógica humana simple, un posicionamiento de odio hacia las personas que se citan expresamente, por eso he incidido en la mención que se hace por mi parte a la condición y profesionalidad del agente.

Estas "condiciones personales del culpable", no son un parecer limitativo de derechos, sino que son aquellas que se mencionan en el Fj 6 de la STS 623/2016 de 23 de Junio de 2.016 , y que en su caso sirven para modular la pena correspondiente, que dice:

"Como antes hemos expresado la penalidad en este tipo de delitos ha de ponderarse no solamente en función de las expresiones que conforman el tipo objetivo del delito, sino sustancialmente con base en la personalidad y en este caso juventud de la autora de esta infracción criminal, cuyo comportamiento debe condenarse, siendo así que deberá proclamarse en este tipo de acciones un ejercicio de ciudadanía responsable."

En base a lo anterior, discrepo en primer del parecer mayoritario con el máximo de los respetos,

B.- En segundo lugar, muestro mi discrepancia con el parecer de la mayoría, a la que nuevamente muestro mi mas formal respeto, en orden a la ponderación que se realiza de las frases publicadas por el acusado en a través de internet desde su blog de acceso libre y publico.

El debido encuadre de la ponderación que nos ocupa, debe ser acorde con el contenido jurisprudencial incluido entre otras en las 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).

En el presente caso, el acusado ha reconocido ser el autor de los textos de los tuits por los que finalmente acusa el Ministerio Fiscal, reconociendo por tanto el hecho concreto y su autoría.

En el debido examen pormenorizado de los mismos, nos referiremos en primer lugar a:

"El fascismo sin complejos de María Teresa , me hace añorar hasta los GRAPO", publicado el 11.11.2013.

Este tuit, que la mayoría considera que no puede tenerse como elogio del terrorismo, sino que es "una critica hacia el extremismo de cualquier signo, llevando su ironía a comparar una militancia en partido político con un grupo terrorista", no es valorado por mi parte en el mismo sentido.

Existe una referencia a un grupo terrorista que ha sido participe activo en infinidad de asesinatos por con dicha finalidad terrorista, que los miembros de ese grupo decían eran motivos políticos, y ha representado el mismo para el común de los mortales en este país, un instrumento del terror máximo con infinidad de atentados y asesinatos.

Añorar, como dice el tuit a dicho grupo terrorista, cuando se esta refiriendo con nombre y apellidos a una persona, solo tiene una interpretación, que es la de mostrar su "odio" hacia la misma, dadas las convicciones políticas de esta, haciendo mención a ese grupo, en pura lógica dado el terror que infundía la actividad terrorista al oponente.

Si a ello unimos el hecho de que la justificación que presta el acusado en el acto del juicio obedece a una comparación sobre planteamientos políticos extremos como se recoge en la sentencia de cuyo contenido discrepo, no cabe otra conclusión lógica que no nos encontramos ante una fanfarronería irónica, sino ante un posicionamiento político añorando al terrorista.

Si a mayor abundamiento tenemos que el comentario de la política citada que menciona el acusado en su justificación es posterior al tuit, no cabe otra conclusión de que está introduciendo por medio de su tuit, una opinión infundiendo "odio" hacia una persona de cuyo parecer político discrepa.

En segundo lugar y en cuanto al tuit que publico en 27.01.14:



"A Carmelo habría que secuestrarle ahora", es mi parecer discrepante que su contenido literosuficiente es evidente.

Se trata Don. Carmelo , una persona, que fue objeto, dada su condición de funcionario publico del Estado, del mayor secuestro de nuestra Historia reciente como país, perpetrado con una gran virulencia y desprecio hacia la persona que estuvo cerca de 2 años introducido en un "zulo", circunstancia esta que no solo fue publica y notoria en nuestro país, y por tanto de general conocimiento, sino que fue un suceso realizado por la banda terrorista ETA utilizando el secuestro como instrumento de su lucha armada.

La justificación que realiza el acusado, de que el tuit lo publicó al conocer la noticia de la afiliación Don. Carmelo a un partido político que fue legalizado bajo la denominación VOX, lejos de ofrecer una justificación de su conducta, lo que viene es en corroborar un posicionamiento de odio hacia dicha víctima del terrorismo.

La semántica de la palabra "habría" que realiza la mayoría, es a mí modo de ver equivocada, dicho esto con el máximo de los respetos a la misma. "Habría" es un condicional que se propone a quien lo lea, que efectivamente podrá asumirlo o rechazarlo, pero que en definitiva no deja de ser una llamada de atención sobre la persona Don. Carmelo , a quien se propone como objetivo para un nuevo secuestro.

Y a mayor abundamiento la propuesta de utilización de un medio tan inhumano y atroz como es el secuestro en las condiciones del sufrido por Don. Carmelo , no deja de ser un elemento que determina una posición de "odio" hacia esa persona, a que se querría ver en otra situación como la que sufrió, y todo ello, por el mero hecho de opinar diferente y militar en un partido político diferente.

En tercer lugar hemos de referirnos al tuit de 20.12.13 que dice:

"Cuantos deberían seguir el vuelo de Mateo ", expresión asimismo literosuficiente, ya que hace referencia expresamente Don. Mateo , que era Presidente del Gobierno y que murió como consecuencia de un atentado de la banda terrorista ETA, mediante la explosión de un artefacto que al pasar su vehículo, exploto generando una onda que hizo elevarse al vehículo en el que iba muchos metros. Hecho conocido por vivir aquellos momentos o por referencias, dada la relevancia pública y política del mismo.

Hacer un canto, como el que nos ocupa a favor de la actividad terrorista, planteando siquiera la posibilidad de realizar un atentado similar, no representa mas que una referencia al "odio" hacia aquello que no es de nuestro parecer o agrado.

La justificación que se hizo en el acto del juicio por el acusado porque "ninguna dictadura tiene su justificación", carece de lógica cuando lo que se esta haciendo es plantear la posibilidad de una actuación armada contra una persona por sus circunstancias y la legitimación del medio armado como instrumento político.

No se aprecia por mi parte ilicitud penal en los demás tuits objeto de acusación, posición que recoge la de la mayoría.

C- La ponderación debida de los hechos indicados, establece un marco de actuación, por parte de una persona perita en comunicación como indicamos al principio, que no se corresponde con la broma, la chanza o la ironía en que se considera erróneamente, dicho esto en términos de máximo respeto por la mayoría.

Existe en los tres tuits indicados, una evidente mención a medios empleados por las organizaciones terroristas, citando incluso expresamente a una de ellas, el atentado o el secuestro, contra personas, algunas de ellas que son víctimas directas de la barbaridad de la acción terrorista.

Añorando al GRAPO; considerando medio valido de actuación política el secuestro o el atentado, no se hace otra cosa que evidenciar un discurso del "odio" hacia lo discrepante, lo que constituye el elemento objetivo del tipo penal por el que venía siendo acusado.

La falta de justificación, por ser el dato justificativo que se ofrece posterior al tuit; por ser motivo de justificación el hecho de que se incorpore la victima a un partido político; o por justificar la lucha armada mediante el uso de explosivos, no es mas que una corroboración de la concurrencia de los elementos subjetivos del citado tipo penal.

No debe pasarse en el examen de lo probado sobre el hecho de que el acusado se mostró contrario a la actividad terrorista e incluso participo en el año 1.999 en un concierto bajo el lazo azul "in memoriam" de Leoncio , victima de ETA, mas la realidad es que tales hechos suceden diez años antes de los tuits que nos ocupan, periodo de tiempo mas que suficiente para producirse un cambio de actitud y de mayor o menor radicalidad de posicionamientos. Es significativo que todos los testimonios que se refieren a dicha época muy anterior a los hechos, no habiendo aportado testimonio reciente sobre tal postura.



Y todo ello desde la perspectiva de que el acusado es persona versada en medios de comunicación, cantautor, compositor músico de películas, guionista, director y productor de películas y con numerosas publicaciones, que por tales condiciones debe dar respuesta positiva a quienes le siguen a través de su cuenta tuitter.

Ello conllevaría como lógica conclusión de mi criterio expuesto en los términos antes dichos a la condena del acusado

Es evidente que con lo anteriormente expuesto se establece por mi parte un criterio distinto en cuanto al contenido de la fundamentación del parecer mayoritario, y en este sentido, con pleno respeto a la opinión de mis compañeros, emito este voto en Madrid, a 19 de Julio de 2.016.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ