



Roj: **SAN 4422/2016 - ECLI:ES:AN:2016:4422**

Id Cendoj: **28079220012016100036**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/11/2016**

Nº de Recurso: **9/2016**

Nº de Resolución: **33/2016**

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

Ponente: **NICOLAS POVEDA PEÑAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4422/2016,**
STS 3134/2017

AUDIENCIA NACIONAL

SALA DE LO PENAL

SECCION PRIMERA.

ROLLO DE SALA NUM. 009/2016

PROCEDIMIENTO ABREVIADO 075/2014

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN NUM. 3.

ILTMO. SR. PRESIDENTE.

DON FERNANDO GRANDE MARLASKA GOMEZ.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

DON NICOLAS POVEDA PEÑAS.

DON RAMON SAEZ VALCARCEL.

SENTENCIA N° 33 /2016

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Noviembre de dos mil dieciséis.

Vista y oída, en juicio público, por la Sección Primera de lo Penal de la Audiencia Nacional, la causa dimanante del Procedimiento Abreviado 075/2014, Rollo de Sala 009/2016, procedente del Juzgado Central de Instrucción nº 3, por delito enaltecimiento del terrorismo, contra el acusado:

Damaso , mayor de edad, nacido en Elciego (Álava) en NUM000 .1958, hijo de Everardo y Tomasa , con D.N.I. num. NUM001 , sin antecedentes penales. Ha comparecido representado por la Procurador de los Tribunales Sra. Gómez Cebrian y defendido por el Letrado D. Darío Alonso de Hoyos.

Ha sido parte como ACUSADOR PUBLICO el Ministerio Fiscal representado por el Ilmo. Sr. D. José Perals Calleja

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

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 1 de Agosto de 2.014, se recibió en el Juzgado Central de Instrucción Decano de esta Audiencia Nacional, oficio acompañando diligencias practicadas por la Guardia Civil cuenta de hechos que pudieran constituir la comisión de un delito, interesando la practica de diligencias de investigación.



Realizado el correspondiente reparto, por auto de 14 de Agosto de el Juzgado Central de Instrucción num. 3, acordó la incoación de las Diligencias Previas num. 075/2014, acordándose asimismo en dicha resolución dar cuenta al Ministerio Fiscal y la practica de diversas diligencias.

SEGUNDO.- Practicadas las diligencias interesadas y averiguada la identidad del presunto autor de los hechos, el Ministerio Fiscal informa en 20 de Octubre de 2.015, interesando la práctica de posteriores diligencias.

TERCERO.- Con fecha 21 de Enero de 2.016 se dio traslado al Ministerio Fiscal, a fin de que informara sobre la práctica de diligencias, o procedimiento a seguir.

Por el Ministerio Fiscal se emitió informe interesando la incoación de Procedimiento Abreviado contra el imputado Damaso como presunto autor de un posible delito de enaltecimiento del terrorismo.

CUARTO.- Con fecha 5 de Febrero de 2.016, se dictó auto por el Juzgado Central de Instrucción num. 6, en el que estableciendo un relato de hechos imputables se acordó el trámite de Procedimiento Abreviado y se interesó de las partes la proposición de las que interesaran a su derecho así como de que en plazo de 10 días se formulada acusación por el Ministerio Fiscal.

QUINTO.- Por el Ministerio Fiscal, se presentó en 16 de Febrero de 2016 escrito acusando al hoy enjuiciado como autor de:

Un delito de enaltecimiento del terrorismo del Art. 578 del Código Penal, en su redacción de la Ley 7/2000 por ser más beneficioso para el acusado).

Resultando ser, que Damaso, es responsable del delito de enaltecimiento del terrorismo en base a lo previsto en el artº 28 del Código Penal.

Asimismo indicó que no concurrían circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Procedía en base a lo anterior, imponer a dicho acusado la pena de 2 años de prisión con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo conforme al artº 56 del Código Penal, así como inhabilitación absoluta durante 10 años conforme al artº 579.2 de dicho Código Penal.

Asimismo interesó la práctica de diversos medios de prueba para el momento del juicio oral.

SEXTO.- Con fecha 22 de Febrero de 2.016 por el referido Juzgado Central de Instrucción se dicto auto por el que se acordaba la apertura del juicio oral, para ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y se confería traslado a la defensa del acusado para que presentara su escrito de defensa.

SEPTIMO.- La defensa del acusado dejo transcurrir el plazo para formular escrito de defensa, teniéndose por precluido el tramite en resolución de 9 de Mayo de 2.016.

OCTAVO.- Con fecha 11 de Mayo de 2.016 se acordó la admisión de las pruebas propuestas por el Ministerio Fiscal.

Con posterioridad en 19 de Mayo de 2.016 se recibió escrito de la defensa del acusado oponiéndose a lo interesado por el Ministerio Fiscal y adhiriéndose a la prueba interesada por el Ministerio Fiscal.

Posteriormente en diligencia de 7 de Junio de 2.016 se procedió a señalar la audiencia del día 14 de Noviembre de 2.016 para el comienzo de las sesiones del juicio oral, acordándose lo procedente en cuanto a la citación del acusado, testigos y peritos y cuanto fuera preciso para tal fin.

NOVENO.- En el momento del inicio de las sesiones del juicio oral el día 14 de Noviembre de 2.016, señalado al efecto, y se dio comienzo a la celebración del juicio con la práctica de las pruebas admitidas, teniendo por hecha la manifestación en sus propios términos.

Continuó la celebración de dicho juicio oral con la declaración del acusado. Se practicaron las testificales y documentales con las incidencias que se indican en la correspondiente acta.

DECIMO.- En el trámite de conclusiones definitivas el Ministerio Fiscal procedió a elevar a definitivas las que formulara en su día con carácter provisional.

Por la defensa del acusado asimismo se procedió a elevar a definitivas las conclusiones formuladas con carácter provisional.

DECIMO PRIMERO.- Seguidamente el Ministerio Fiscal emitió su informe en apoyo de sus conclusiones.

Por la defensa del acusado, se informó en defensa de su calificación definitiva.

El juicio oral concluyó con el trámite de última palabra conferido al acusado, que se manifestó conforme a su derecho.

Quedando las actuaciones vistas para sentencia.

HECHOS PROBADOS

Probado y así se declara que:

Damaso , es el titular y único usuario del perfil de Twitter " Perico (@ DIRECCION000)", quien efectuó entre el 15 de mayo y el 22 de julio de 2014 las siguientes publicaciones que se podían ver de una manera libre y pública por cualquier usuario de la red social:

- 1.- La imagen del perfil del usuario es el logotipo de la organización ilegalizada ASKATASUNA.
- 2.- Una foto de una bandera de la organización ilegalizada ASKATASUNA, sugiriendo a otro usuario de la red social que utilice esa bandera para protestar por la dispersión de presos de ETA.
- 3.- Una foto de la salida de prisión del miembro de ETA Anselmo , con el texto en euskera " Anselmo , LIBRE. BIENVENIDO".
- 4.- Una foto del miembro de ETA Cesareo , con el texto en euskera "BIENVENIDO Cesareo".
- 5.- Dos fotos del miembro de ETA Cesareo . En una de ellas se le ve con un micrófono en una vía pública y detrás una pancarta con el lema "ONGI ETORRI /BIENVENIDO Cesareo !". Y en la otra se ve a Cesareo descolgando una foto de una pared en la cual se encontraba junto a otros miembros de ETA encarcelados.
- 6.- Una foto de una persona con un ramo de flores bajo un brazo con una pancarta detrás con el nombre " Jacinto " y publica el texto: "El exiliado Jacinto regresó ayer domingo a Deustua dejando atrás 12 años sin pisar su localidad natal".
Jacinto perteneció a la organización terrorista BATASUNA.
- 7.- El texto "Yo SI odio al PP y al PSE. A mi SI me gustaría ver a cada uno de ellos colgado de un pinar completo".
- 8.- El texto "siempre con los principios de H.B y Argala", en referencia al miembro de ETA Teofilo (Canoso), uno de los principales dirigentes e ideólogos de ETA y defensor de la actividad armada de la organización.
- 9.- Una foto del miembro de ETA Juan María descolgando su fotografía en una *herriko taberna* con el comentario en euskera "Una foto menos en nuestra pared. Bienvenido Juan María !".
- 10.- El texto "EHBILDU condena el ataque a un cajero de Kutxabank. ¿Cómo quieren que se defienda a la ciudadanía de la banca?¿Pidiéndolo por favor? Fariseos".
- 11.- Una foto con el logotipo de la organización ilegalizada ASKATASUNA y la palabra "AMNISTÍA", con el comentario "Esta es la mía!!!!".
- 12.- El texto en euskera "ADIÓS Y HONOR SOLDADO REVOLUCIONARIO", con un enlace a un blog titulado "Las otras víctimas" en referencia a los miembros de ETA fallecidos.
- 13.- Una foto de un "pin" con la imagen del miembro de ETA Teofilo (Canoso), con el texto en euskera "LA LUCHA ES EL ÚNICO CAMINO!!! VIVA EUSKAL HERRIA LIBRE Y SOCIALISTA!!".
- 14.- Una foto del miembro de ETA Teofilo (Canoso) con un texto firmado por Canoso que dice: "Condenar cualquier tipo de violencia popular es una brutal necesidad y una muestra clara de incapacidad (por parte de quien la condena) para salirse de las perspectivas ideológicas de la clase explotadora.
- 15.- Los pueblos no practican la violencia por gusto de hacerlo sino impulsados por la acuciante necesidad de adquirir un derecho humano: el derecho a la libertad en las relaciones sociales. La violencia popular es siempre defensiva frente a la violencia institucionalizada de la clase explotadora y por lo tanto completamente legítima completamente legítima".
- 16.- El texto en euskera " Florentino , militante de GRAPO de Baracaldo ha salido a la calle hoy después de haber estado 19 años encerrado. BIENVENIDO".

El acusado creo en su cuenta Twiiter los tuits núms. 1, 2, 3, y 10 siendo el resto bajados de otras cuentas (retwittea) de distintos titulares.

No consta actuación alguna posterior a la publicación de cada uno de los tuits, por parte de personas o grupos de personas en reacción de apoyo o solidaridad con los mismos.

El acusado al ser citado para declarar en la Comisaría, procedió a cerrar la cuenta de Twitter en la que dichos tuits habían sido colgados.



FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Valoración de la prueba: El Tribunal ha llegado a la convicción plena de los hechos probados, examinando las pruebas practicadas en los términos que contempla el artº 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para tener por enervada la presunción de inocencia que establece el artº 24 de la Constitución Española, tomando como base, y en orden al ilícito por el que se acusa lo siguiente:

Declaraciones del acusado.-

En este caso, cabe decir, que el acusado ha reconocido ser titular de la cuenta de Twitter con el perfil Perico @ DIRECCION000 , que era quien lo utilizaba en exclusiva no habiendo otra persona con posibilidad de hacerlo.

Que en dicha cuenta realizó en el periodo comprendido entre el 15 de Mayo y 22 de Junio de 2.014 una serie de twits en los términos indicados por el Ministerio Fiscal, aclarando que se trata en su mayoría de retuits, es decir, mensajes recibidos en su cuenta, provenientes de otras personas, que incorpora a su perfil.

Dichos tuis y retuits tenían el contenido declarado como hechos probados en el apartado anterior de esta sentencia.

El declarante cuando fue citado a Comisaría inmediatamente canceló la cuenta, no siendo su intención enaltecer a nadie ni nada, obedeciendo la baja a expresar con hechos que no quería faltar al respeto a nadie ni enaltecer nada.

Declaración de los testigos.-

En el presente procedimiento ha depuesto de forma contradictoria el miembro de la Guardia Civil num. NUM002 , que fue el agente que intervino en la localización del autor de la cuenta de Twitter antes indicada, lo que realizaron a través de diversas investigaciones, ante la negativa de Twitter de facilitar dato alguno sobre la autoría de dicho perfil.

Es de significarse que en el atestado instruido y ratificado por el testigo miembro de la Guardia Civil se acompañan fotogramas correspondientes a los twits y retuits que nos ocupan, habiéndosele preguntado por los mismos, siendo por tanto incorporados al acerbo probatorio.

Estas manifestaciones coinciden entre sí y en lo sustancial con las manifestaciones en las que el acusado Damaso reconoce haber realizado y publicitado los videos a través de su web. Bajo la forma de creación directa o por el sistema de retwitteo.

b) Documental.-

Respecto de la documental adquiere especial relevancia el contenido de los fotogramas integrados en el atestado instruido por la Guardia Civil, que ha sido integrado en el acerbo probatorio en base a las manifestaciones del acusado y testigo en los términos indicados. Todo ello con el contenido que se aprecia en los mismos.

SEGUNDO.- Calificación de los hechos.-

Que en el presente caso cabe partir del reconocimiento que el acusado realiza de la publicación en su pagina " Perico " DIRECCION000 " de los hechos en los términos que han sido declarados probados. Y en segundo lugar hemos de considerar en base al principio acusatorio que rige este proceso, los términos concretos de la acusación formulada.

La misma refiere como tipo ilícito infringido por el acusado, el delito de enaltecimiento del terrorismo, previsto y penado en el artº 578 del Código Penal en su redacción de la Ley 7/2000, por considerar la acusación pública ser más beneficioso para el enjuiciado.

Tal precepto, consideraba como elementos objetivos del tipo el enaltecimiento por cualquier medio de expresión publica o difusión de los delitos comprendidos en los arts. 571 a 577 del C.P. (terrorismo).

La indeterminación de dichos elementos y su posible colisión con el derecho de libertad de expresión e ideológica que contempla el artº 16 de la constitución Española, han sido examinados bajo el prisma de constituir una limitación de tal derecho fundamental, habiéndose pronunciado la Jurisprudencia, tanto de los Tribunales Supremo y Constitucional, en el ámbito español como por el TEDH en su ámbito supranacional.

Tal consideración de limite de derecho fundamental ha sido examinada por el TEDTT, en el sentido de que podría resultar justificada una limitación de la libertad de expresión cuando pueda inferirse que dichas conductas supongan un riesgo para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito (por ejemplo, STEDH de 2 de octubre de 2008, as. *Leroy v. France*, § 43), bien sea como apoyo moral a la actividad -mediante el enaltecimiento de la propia actividad- (por ejemplo,



SSTEDH de 16 de marzo de 2000, as. *Özgür Gündem c Turquía*, § 65 ; 7 de febrero de 2006, as. *Halis Dogan c Turquía*, § 37 ; 7 de marzo de 2006, as. *Hocaogullari c Turquía*, § 39 ; 10 de octubre de 2006, as. *Halis Dogan c Turquía - núm. 3-*, § 35); o como apoyo moral a la ideología a través de la loa a quienes desarrollan esa actividad -mediante el enaltecimiento de sus autores- (por ejemplo, STEDH de 28 de septiembre de 1999, as. *Öztürk c Turquía*, § 66; 2 de octubre de 2008, as. *Leroy v. France*, § 43). En aplicación de esta doctrina han sido diversas las resoluciones bien de inadmisión (DDTEDH de 13 de noviembre de 2003, as. *Gündüz c Turquía -num. 2-*; de 16 de junio de 2009, as. *Bahceci y otros c Turquía*) bien de desestimación de la lesión del derecho a la libertad de expresión (SSTEDH de 25 de noviembre de 1997, as. *Zana c Turquía*; de 8 de julio de 1999, as. *Sürek c Turquía -núms. 1 y 3-*; 7 de febrero de 2006, as. *Halis Dogan c Turquía*; 7 de marzo de 2006, as. *Hocaogullari c Turquía*; 10 de octubre de 2006, as. *Halis Dogan c Turquía -núm. 3-*; 2 de octubre de 2008, as. *Leroy v. France*) en supuestos en que quedaba acreditado que la condena penal se derivaba de conductas que eran concretas manifestación del discurso del odio por justificar el recurso a la violencia para la consecución de objetivos políticos.

Este planteamiento ha sido recogido en la STC de 20 de Junio de 2016, num. 112/2016, que posteriormente examinaremos mas profundamente, que en sus fundamentos

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

Traemos al debate la referida sentencia específicamente, como consecuencia de la identidad parcial de determinados hechos considerados en ella con los que aquí nos ocupan.

Se trata la sentencia constitucional, de una cuestión planteada por un antiguo miembro de la dirección de una organización que ha sido judicialmente declarada terrorista, que interviene en un acto público organizado en homenaje del terrorista conocido como Canoso , y en base al texto de este que reproduce literalmente uno de los textos objeto del presente proceso.

Dicha sentencia del Tribunal Constitucional recoge el siguiente dato:

En atención a lo expuesto, debe concluirse que las resoluciones judiciales impugnadas, al condenar al recurrente como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo por su participación en ese homenaje, no han vulnerado su derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE]. Su conducta no puede ser considerada como un legítimo ejercicio de este derecho, por ser manifestación del conocido como discurso del odio, al estar presentes todos los requisitos citados necesarios para ello: fue una expresión de odio basado en la intolerancia (el acto se publicitó mediante carteles pegados en las calles en los que se transcribía un texto atribuido a Canoso que dice: "La lucha armada no nos gusta a nadie, la lucha armada es desagradable, es dura, a consecuencia de ellas se va a la cárcel, al exilio, se es torturado; a consecuencia de ella se puede morir, se ve uno obligado a matar, endurece a la persona, le hace daño, pero la lucha armada es imprescindible para avanzar"; con proyección de fotografías de miembros encapuchados de la banda terrorista; el recurrente pidió con ambigüedad calculada "una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático"); manifestado a través de un nacionalismo agresivo; con inequívoca presencia de hostilidad hacia otros individuos. Es cierto que la Recomendación núm. R (97) 20 del Consejo de Europa de la que parte la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es aplicable a la difusión a través de los medios de comunicación. Sin embargo, no puede obviarse en el presente caso dos ideas. Por una parte, los hechos cursaron en un acto público, lo que sin problemas puede entenderse como de eficacia perfectamente equiparable. Por otra, como reflejan las sentencias que antecedieron a ésta, el acto tuvo repercusión pública, apareciendo la noticia del homenaje en los medios de difusión, periódicos y noticiarios de televisión, dato que no podía ignorar el recurrente".

Y continúa:

" En el acto se desarrollaron bailes conmemorativos tradicionales de homenaje con el uso de espadas de forma similar a la presentación de armas de los actos militares y adoptándose posturas genuflexas frente al escenario



ante un abanderado que ondeaba la ikurriña sobre ellos, tras lo cual depositaron claveles rojos ante la fotografía del homenajeado. El discurso del recurrente fue el momento central del acto y en él pidió "una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático" y terminó con los gritos "¡Viva Euskal Herria libre! ¡Viva Euskal Herria vasca! ¡Viva Canoso!", gritos que fueron respondidos por el público. Previamente, al subir al escenario, colocó un clavel rojo sobre el soporte en el que se apoyaba la fotografía del homenajeado.

Los hechos que nos ocupan son diametralmente distintos, a excepción de parte del texto coincidente entre el homenaje citado y el twitt que nos ocupa, lo que hemos de poner de manifiesto a fin de determinar que no se produce en esta sentencia un cambio de criterio por parte de este Tribunal, sino que obedece a situaciones distintas.

Partiendo del delito en base al que se acusa, vemos que el Tribunal Supremo desde la STS de 26.2.07 recoge como contenido del tipo 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 Penal de quienes hayan participado en su ejecución.

"Y como elementos de esta figura delictiva los siguientes:1º. La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica.

Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Aparece emparentado, pero tiene un significado más amplio, con el concepto de apología del párrafo II del artículo 18.1 del Código Penal.

Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal.

2º. El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:

Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577 del Código Penal

Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o a varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

3º. Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser evidentemente un periódico que se distribuye entre sus lectores, cualquiera que sea la extensión de tal distribución"

En idéntico sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en STS de 23 de Septiembre de 2.008 y 5 de Junio de 2.009.

Por su parte la STS de 9 de Mayo de 1.996, recogía en su texto en cuanto al medio empleado en el enaltecimiento:

"..no es necesaria la utilización de medios de comunicación social, basta que el medio elegido tenga capacidad de difusión y alcance publico".

La STS de 28.06.13, delimita el tipo penal en los siguientes términos: " Que el delito que se contiene en el artículo 578 del Código Penal ,redactado conforme a la LO 7/2000, de 22 de Diciembre, supone la inclusión de una actividad, como el enaltecimiento o la justificación, en relación con figuras delictivas, las comprendidas en los artículos 571 a 577 , y de quienes hayan participado en su ejecución; tipos, todos ellos, incluidos dentro del Capítulo dedicado a las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo, comprendiendo tanto la promoción y constitución de organizaciones terroristas como los delitos de estragos, los depósitos de armas, municiones y explosivos, los delitos cometidos con la finalidad de subvertir el orden constitucional, los que se denominan como atentados contra el patrimonio, los actos de colaboración activa, como la recaudación de fondos o financiación, e incluso aquellos cometidos por quienes, sin pertenecer a organización terrorista, realicen actos encaminados a atemorizar a miembros de una población o de un colectivo social, político o profesional.

- Que, por lo que se refiere al bien jurídico protegido por este delito, la propia Exposición de Motivos de la Ley 7/2000, que lo introduce en nuestro ordenamiento, nos ofrece un criterio negativo y otro positivo para su determinación, cuando dice que "... No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se aleguen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional. ...", sino que consiste en algo "... tan sencillo como perseguir la exaltación de métodos terroristas", realizada mediante actos "... que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal" (Vid. STEDH de 15 de Marzo de 2011, caso "Otegui Mondragón vs Espagne").



No supone en modo alguno, por tanto, la criminalización de opiniones discrepantes, ni el fundamento y el bien jurídico protegido en este caso es la defensa de la superioridad de ideas contrarias a aquellas que animan a esta clase de delincuentes, sino que, antes al contrario, la finalidad de la tipificación de tales conductas es combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, abortando toda clase de justificación y apoyo para lo que no son sino cumplidos atentados contra la significación más profunda del propio sistema democrático.

De esta manera, el fundamento de este tipo se ubicaría en la interdicción del discurso del terrorismo que se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrizamiento colectivo como medio para conseguir esas finalidades.

La propia Exposición de Motivos de la Ley apunta en esta dirección cuando se dice que "... las acciones que aquí se penalizan."

"... El presente delito, por consiguiente, requiere no sólo un elemento intencional, incuestionable, sino también, dentro del tipo objetivo, el que las expresiones o manifestaciones que se formulen tengan, desde el punto de vista semántico y literal, un significado de ensalzamiento o justificación del terrorismo o de sus protagonistas" ..

Y recientemente la STS de 2 de Noviembre de 2.016, reiterando la tesis ya establecida en las STS de 20.06.16 y 13.07.16, recoge en su FJ 3º. en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y el tipo que contemplamos, que tal derecho presenta como elementos del mismo como elementos los siguientes: Su carácter institucional; El carácter limitable de tal derecho, en aplicación de la proscripción de la doctrina del odio; la proporcionalidad de la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad.

Pues bien, en aplicación de la doctrina expuesta, cabe considerar que la conducta del acusado, no puede ser incardinada en un supuesto de enaltecimiento, habida cuenta que tanto los twitts propios como los retwitteados, no generan un riesgo para el bien jurídico protegido, ni la respuesta penal aplicable contenida en el tipo indicado es proporcional a la conducta del mismo.

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, cabe decir que no hay constancia de que la misma haya sido realizada para la motivación de otras conductas ajenas en orden a la perpetración de actos de carácter terrorista.

Por ello cabe considerar que no concurren los elementos objetivos ni subjetivos del tipo por lo que no cabe considerar delictiva la conducta del acusado.

CUARTO.- Autoría o participación.-

No existiendo ilícito penal, no es aplicable la determinación de autoría o participación en el procesado.

QUINTO.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.- En el presente caso no procede examen de circunstancia modificativa alguna conforme a lo previsto en los arts. 20, 21 y 22 del Código Penal.

SEXTO.- Individualización de las penas.-

En atención a la inexistencia de delito antes indicada, procede la absolución del acusado.

SEPTIMO.- Costas.-

Las costas se declaran de oficio.

Vistos los artículos y normas citadas y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a: Damaso del delito por el que venía siendo acusado de enaltecimiento del terrorismo.

Y asimismo procede la declaración de oficio de las costas.

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

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