



Roj: **STS 1851/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1851**

Id Cendoj: **28079120012017100349**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/05/2017**

Nº de Recurso: **1961/2016**

Nº de Resolución: **335/2017**

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

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 1961/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Iltrma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 335/2017

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral García

D. Joaquín Giménez García

En Madrid, a 11 de mayo de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1961/2016 interpuesto por Bienvenido Nicanor representado por la procuradora Sra. María Teresa Goñi Toledo, bajo la dirección letrada de D. Tomás Martín Pérez contra sentencia de fecha 21 de septiembre de 2016 dictada por la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional en causa seguida contra el recurrente por un delito de enaltecimiento del terrorismo. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-El Juzgado Central de Instrucción nº 6 inició Diligencias Previas (PA nº 10/2016), contra Bienvenido Nicanor . Una vez concluidas las remitió a la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que con fecha 21 de septiembre de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"1.-Entre los meses de abril de 2012 y noviembre de 2013 el hoy acusado Bienvenido Nicanor , mayor de edad y sin antecedentes penales, publicó a través de su cuenta en la red social Twitter iniciada en el año 2011 con el perfil @ DIRECCION000 , cuya Url de conexión a internet es de forma absolutamente abierta y sin restricción de privacidad, cuenta que alcanza un total de 406 seguidores, los siguientes mensajes o comentarios (tweets) con el propósito de elogiar la actividad delictiva de la organización terrorista ETA y al tiempo vilipendiar a víctimas de actos terroristas:

-En fecha 1 de abril de 2012 difundió un mensaje agradeciendo el asesinato cometido por ETA en 1973 del entonces Presidente del Gobierno Luciano Indalecio , incorporando al tweet una imagen de Luciano Indalecio , con el logotipo de la compañía aérea "Vueling" y los comentarios "Vuela que ni te enteras" y "coche incluido", llegando a afirmar textualmente "Nunca dejaré de agradecer que # ETA asesinara de forma tan perfecta a Luciano Indalecio . No todo es malo en el terrorismo".

-El 3 de abril de 2012 publica un mensaje dirigido a la militante del PP en Vigo, Adolfinia Yolanda , con el siguiente contenido "Eres el ejemplo perfecto de lo que no debería ser una mujer. Lástima que no haya ETA para que sea la nueva Eloisa Julia ".

-El 9 de mayo de 2012 publica "Con despojos humanos como @pacomarhuenda caminando tranquilamente por las calles una verdadera lástima la disolución de ETA".

-El 27 de mayo de 2012 publica "Es una verdadera lástima que ZP disolviera ETA ahora estaría matando maderos, políticos del PP bankers y demás chusma indeseable"

-En fecha 12 de julio de 2012 publica "Me la suda por tiempos la muerte de Jacobo Victor . Es más, me alegro más ahora porque deseo la vuelta de ETA para que haga lo mismo".

-El 20 de agosto de 2012 publica "Cuando estaba ETA el PP no estaba tan crecido igual va siendo hora de que vuelvan y peguen unos tiros".

-El 20 de marzo de 2013 publica "Si no hay respeto por las víctimas de la guerra civil y del franquismo tampoco lo habrá por las del terrorismo. GORA#ETA".

-El 23 de marzo de 2013 publica "Vivan los terroristas que asesinan a políticos del Partido Popular! ¡Larga vida a aquellos que nos libren de esta dictadura! ¡GORA ETA!.

-El 27 de marzo de 2013 publica "lo mejor que nos podía ocurrir es la vuelta a las armas de ETA y posterior eliminación del Popular a base de bombas y tiros en la nuca".

-El 27 de marzo de 2013 publica "le hago una petición a ETA y al señor @ Imanol Urbano : les echo de menos solo ustedes tienen la clave para devolvernos el estado bienestar"

-El 6 de abril de 2013 publica "GORA#ETA muerte al @popular y larga vida al terrorismo, al asesinato y la extorsión de políticos, guardias civiles y policías"

-El 3 de mayo de 2013 publica "El próximo 13 de mayo hubiera sido el cumpleaños de Jacobo Victor pero ooooh ETA le metió dos tiros en la chola #quesejoda#pudrete.

-El 19 de noviembre de 2013 publica "Por favor que vuelvan ETA, GRAPO, GAL o cualquiera que eche del gobierno a bombazos a Ruben Ivan y a toda su puta estirpe".

Al momento de ser detenido Bienvenido Nicanor , a las 13,45 horas del día 28 de abril de 2014 en la C/ Olot de Canet de Mar (Barcelona), se le ocupó un teléfono móvil de la marca Apple modelo Iphone 5 con número de IMEI NUM000 con tarjeta SIM de Vodafone nº NUM001 ; teléfono en el que el acusado tenía instalada su cuenta de Twitter.

2.- Bienvenido Nicanor , quien desde el año 1998 ha seguido diversos tratamientos psiquiátricos acordes a los variados diagnósticos de su sintomatología, padece un síndrome delirante sensitivo de referencia con un trastorno paranoide de la personalidad que no alteraba, al tiempo de la publicación de los anteriormente referidos tweets, el contenido de su pensamiento".

SEGUNDO.-La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

" FALLO: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Bienvenido Nicanor , como autor penalmente responsable de un delito de enaltecimiento de terrorismo y humillación de sus víctimas ya definido y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas de un año de prisión y siete años de inhabilitación absoluta así como al pago de las costas procesales causadas.

Se acuerda el decomiso, dándose su destino legal, del teléfono móvil Apple, modelo iphone 5 con IMEI nº NUM000 y tarjeta SIM de Vodafone con nº NUM001 .

Para el cumplimiento de la pena le será abonable el tiempo que hubiera estado privado de libertad por esta causa. Reclámese del instructor, debidamente concluida, la pieza de responsabilidad civil.

Notifíquese a las partes la presente resolución, haciéndoles saber que la misma no es firme y contra ella cabe recurso de casación interpuesto en el plazo de cinco días, a contar a partir de la última notificación".

TERCERO.-Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por el acusado, que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Bienvenido Nicanor .

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo artículo 5.4 LOPJ , por considerar infringido el artículo 24.2 CE , por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Motivo segundo.- Por infracción de Ley del artículo 849.1 LECrim , en concordancia con el artículo 5.4 LOPJ por infracción del principio constitucional de igualdad ante la ley y tutela judicial efectiva recogidos en los artículos 14 y 24 CE . Motivo tercero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo previsto en el artículo 851.1.2 y 3 LECrim .

CUARTO.-El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto impugnando todos sus motivos; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.-Realizado el señalamiento para Vista se celebró la misma el día 4 de abril de 2017; con asistencia del letrado recurrente D. Tomás Martín Pérez quien en nombre de D. Bienvenido Nicanor mantuvo su recurso informando en su apoyo. El Ministerio Fiscal lo impugnó.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-El recurso se caracteriza por lo que, permítase la licencia, podíamos bautizar como promiscuidad procesal: en los tres motivos que formalmente lo integran se agolpan quejas muy diversas -en número superior a tres, desde luego-, a veces solapadas (algunos argumentos se reiteran en varios motivos); otras, sencillamente yuxtapuestas -un único motivo sirve para dar cauce a alegaciones de signo muy diferente-. Desde el punto de vista técnico tanto la catalogación y enunciado como la configuración formal de los motivos presentan deficiencias que, no obstante, trataremos de orillar, subsanar o reconducir.

a) El motivo primero invoca la presunción de inocencia, pero no sin antes aludir (probablemente es una errata fruto de duendes digitales) a los arts. 301 y 368 CP . Bajo ese enunciado se recogen no solo llamadas a la presunción de inocencia, sino también una apelación a la posibilidad de una eximente de alteración mental -completa o, en su defecto, incompleta-; o a la libertad ideológica y de expresión: tenemos ya tres quejas diferenciables.

b) El motivo segundo también se canaliza a través del art. 5.4 LOPJ (más exacta sería la mención del art. 852 LECrim : proyección específica en el proceso penal de la regla general del precepto orgánico), con referencias, ahora, a la tutela judicial efectiva y al principio de igualdad. Bajo esa pomposa rúbrica se denuncia incongruencia omisiva (enlazada con el deber de motivación que conecta con el derecho a la tutela judicial efectiva), así como infracción del in dubio. Tras algunas consideraciones generales, las diversas líneas de razonamiento parecen desembocar nuevamente en la no aplicada eximente derivada del padecimiento psíquico del recurrente, lo que ya se había abordado en el motivo anterior. Los argumentos vinculados al principio in dubio deberán unificarse con los referidos a la presunción de inocencia. Por último, en un inesperado giro, se reclama la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas.

c) El motivo tercero por quebrantamiento de forma (art. 851 . y 3 LECrim) en un confuso razonamiento da vueltas otra vez a la eximente, desnaturalizando los perfiles de los motivos casacionales invocados: falta de claridad, contradicción o incongruencia omisiva (art. 851.1 y 3).

Ningún motivo va precedido del preceptivo breve extracto que reclama el art. 874 LECrim . En varios de ellos se entremezclan argumentos y quejas de signo diverso con menoscabo del tradicional principio de separación de motivos y en general de la ortodoxia procesal.

El art. 884.4 LECrim podría fundar una respuesta de inadmisión ligada a algunos de esos defectos. Las exigencias formales del recurso de casación (consignación de un breve extracto que compendie la petición; congruencia entre la preparación y la formalización; debida separación de motivos...) no son requisitos caprichosos. Obedecen a razones fundadas como facilitar la efectividad del principio de contradicción o la congruencia de la sentencia con cada una de las peticiones que han de presentarse separadas para ser individualizables. La siempre deseable flexibilidad en esos aspectos más externos no puede llegar al punto de desvirtuar los rasgos maestros que nuestra legislación atribuye al recurso de casación (por todas, STS 377/2016, de 3 de mayo) entronizando una anarquía formal que no solo es perturbadora para la correcta resolución del recurso, sino que además erosiona principios materiales (necesidad de congruencia; audiatur et altera pars; contradicción; delimitación nítida del objeto procesal).

Las previsiones procedimentales de alcance predominantemente formal o periférico no pueden degenerar en meros obstáculos o trabas a sortear carentes de sentido: lo impide el principio pro actione (artículo 11.3 LOPJ). Pero en un recurso extraordinario como es la casación pueden tener más espacio siempre que se identifique su conexión con fines materiales.

Esta Sala ha tendido a aminorar el rigor formal de la casación alentada por los principios y jurisprudencia constitucionales (vid. SSTC 123/1986, de 22 de octubre o 122/1996, de 22 de noviembre). No sobra de cualquier manera recordar cómo la jurisprudencia del TEDH ha respaldado la conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de un mayor rigorismo formal en casación (Decisión de 20 de abril de 1999 recaída en el asunto MOHR v. Luxemburgo; Decisión de igual fecha recaída en el asunto DE VIRGILIS v. Italia o STEDH de 13 de octubre de 2016, asunto TALMANE).

Pese a ello, el hecho de que estemos ante un recurso del condenado penalmente invita a dispensar mayor indulgencia ante esas deficiencias formales (SSTS 1068/2012 de 13 de noviembre o 136/2017, de 2 de marzo). El Tribunal ha de suplir, en cuanto sea posible sin merma de los derechos de las restantes partes, los déficits de forma (SSTEDH de 14 de enero de 2003, asunto LAGERBLOM , o de 11 de octubre de 2016, asunto ZUBAC ; y STS 705/2012, de 27 de septiembre).

A esa flexibilización alienta igualmente otra consideración. Hasta diciembre de 2015 era la casación el único recurso a disposición de un condenado por una Audiencia Provincial con lo que ello significa de modulación reductora del denominado derecho a la doble instancia (que toda condena sea revisable por un tribunal superior). El legislador ha subsanado recientemente esa deficiencia estructural de nuestro sistema de recursos en materia penal con una legislación que no resulta aplicable a este asunto por razón de la fecha de incoación de la causa. La casación ha venido desempeñando hasta esa reforma en alguna medida un papel subrogado de la apelación en los delitos graves ante la laguna legislativa ya colmada. Esta realidad también debe ser ponderada dulcificando el rigor a la hora de rechazar de plano recursos por razones externas.

Desde esta perspectiva la ausencia del imperativo breve extracto, la mezcla de alegaciones, o la errónea etiquetación de algunos motivos son defectos que podemos considerar insuficientes para determinar la drástica respuesta de la inadmisión. No sobra, de cualquier forma, recordar la, más que conveniencia, necesidad de atenerse a la disciplina legal. No son meras recomendaciones o bienintencionados consejos, sino prescripciones legales.

Pero el recurso en definitiva puede, no sin algún esfuerzo, ser diseccionado y reformateado para identificar cada pretensión y los argumentos que la apoyan. Sería desproporcionada la inadmisión.

SEGUNDO.-El motivo tercero debiera ser el primero según el orden legal (arts. 901 bis y 901 bis b) LECrim). Agolpa quejas por dos de los tres defectos enunciados en el art. 851.1º falta de claridad y contradicción; además de una supuesta incongruencia omisiva. Nada de lo que se alega tiene propiamente que ver con el recto entendimiento de esos vicios casacionales que son todos, en la filosofía de la ley, defectos inmanentes al hecho probado en su significación gramatical: puede decidirse sobre su concurrencia con la sola lectura del factum sin necesidad de acudir ni a la fundamentación jurídica ni, mucho menos, a las actuaciones que preceden a la sentencia. La falta de claridad aparece cuando la narración no es inteligible; no cuando la prueba no ha sido clara. La contradicción, por su parte supone la incompatibilidad lógica de dos afirmaciones del factum, ni se señala dónde reside esa contradicción, ni se detecta ninguna por esta Sala.

Por fin, no expresar convincentemente las razones para desestimar una pretensión (en este caso la apreciación de una eximente), no es la incongruencia omisiva de la que habla el art. 851.3 LECrim . Solo cuando no hay pronunciamiento alguno sobre una concreta petición, ni de acogimiento ni de rechazo aparece ese defecto que determinará la nulidad de la sentencia. Aquí la exención ha sido desestimada expresamente: no se produce incongruencia o misiva. Las supuestas deficiencias motivadoras han de ser analizadas en sede de tutela judicial efectiva (motivo segundo).

El tercer motivo es desestimable.

TERCERO.-En el primer motivo de casación descubrimos tres quejas diferentes: presunción de inocencia, inaplicación de la eximente (lo que argumentalmente también se une al debate sobre presunción de inocencia), y libertades constitucionales que ampararían eventualmente la conducta.

Empezaremos con el primero de los submotivos: presunción de inocencia. La STC 33/2015, de 2 de marzo , uno de los últimos pronunciamientos constitucionales sobre presunción de inocencia, evocando las ya lejanas SSTC 137/1988, de 7 de julio, FJ 1 , o 51/1995, de 23 de febrero , FJ 2, reitera que tal principio, además de criterio informador del ordenamiento procesal penal, es ante todo un derecho fundamental en virtud del cual el acusado de una infracción no puede ser considerado culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, que sólo será procedente cuando haya mediado una actividad probatoria lícita que, practicada

con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por los Tribunales penales, pueda entenderse concluyentemente de cargo.

No se capta del todo si la invocación de la presunción de inocencia solo se refiere a la eximente alegada (lo que es un poco absurdo: significaría valga como fórmula dialéctica esta exageración hasta la caricatura- que la Constitución proclama que todos los ciudadanos somos inimputables, psíquicamente enfermos, - ¡enajenados!-mientras no se demuestre lo contrario en un juicio contradictorio; o si, se está pensando también en los propios hechos que se declaran probados y la participación en ellos del acusado.

Siguiendo el entendimiento del Fiscal analizaremos también este segundo enfoque. Al respecto es difícil decir algo diferente a lo que señalan los dos primeros fundamentos de derecho de la sentencia, que contienen la motivación fáctica, o el muy elaborado informe del Ministerio Público en el recurso de casación. Nos limitamos a recoger las contundentes palabras de éste: "El Tribunal tiene en cuenta como pruebas de cargo que desvirtúan la presunción de inocencia del recurrente: a) la declaración del acusado, que reconoce no solo en el Juzgado, sino también en el acto del juicio oral, ser el autor de los comentarios (tweets) difundidos a través de la cuenta de la red social Twitter que tiene abierta; b) el testimonio en el juicio de la Guardia Civil con carnet nº NUM002 ; instructor del atestado de la Unidad Central Especial nº 1, (folios 43 y ss) que explicó como identificó el acusado, y que fue él el que elaboró el informe del análisis del teléfono ocupado al acusado al ser detenido; e) el Informe de análisis del teléfono del acusado (folios 111 y ss), que contiene el volcado de las conexiones a internet del mismo, que se realizó a presencia judicial el día 29 de abril de 2014, y que acreditan los comentarios o tweets que se hacen constar en el relato de hechos"

Frente al panorama probatorio sintetizado por el Fiscal -¡el acusado reconoció los hechos!- claudica la presunción de inocencia.

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

La anorexia argumentativa de este alegato permite contestarlo con una global remisión a la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional. Recuerdan abundantes precedentes (la Fiscal citó en la vista la STS 4/2017, de 18 de enero) que, como en todos los delitos de expresión, en la cuestión de la aplicabilidad o no del art. 578 CP subyace siempre un conflicto entre el interés protegido por tal norma penal y las libertades de expresión y, en su caso, ideológica: es un problema de equilibrios y ponderación que no admite respuestas simplistas (STS 846/2015, de 30 de diciembre). La simple ligazón con la libertad ideológica o de expresión no legitima la conducta por se situándola por definición al margen del Código Penal: esto es obvio. Como tampoco el encaje formal en el tipo penal haciendo abstracción de cualquier otra consideración acarrea automáticamente una condena de esa naturaleza. Habrá que evaluar si se han producido excesos en el ejercicio de tales derechos fundamentales, de primer rango en un estado democrático de derecho. De ajustarse la conducta al marco constitucional de esos derechos operaría una causa de exclusión de la antijuridicidad canalizable a través del art. 20.7 CP (ejercicio legítimo de un derecho). Pero el ejercicio de esos derechos cuenta con algunas barreras. O por decirlo con fórmula más afortunada, está condicionado por otros derechos y exigencias constitucionales. Entre ellos desempeñan un papel no desdeñable el respeto al otro (humillación víctimas) y la prohibición de conductas de alabanza de actividades terroristas que alimente un clima favorable a su reproducción o se constituya en germen, remoto pero real, de nuevas acciones de esa naturaleza, acciones que cuartejan los pilares del Estado de derecho.

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

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

Establecía el art. 578 CP vigente en el momento de los hechos (todos anteriores a 2015) "El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos

571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código".

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

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

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

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

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

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

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

Examina esta temática con extensión la STC 112/2016, de 20 de junio . Tras una documentada panorámica salpicada de referencias a instrumentos y jurisprudencias internacionales, sobre la significación de la libertad de expresión y los parámetros que pueden legitimar su limitación con una herramienta tan invasiva y disuasoria como es la norma penal, concluirá afirmando:

"... 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) CEI. 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 Cerilla 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.

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

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

Las resoluciones judiciales impugnadas, en su labor de interpretación y aplicación del art. 578 CP , han ponderado adecuadamente todas las circunstancias concurrentes en la conducta del demandante de amparo. Concluyen correctamente no solo la aplicación del tipo penal-sobre lo que nada tiene ahora que decir este Tribunal al no ser una cuestión controvertida en este recurso de amparo bajo la invocación del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25. 1 CE)-; sino, especialmente, que era una conducta que no quedaba amparada dentro del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión [art. 20.1 a) CEI, que es el concretamente invocado en este amparo, al tratarse de una manifestación del discurso del odio que incitaba públicamente el uso de la violencia en la consecución de determinados objetivos políticos. Al respecto, no es ociosa la cita de STEDH de 8 julio 1999, caso Sürek contra Turquía , §§ 61-62, en la que se subraya que "allí donde las declaraciones litigiosas inciten al uso de la violencia con respecto a un individuo, un representante del Estado o una parte de la población, las autoridades nacionales gozan de un margen de apreciación más amplio en su examen de la necesidad de una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión". Aceptado,



como aquí hemos hecho, la presencia de dicha incitación a la violencia en los hechos objeto de enjuiciamiento, se comprimen aún más los márgenes para apreciar el ejercicio legítimo del derecho invocado.

En conclusión, debe denegarse el amparo solicitado por el demandante, toda vez que la sanción penal de su conducta, por ser una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia, a través del enaltecimiento del autor de actividades terroristas, la cual no puede quedar amparada dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE]».

Un mero repaso de los enunciados de los mensajes difundidos por el acusado evidencian que estamos ante un caso que desborda los anchos linderos de las libertades ideológica y de expresión y que la respuesta penal es legítima. Los textos, cortos en palabras pero ricos en visceralidad, crueldad y sentimientos de odio, hablan por sí solos. Se combinan las referencias despectivas a algunas víctimas ninguneándolas o felicitándose por su muerte o usándolas como punto de comparación de lo que debía pasar a otros (Eloisa Julia), con apelaciones a la reanudación de atentados terroristas señalando a personajes concretos.

Los hechos encajan en el art. 578 CP sin que puedan reclamar el abrigo de las citadas libertades constitucionales.

QUINTO.-Queda por examinar todo lo relativo a la exención (completa o, subsidiariamente, incompleta) basada en el art. 20.1 CP que fue reclamada y rechazada.

Por varias vías afronta esa cuestión el recurso:

- a) En relación con la presunción de inocencia (motivo primero e implícitamente alguno de los apartados del motivo tercero).
- b) Enfocando su discurso desde el principio in dubio: las dudas sobre la imputabilidad del acusado habrían debido resolverse en favor de la exclusión de la responsabilidad penal.
- c) Denunciando como incongruencia omisiva la deficiencia motivadora de la Audiencia Nacional al rechazar la exención.
- d) Por fin, aludiendo también al fondo del tema: concurre la base fáctica de la eximente del art. 20.1 CP . Alude al voto discrepante que acompañaba a un Auto de mayo de 2016 (la referencia cronológica es errónea, es de abril de 2016). El referido voto particular no aporta nada. Se limita a lamentar que se haya resuelto el recurso de apelación contra la decisión del Instructor de prosecución del procedimiento abreviado sin contar con documentación y sin concreción sobre padecimientos psiquiátricos alegados. Nada podía valorar y nada valora.

Veamos separadamente cada una de esas formas de abordaje:

- a) En cuanto a la presunción de inocencia ya se ha comentado antes una cuestión que ahora reiteramos: la presunción de inocencia no alcanza a las causas excluyentes de la imputabilidad (SSTC 209/1999, de 29 de noviembre , 133/1994, de 9 de mayo ; 36/1996, de 11 de marzo u 87/2001, de 2 de abril). No es posible. No hay una presunción constitucional de que todo ciudadano presenta déficits psíquicos que le convierten en inimputable penal en tanto y en cuanto no se haya practicado una prueba lícita realizada con todas las garantías en un proceso penal acreditativa de su normalidad mental. No merece mayores comentarios esta cuestión que quizás en relación a otras eximentes (en concreto, las causas de justificación, especialmente aunque no exclusivamente, desde las posiciones dogmáticas, que las conciben como elementos negativos del tipo) sí merecería un más rico argumentario.
- b) Desde el principio -in dubio-, la cuestión puede ser más discutible en abstracto. Partimos de la diferenciación entre presunción de inocencia e in dubio, diferenciación controvertida pero consagrada por el TC en doctrina acogida con alguna modulación por esta Sala. ¿Rige tal principio -in dubio-en materia de eximentes o de atenuantes? La doctrina clásica, machaconamente reiterada en numerosos pronunciamientos de esta Sala(las eximentes y atenuantes han de estar tan probadas como el hecho mismo: por todas y entre muchas SSTS 415/2016, de 18 de abril ó 489/2004, de 19 de abril)-merece probablemente una revisión ya anunciada en algún aislado precedente (vid. SSTS 639/2016, de 19 de julio ó 802/2016, de 26 de octubre). Pero aquí la cuestión es baladí. No es que la Sala haya dudado de la imputabilidad del acusado y en la duda haya optado por considerarlo imputable; es que en virtud del único informe médico forense largamente desarrollado y analizado llega a la conclusión de que está probada la falta de influjo de su padecimiento psíquico en los hechos y por tanto la irrelevancia de esas patologías. Aunque la Sala comienza su razonamiento buscando cobijo en esa tradicional doctrina (controvertible), su razonamiento posterior evidencia que ha considerado acreditado que los padecimientos psíquicos no tuvieron influjo en la conducta enjuiciada. No podemos en casación revisar esa conclusión razonada, fundada y razonable de la Sala con firme apoyatura en un informe forense. La clásica consideración de que el Juez es peritus peritorum no puede significar que el juez imponga sus eventuales



conocimientos psiquiátricos privados, no sometidos a debate ni contradicción, por encima de los aflorados en el juicio oral en boca de profesionales. El juez será el encargado de definir la trascendencia jurídica del padecimiento. El diagnóstico y alcance de éste ha de ser valorado por especialistas.

c) Desde la perspectiva de la motivación tampoco puede reprocharse nada a la sentencia. Basta con leer el razonamiento a través del cual rechaza esa exención: "Un detenido examen del informe pericial que en base a una prolija y abundante documentación médica y a la exploración de Bienvenido Nicanor elaboró la Sra. Doña Salvadora Delfina, médico-forense del Juzgado de Instrucción nº 2 de Arenys de diferentes pero en los que coincide una ideación sobrevalorada sin llegar a la ideación, ni presentar rasgos psicóticos, siempre relacionado con el entorno laboral; trastorno de la personalidad y síndrome de delirio sensitivo de referencia que, según afirma la forense, no altera el contenido del pensamiento de manera que conoce la realidad y puede comportarse acorde con dicho conocimiento máxime cuando su conducta ilícita se extiende en el tiempo y carece de relación en su delirio sensitivo que meramente se manifiesta en el entorno del trabajo, ajeno por completo con el terrorismo al que ensalza o de en sus tweets. Como recoge la STS de 27 de mayo de 2004, los trastornos de la personalidad no calificados como graves o asociados a otras patológicas (sic) relevantes no dan lugar a una exención completa o incompleta de la responsabilidad, sino en todo caso a un atenuante simple y solo en aquellos supuestos en la que se haya podido establecer la relación entre el trastorno y el hecho cometido. Aquí, según la prueba, no existe patología que altere o modifique su capacidad de comprensión o la capacidad de actuar conforme a ello y, además, aquellos rasgos de la personalidad, adjetivados de muy variada forma por los distintos psiquiatras que le han tratado, carecen de relación con los actos que Bienvenido Nicanor lleva a cabo y que constituyen el delito expresado».

Es afirmación gratuita (esta sí: incongruente con la realidad procesal) afirmar que no se ha razonado esa decisión. Con remisión al informe jurídico-forense y con literatura, mejor o peor, pero suficiente se da cuenta del porqué del rechazo de la exención.

d) Por fin, asumimos en cuanto al fondo las razones expuestas por la Sala de instancia sobre el tratamiento jurisprudencial de esos trastornos. La invocación de los informes médicos (que debiera haberse hecho a través del art. 849.2º LECrim) no nos lleva a otra conclusión. La pretensión del recurrente tal y como viene formulada y articulada en casación es difícil de aceptar. La única base con que se cuenta es el informe forense, bien elaborado y detallado, unido a las actuaciones, y luego explicado y aclarado hasta en sus más mínimos pormenores en la exposición clara, fresca y didáctica de la forense en el juicio oral. La abundante documentación médica unida a las actuaciones cuya inteligibilidad plena exige unos conocimientos médicos de tipo pericial que son los proporcionados por la forense, lejos de desvirtuar las conclusiones del informe forense constituyen en parte su basamento.

La defensa no formula un motivo al amparo del art. 849.2º LECrim que permita variar el hecho probado. Es más: en sus conclusiones provisionales impugna el informe médico forense, siendo sin embargo ella quien propone la comparecencia de la perito al acto del juicio oral (en feliz iniciativa: ciertamente era importante oírla en el juicio). El hecho probado en su apartado segundo declara que el acusado ha seguido tratamientos psiquiátricos derivados de diversos padecimientos psíquicos y entre ellos un síndrome delirante sensitivo de referencia con un trastorno paranoide de la personalidad y acaba proclamando que esos padecimientos no alteraban al tiempo de la publicación de los anteriormente referidos tweets, el contenido de su pensamiento.

Tales aseveraciones se apoyan en el tan citado dictamen forense tal y como explica la sentencia en su fundamento de derecho tercero donde, no obstante, se detecta un desliz al hablarse, en contradicción con el hecho probado, de trastorno paranoico en lugar de trastorno paranoide, lo que según explicó la perito con extrema claridad en su informe verbal, al que se ha acudido (art. 899 LECrim) para comprobar si su examen directo podía servir para dotar de base a la pretensión del recurrente, constituyen padecimientos totalmente diferentes. El trabajado informe pericial luego glosado, aclarado, explicado y desmenuzado en el plenario por la perito es concluyente. La terminología psiquiátrica tiene un poder evocador en quienes carecemos de conocimientos médicos que a veces puede despistar. El síndrome delirante sensitivo de referencia no es equivalente, según insistió la perito, a que surjan ideas delirantes de desconexión total de la realidad. Refleja más bien -y nos limitamos en esto a hacernos eco de lo manifestado por la perito- una hipersensibilidad que lleva a interpretar hiperbólicamente o mostrar una extremada susceptibilidad o hipersuspicacia hacia lo que es esa referencia que en el caso del acusado se concretaba en sentimientos de ser perseguido o menospreciado lo que provocó algún incidente en el ámbito laboral. Pero no guardaba ligazón alguna al mundo político lo que, según aseguró la perito, desvincula las acciones imputadas de ese síndrome. Por otra parte aclaró que el trastorno paranoide de la personalidad no es la paranoia. Por tanto su valoración médico legal es muy diferente (lo que es aseveración que encontramos también en la jurisprudencia: entre muchas, SSTS 686/2010 de 14 de julio, 90/2009 de 3 de febrero ó 24/2016, de 28 de enero). La ausencia de ingresos psiquiátricos y el examen de los sucesivos informes médicos descartan -puntualizó- crisis en las que pudiera llegarse a perder la conciencia.

La pericial es tan concluyente -no arroja ninguna duda- que no podemos apartarnos de ella con la única base de las genéricas alegaciones de la defensa tan voluntariosas como huérfanas de apoyo (fuera del voto particular aludido, que, como se vio, tampoco ofrece la más mínima agarradera para un razonamiento que conduzca a la exención). No se pueden cuestionar las conclusiones de ese único informe pericial a base de intuiciones de profanos o percepciones voluntaristas.

El informe pericial es rotundo: no hay afectación de las capacidades cognitivas o volitivas en relación a los hechos objeto de enjuiciamiento. Desde nuestro limitado conocimiento de la ciencia médica sería imprudente discrepar del único dictamen pericial. El Juez es peritus peritorum, pero no omnisciente. El espacio de tiempo en que se desarrollan los hechos -entre abril de 2012 y noviembre de 2013 más de un año- en fechas dispersas (1 y 3 de abril, 9 y 27 de mayo, 12 de julio, 20 de agosto, 20, 23 y 27 de marzo ya del año siguiente-, 6 de abril, 3 de mayo o 19 de noviembre)-tampoco favorecen la tesis de la defensa sobre eventuales o esporádicas crisis -que la perito rechazó- que durante espacios de tiempo transitorios provocaban esos delirios -que como tales y como se interpretan por los profanos también la perito negó-. Los mensajes, cargados de odio, quedaban además ahí. No eran borrados una vez pasadas las crisis con las que especuló en su informe oral la defensa.

No hay pues la más mínima base para tener dudas de que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, el recurrente no estuviese en condiciones de comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (art. 20.1 CP). No es que eso no esté acreditado y por tanto hayamos de rechazarlo. Es que la Sala ha declarado probado lo contrario y lo ha hecho no caprichosa o voluntariosamente sino con el respaldo del único informe pericial psiquiátrico practicado al que guarda total fidelidad su valoración.

El Tribunal no queda vinculado por las conclusiones de un informe pericial que no debe asumir acríticamente y de forma meramente mimética. Pero tampoco puede polemizar con él sin fundamento. Podría traducir su alcance jurídico-penal. Pero no apartarse de él: es más cuando el informe pericial es único -como aquí- esta Sala llega a equiparlo con un documento a los efectos del art. 849.2 LECrim .

La absolució propugnada por el recurrente, además, no sería algo desnudo sino que debería venir acompañada de la correspondiente medida de seguridad a precisar posteriormente pues no contamos con referencias médicas al respecto (el único perito informante niega la relación de su anomalía con los hechos). La medida podría moverse entre el internamiento por el tiempo máximo previsto en la Ley, es decir dos años, o la libertad vigilada lo que podría suponer una infundada mayor carga aflictiva si la comparamos con la lógica previsión de un más que aconsejable acceso a los beneficios del art. 80 CP ; que no hay razones para regatear al recurrente).

SEXTO.-Las consideraciones hechas hasta aquí no obstan a que constatemos que concurren claros y variados trastornos psíquicos que han afectado seriamente a la biografía del recurrente, con repercusiones negativas en su ámbito laboral, necesidad de bajas, sentimientos de hostilidad hacia su entorno laboral. Pueden ser desencadenantes de un enrarecimiento del carácter. Ha necesitado tratamiento intermitente. Esa realidad, reflejada en el hecho probado parcialmente, pero que podemos enriquecer en este punto con sus declaraciones y la información médica obrante en la causa (examinada solo en beneficio del recurrente) proporcionan base para una atenuante analógica del art. 21.7 CP . En esas circunstancias podemos descubrir una disminución de la culpabilidad. Ésta además, viene a ser asumida por el recurrente reconociendo las burradas que suponen esos mensajes realizados y difundidos por él, y mantenido durante años en la red pública sin importarle que fuesen captados por quienes -muchos o pocos: en este caso más bien pocos- pudiesen acceder a su cuenta.

Vamos a apreciar esa atenuante con la eficacia que permite el art. 66.1. 2º CP . Habiéndose impuesto la pena en su duración mínima por la Sala de instancia en virtud de las razones que vierte en el respectivo fundamento de derecho, si no le otorgamos esa relevancia carecería de todo efecto (a salvo la posibilidad que brinda de propiciar, en su caso, el sistema vicarial según ha declarado esta Sala en ocasiones: (SSTS 628/2000, de 11 de abril ó 1332/2002, de 15 de julio). La pena se rebajará por tanto moderadamente moviéndonos obviamente en márgenes que permiten el beneficio de suspensión de condena que, además, podría combinarse con específicas reglas de conducta (art. 83 CP) entre las que no cabe descartar alguna prohibición en relación al manejo de redes sociales.

SÉPTIMO.-Por fin, tampoco podemos considerar que el tiempo transcurrido entre los hechos y su enjuiciamiento haya resultado extraordinariamente prolongado. En trance de rechazar la atenuante reclamada de dilaciones indebidas de nuevo bastará hacernos eco del inobjetable razonamiento de la Audiencia:

"Por otro lado, tampoco puede hablarse aquí de dilación indebida (art. 21.6 del C. Penal). Si bien han transcurrido dos años y medio desde la detención el 28 de abril de 2014 hasta el enjuiciamiento, la causa no ha sufrido periodos de inactividad que hubiera prolongado su duración más allá de lo razonable teniendo en cuenta que ha sido necesario recabar todo el historial clínico psiquiátrico del acusado y ponerlo a disposición



del forense correspondiente al juzgado de su actual domicilio, siendo un dictamen médico complejo y extraordinariamente elaborado. Así, entregado el atestado policial al juzgado el 5 de mayo de 2014, se interesa de la Unidad Central Especial nº 1 de la Guardia Civil la elaboración de un informe sobre el dispositivo móvil ocupado al detenido, informe que se recibe el 8 de febrero de 2015 completando un estudio analítico y un estudio técnico. Recibida declaración a Bienvenido Nicanor el 15 de abril de 2015 y a la vista de la documentación médica aportada por su defensa, se acuerda en 7 de mayo de 2015 un examen por el Instituto de Medicina Legal Central y en 24 de julio se obtiene completo el historial médico-psiquiátrico que se remite al Juzgado de Arenys de Mar para la elaboración del informe médico-forense que data de febrero de 2016. Por auto de 3 de marzo del mismo año el juzgado resuelve la continuación de las actuaciones por el trámite de procedimiento abreviado (auto que es recurrido por la defensa siendo confirmado en reforma el 23 de marzo y en apelación el 19 de abril), acordándose la apertura de juicio oral por auto de 20 de mayo de 2016 a la vista del escrito de acusación del Ministerio Fiscal. Presentado escrito de defensa, el procedimiento es elevado en julio de 2016 y esta Sección por auto de 6 de julio resuelve en relación a las pruebas propuestas y señala día para la celebración de la vista oral: No existen dilaciones".

OCTAVO.-La estimación parcial del recurso lleva a declarar de oficio las costas procesales (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.-ESTIMAR parcialmente el recurso de casación interpuesto por Bienvenido Nicanor contra sentencia de fecha 21 de septiembre de 2016 dictada por la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional en causa seguida contra el recurrente por un delito de enaltecimiento del terrorismo; y en su virtud casamos y anulamos dicha sentencia dictada por la Audiencia Nacional.

2.-Declarar de oficio las costas ocasionadas en su recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Antonio del Moral García Joaquín Giménez García

RECURSO CASACION núm. 1961/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral García

D. Joaquín Giménez García

En Madrid, a 11 de mayo de 2017.

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado Central de Instrucción nº 6 fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Tercera) y que fue seguida por delitos de enaltecimiento del terrorismo contra Bienvenido Nicanor se ha dictado sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Procede apreciar la atenuante analógica del art. 20.7 CP en relación con los arts. 20.1 y 21.1 CP por las razones consignadas en la anterior sentencia. En lo demás se asumen y dan por reproducidos los fundamentos de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.-La duración de la pena privativa de libertad se fija en nueve meses de prisión. La reiteración de mensajes y la combinación de las dos modalidades delictivas del art. 578 CP aconsejan una elevación sobre el mínimo cuyo dintel se ha bajado ya al cualificar la atenuante como fórmula dosimétrica necesaria para no confinarla a la irrelevancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Modificar la duración de la pena de prisión impuesta (un año) reduciéndola a NUEVE meses de prisión.

En lo demás, (-decomiso, pena de inhabilitación absoluta, costas) se mantienen los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Antonio del Moral García Joaquín Giménez García

VOTO PARTICULAR

QUE EMITE EL EXCMO. SR. D. Luciano Varela Castro A LA SENTENCIA DICTADA RECURSO DE CASACIÓN N ° 1961/2016.

Emito este voto particular porque disiento de la voluntad condenatoria de la mayoría al hacerlo también de su entendimiento de las razones con que justifican aquélla. Y ello por las siguientes razones:

1.-La carga de la prueba.

Una construcción del sistema probatorio penal, tan frecuente como dudosamente constitucional, traslada a aquél principios del proceso civil. En éste, sin atender a la posición procesal de la parte (demandante o demandado) sino a la trascendencia constitutiva, impeditiva o extintiva del hecho que se ha de probar, el juez resuelve la duda, tras la valoración de la actividad probatoria, en perjuicio del demandante si aquella duda afecta a un hecho constitutivo de la demanda, y en perjuicio del demandado si afecta a los impeditivos o extintivos.

El proceso penal constitucional, regido por el principio de necesidad y legalidad, no reconoce a las partes el dominio sobre el objeto del mismo que se les atribuye en el civil. Por lo que no admite esa distribución de consecuencias de la falta de certeza objetiva una vez valorada la actividad probatoria, tributaria del esfuerzo probatorio de cada parte.

La garantía constitucional de presunción de inocencia no soporta una discriminación entre los hechos según favorezcan a una u otra parte. Cualquiera que sea el hecho sobre el que no se alcanza la certeza objetiva, si de él depende la condena (culpabilidad) o la absolución (no culpabilidad) del acusado, ha de constar con idéntica certeza objetiva es decir más allá de toda duda razonable. Y por ello, la inexistencia de cualquier hecho de los que dan lugar a la aplicación de una causa de exención, en la medida que es causa de debida absolución, ha de acreditarse con el mismo baremo con que se exige la prueba de la existencia del que da lugar a la estimación de culpabilidad.

Obviamente no porque la existencia de aquel hecho que exime de responsabilidad sea presumido por ley, proclamando que en principio todos somos psíquicamente enfermos. Como tampoco presume la ley la existencia del hecho alegado en descargo por la defensa. Y, sin embargo, ha de valorarse la prueba sobre el mismo de suerte que excluya toda duda razonable sobre el hecho que funda la imputación.

Por eso discrepo de la tesis de la mayoría del Tribunal en esta sentencia. En efecto, la referencia a una hipotética presunción de inocencia constituye pura caricatura, y por ello argumento de escasa seriedad. Pero si la existencia de la causa de exención ha sido objeto (o debiera haberlo sido) de debate, por su trascendencia para decidir sobre la culpabilidad y subsiguiente condena, su exclusión ha de constar con igual certeza que el hecho típico, el elemento subjetivo o cualquier otro elemento que determine la condena, ya que, de lo contrario, faltará la certeza objetiva que la presunción de inocencia exige sobre un aspecto del elemento subjetivo (el que da lugar a la imputabilidad) del delito, ya que al respecto habrá surgido una "duda razonable". Otra cosa es que, en cuanto excepción de lo que ocurre ordinariamente, la conclusión al respecto solamente ha de justificarse si el debate es razonablemente instaurado.

No se trata de un divertimento o especulación teórica. Está en juego una toma de posición acerca de los valores constitucionales. Y es que, tal como algún sector de la doctrina, en países de larga experiencia democrática sobre la presunción de inocencia, es necesario formularnos esta pregunta: ¿cómo podemos decir que se respeta la presunción de inocencia si el acusado tiene que probar algo para asegurar que recibirá una absolución?

Si tenemos por valor constitucional la opción de preferir la absolución del culpable a la condena del inocente aún cabe otra pregunta, también formulada en aquel contexto político y doctrinal: Contraponiendo dos hipótesis ante la acusación por un mismo delito frente a dos sujetos que alegan uno una coartada y el otro una causa de exención (inimputabilidad o legítima defensa) de bastará al primero dar lugar a una duda razonable sobre la imputación, mientras el segundo vendrá necesitado de lograr en el juzgador certeza sobre el hecho causante de exención. ¿En virtud de qué principio cabe tan dispar toma de posición sobre la importancia de absolver al inocente, frente al coste de absolver al culpable?

Remedando el aforisma que la mayoría invoca, no se trata de que las causas de exención de responsabilidad (inimputabilidad, justificación, exculpación, no punibilidad o prescripción) hayan de estar tan probadas, sino que esa identidad de rigor probatorio rige entre la existencia los elementos determinantes de la condena y la inexistencia de los determinantes de la exención y subsiguiente absolución.

En definitiva, no se trata de partir de la hipótesis de que el acusado era inimputable, sino de que la regla general al respecto -la imputabilidad- ha sido cuestionada de tal manera que para afirmar aquella imputabilidad hace falta un resultado probatorio que confirme esa regla general en el caso que se alega excepcional. Y ello con resultado probatorio que justifique la certeza objetiva.

Tesis que mantengo con independencia de cuales sean las posiciones mayoritarias en la doctrina, incluida la del Tribunal Constitucional. La que, por cierto, en las resoluciones que cita la mayoría está muy lejos de asumir como razón de su decisión lo contrario. Apenas va más allá de meros obiter dicta y ni siquiera de manera que pueda decirse inequívocamente diversa de lo que aquí sostengo.

2.-El canon probatorio impuesto por la presunción de inocencia implica una determinada relación, lógica o científica, entre el resultado de la actividad probatoria y la certeza que el tribunal que condena debe tener respecto a la verdad de la imputación formulada contra el penado.

Esa relación exige, como presupuesto, que aquella actividad probatoria se constituya válidamente por la producción de medios obtenidos de fuentes con respeto de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y libertades constitucionales. Y, además, que la actividad probatoria se haya llevado a cabo en juicio celebrado con publicidad y bajo condiciones de contradicción, sin quiebra del derecho a no sufrir indefensión.

La justificación de la conclusión probatoria establecerá los datos de procedencia externa aportados por medios cuya capacidad persuasoria será tributaria de la credibilidad del medio de prueba directo y de la verosimilitud de lo informado. Siquiera el juicio acerca de esa credibilidad y verosimilitud no se integra ya en la garantía de presunción de inocencia a no ser que tales juicios se muestren arbitrarios o contrarios al sentido común.

La justificación interna de la decisión emplaza a una aplicación del canon que suministran la lógica y la experiencia o ciencia, de tal suerte que pueda decirse que desde aquellos datos se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena, los elementos objetivos, pero también los subjetivos, son una conclusión coherente que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una certeza que, por avalada por esos cánones, debe calificarse de objetiva.

En definitiva la argumentación de la conclusión probatoria debe partir de proposiciones tenidas por una generalidad indiscutidamente como premisas correctas (Justificación externa) y desde aquellas las inferencias (justificación interna) se debe acomodar al canon de coherencia lógica y a la enseñanza de la

experiencia, entendida como "una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes».

Y es que, devenido claramente inconstitucional el limitar la valoración de la prueba resultante a la conciencia del juzgador o a su íntima convicción, por notoriamente insuficiente como garantía del ciudadano, aquella objetividad es la única calidad que hace merecer la aceptación de los ciudadanos, sean parte o no en el proceso, y con ello confiere legitimidad a la decisión de condena. La certeza alcanzada puede, sin embargo, no excluir dudas, por lo demás consustanciales al conocimiento humano. Ciertamente las dudas pueden surgir por un lado respecto de aquella justificación interna, si la conclusión asumida no es la única posible, y, por otro lado, de la razonabilidad de inferencias a partir de otros datos externos con los que cabe construir tesis alternativas excluyentes de la imputación.

Suele decirse que no corresponde a este Tribunal seleccionar entre inferencias o conclusiones valorativas alternativas. Y que la de instancia debe ratificarse si es razonable. Incluso si lo fuere la alternativa. Sin embargo esa hipótesis resulta conceptualmente imposible desde la perspectiva de la garantía constitucional. Porque si la objeción a la inferencia establecida o la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, también son razonables las dudas sobre la afirmación acusadora. Y entonces falta la suficiente certeza objetiva. El Tribunal, cualquiera que sea su convicción subjetiva, está en ese caso obligado constitucionalmente a dudar. Y es que, desde la perspectiva de la garantía constitucional de presunción de inocencia, no importa si el Tribunal dudó o no, sino si debió dudar.

No es acorde a nuestra Constitución mantener una condena en el escenario en que se presentan con no menos objetividad la tesis de la imputación que la alternativa absolutoria.

3.-Valoración de la prueba pericial: ¿Es más imprudente cuestionarla o asumirla acríticamente?

Tilda la mayoría de imprudente, con cuestionable respeto al discrepante, al juzgador que cuestiona el único dictamen pericial, desde un limitado conocimiento de la ciencia médica.

Para eludir que se me reproche tan duramente, me veo obligado a alegar como justificación de ésta mi discrepancia que quiere ser totalmente respetuosa con mis compañeros: a) Que ningún médico, forense o no, se encuentra en mejor situación que el jurista para concluir sobre la aplicabilidad de la causa legal de inimputabilidad, debiendo concluir su discurso en los aspectos empíricos eventual base de aquella calificación jurídica. En ese sentido la forense que informa en esta causa no está exenta de cierto atrevimiento cuando proclama en su informe escrito que es objeto de su pericia: "valorar la influencia de la patología mental del referido sobre su imputabilidad»; b) que la pericia no ha de tenerse como convincente por ser contundente en las conclusiones, sino porque se precedan de una sólida argumentación, e) y ésta es más bien líquida cuando el perito, pese a dar cuenta de la existencia de lo que él mismo denomina "múltiples diagnósticos a lo largo de su (del acusado) psicobiografía», no lleva a cabo un diagnóstico diferencial que pueda considerarse definitivo ya que el propio perito no tiene reparos en advertir de que, cuando aquél informa, el acusado aún está "pendiente de valoración por servicio de psiquiatría de zona».

Donde ya la conclusión del informe es incluso algo más que cuestionable es cuando, sin otro argumento que remitir a antecedentes documentales, concluye nada menos que no existía afectación de facultades cognitivas y/o volitivas ¡en el momento de producirse los hechos! sin que exponga las reflexiones para ese dato cronológico.

Desde luego, ante el temor de ser clasificado como imprudente, pero, a su vez, con propósito de no serlo desde mi punto de vista, aunque no disponga yo de respuesta, habría de preguntarle al perito: por qué, al tiempo, de no corta duración, de los hechos, es razonable excluir patologías, que sí fueron afirmadas por peritos en psiquiatría y no en medicina forense, tipificables de "trastorno de ideas delirantes» durante al menos cinco años.

Es de recordar que por la psiquiatra que atiende al acusado se mantiene en agosto de 2012 que tenía "ideas delirantes de perjuicio» y fue sometido a "tratamiento antipsicótico» (olanzapina, invega), patología diversas del mero delirio sensitivo de referencia y más de una mera "sintomatología ansiosa de tipo paranoide».

La forense informa como antecedentes que fue el acusado valorado por un psiquiatra en Matará en 2012 y añade que el acusado en esa fecha recibió tratamiento antipsicótico (lo que presupone diagnóstico de psicosis) y, concluye la perito "no le funcionó adecuadamente».

Cobra ahí interés recordar que los hechos imputados se llevaron a cabo a partir de abril de 2012.

La cuestión es entonces si resulta prudente admitir que una perito concluya tras esos antecedentes que en el momento de producirse los hechos estaba exento de insania que trascendiera a sus capacidades volitivas y cognitivas. Porque nada opongo al contenido de "corta y pega» con que pretende ilustrarnos la tal

perito, forense, que no psiquiatra, sobre conceptos médicos como "agorafobia» "ideas de referencia» "delirios sensitivo de referencia» "trastorno adaptativo mixto ansioso depresivo». Y tampoco cuestiono los resultados de la observación clínica puntual que aquella perito hace del acusado, pero no puedo prescindir de que lo hace en el año 2015, ¡años después de los hechos juzgados.!

Lo que cuestiono es la existencia de una justificación de la aseveración en torno al dato empírico relativo a si era florida o silente de la sintomatología al tiempo de los hechos y su relación con la situación de "psicosis» -que no de esas otras alternativas menos trascendentes-y que se había tomado en consideración por psiquiatras al tiempo próximo a los hechos.

4.-Sobre la motivación de las conclusiones al respecto en la sentencia recurrida.

También en este particular me veo obligado a discrepar de la mayoría del Tribunal. Aunque ésta tache, en lamentable actitud descalificante, de "gratuidad» discrepar de su abrazamiento de la literatura de la sentencia de instancia pretendidamente harto suficiente como motivación de su decisión.

En efecto, esa tan alabada exposición de la sentencia de instancia excluye los términos "psicosis» y "tratamiento antipsicótico» presentes en el informe de la forense. Si tal omisión no es paradigma de honestidad dialéctica, mas rechazable es que se sometan al Tribunal al parecer de una perito que ha omitido toda explicación de la fijación cronológica del cuadro sintomatológico en las variadas y sucesivas etapas por las que ha transcurrido la biopsicobiografía del acusado.

No parece encomiable abordar la tarea de la calificación jurídica de tales datos si éstos se muestran ya cicateros. Porque la abundancia de lo inútil del informe no puede suplir la carencia estrepitosa de lo esencial.

Y quien de tan endeble entramado argumental parte en su argumentación jurídica traslada a ésta ineludiblemente las en ese momento irreparables consecuencias de la "anorexia» (por usar el mismo término de la mayoría) retórica de lo que se utiliza como fundamento de una decisión que, no cabe olvidar, afecta a la libertad de un ciudadano.

5.-Y todo ello trasciende incluso al fondo de la cuestión de la calificación jurídica del hecho. Prescindo de otras valoraciones que el tipo penal aplicado pudiera sugerir, porque no es ése el motivo de esta discrepancia en mi voto respecto a la mayoría. Pero estimo necesario aludir a la propia justificación que ésta busca en la doctrina del Tribunal Constitucional para resaltar la naturaleza contextual que tiene la caracterización de los actos típicos. En ese sentido habría sido oportuno una comparación del contexto del hecho aquí juzgado con el recogido en la sentencia de aquel Tribunal en la sentencia 112/2016 , tan disímiles como un incendio o el prendimiento de una cerilla. Recordemos aquel caso el acusado fue principal orador en un acto celebrado en la localidad de Arrigorriaga (Vizcaya) en recuerdo y los del responsable de la organización ETA. D. Herminio Bernabe , alias " Cerilla », quien había sido asesinado treinta años antes en la localidad francesa de Angelu. El acto fue publicitado mediante carteles pegados en las calles. Para su celebración se colocó una carpa y en su interior una tarima o escenario elevado en el que, en su lado derecho desde el punto de vista del público asistente, había, sobre un caballete, una gran fotografía del miembro de ETA cuya figura se ensalzaba; en el centro, una pantalla en la que se proyectaron fotografía de miembros encapuchados de la banda terrorista y de presos y, a la izquierda, un atril desde el que el acusado pronunció un discurso, todo ello presidido por un cartel con el lema "Independentzia Sozialismo 1949-1978», en referencia a la fecha de nacimiento y muerte del llamado " Cerilla ». El discurso del acusado D. Faustino Teodoro fue el momento central del acto, etc...

Pero si traigo a colación este aspecto es para resaltar que en ese contexto representa un papel trascendente el perfil del sujeto acusado. Y como parte de tal perfil su propia insania. De ahí la relevancia de la exigible y no satisfecha justificación del diseño que al respecto se hace en la recurrida y se acepta, según mi quizás imprudente y gratuita opinión, por la mayoría del Tribunal en esta sentencia.

Y es que no cabe valorar la tipicidad de una frase -cualquiera que ésta seasin tener en cuenta quien y en qué condiciones personales las emite. Porque la ofensa, reza el refranero, más ofende por la capacidad del emitente que por la voluntad de éste. Aunque tampoco, en el análisis de tipicidad, cabe prescindir del dolo del sujeto como elemento subjetivo del tipo. Y también a este respecto los datos sobre las condiciones psiquiátricas del mismo permiten colegir si aquello de lo que iba en procura el acusado al escribir lo que se dice en el hecho probado era o no el objetivo que permita tipificarla como enaltecimiento de determinados sujetos o humillación de otros.

Resulta dudoso que el actuar de un sujeto del perfil diseñado, incluso por la pericia aceptada, constituye, como en el caso examinado en la antes citada sentencia del Tribunal Constitucional, y en expresiones de ésta una incitación

o provocación al delito, o general "el peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad» o se produce en un "ambiente social en el que, patentemente, resultaba mucho más fácil que prendiera la llama». Por todo ello concluyo que la decisión de la mayoría se aparta del modelo de sentencia o resolución jurisdiccional que nuestra Constitución postula: no es motivada ni en los datos empíricos que asume acríticamente de un informe pericial cuestionable, ni pondera los datos contextuales, en particular los personales del acusado, para llegar a un juicio de tipicidad conforme a una previsión penal que exige una relevancia infinitamente superior a las circunstancias del caso aquí juzgado para poder merecer la pena de prisión en una sociedad democrática, lo que quizás debiera dar lugar al amparo constitucional del penado antes que su condena.

Por ello emito mi voto en el sentido de que debió declararse la nulidad de la sentencia recurrida para exigir otra que motivase más adecuada y sustancialmente los datos esenciales sobre el hecho que pueden justificar la estimación de un déficit de imputabilidad, como eximente completa o incompleta y, en consecuencia un más prudente juicio sobre la tipicidad de la conducta que se le atribuye.

Luciano Varela Castro

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Joaquín Giménez García respecto del Recurso de Casación nº 1961/2016.

Con el respeto que me merece la decisión mayoritaria adoptada, discrepo de la misma y expongo en este Voto Particular mi disidencia con la opinión de la mayoría.

PRIMERO.- Mi discrepancia -ya lo anuncio- se centra exclusivamente a la decisión adoptada de apreciar la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de acuerdo con el art. 21-7º del Cpenal en relación con el art. 21-1º Cpenal, con la consecuencia punitiva de rebajar en un grado la pena imponible de conformidad con el art. 66-1-2º Cpenal según el cual en caso de concurrir dos atenuantes o una muy cualificada se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

La consecuencia práctica de la aplicación de esta circunstancia de atenuación ha sido la de rebajar de la pena de un año que se le impuso en la instancia, a la pena de nueve meses que es la pena a cumplir, manteniendo en todo caso la pena de inhabilitación absoluta por siete años acordada en la instancia.

Como consecuencia de lo dicho, comparto totalmente los fundamentos jurídicos primero a cuarto de la sentencia de la mayoría. Los mensajes del hecho probado constituyen un claro enaltecimiento del terrorismo de ETA así como de humillación de la víctima.

Comparto las afirmaciones de la sentencia de la mayoría en el sentido de que "estamos ante un caso que desborda los anchos linderos de las libertades ideológicas y de expresión y de que la respuesta penal es legítima. Los textos, cortos en palabras pero ricos en visceralidad, crueldad y sentimientos de odio, hablan por sí solos".

En relación a la autoría, tampoco hay margen para el debate porque se reconocieron los hechos. Mi discrepancia se encuentra en la posibilidad de efectuar un reproche penal al autor de tales mensajes, es decir si puede ser declarado responsable penal -como se declara en la instancia-, discrepando también de la solución adoptada en la sentencia de la mayoría de estimarle parcialmente responsable, imponiendo una pena rebajada como ya se ha dicho.

SEGUNDO.-En la sentencia de instancia se dice textualmente en el hecho probado que:

".... Bienvenido Nicanor, quien desde el año 1998 ha seguido diversos tratamientos psiquiátricos acordes a los variados diagnósticos de su sintomatología, padece un síndrome delirante sensitivo de referencia con un trastorno paranoide de la personalidad que no alteraba, al tiempo de la publicación de los anteriormente referidos tweets, el contenido de su pensamiento....".

En el f.j.dco tercero de dicha sentencia de instancia se aborda la cuestión relativa a la concurrencia de una circunstancia que exima o disminuya la responsabilidad penal, con la conclusión de no aceptar ningún expediente ni de exención ni de atenuación.

Retenemos estos dos párrafos:

"Un detenido examen del informe pericial que en base a una prolija y abundante documentación médica y a la exploración de Bienvenido Nicanor elaboró la Sra Dª Salvadora Delfina, médico-forense del Juzgado de Instrucción nº 2 de Arenys de Mar, obrante a los folios 287 y siguientes (también a los folios 386 y siguientes) de la causa, debe concluirse que el acusado padece un trastorno paranoico de la personalidad (el subrayado

es mío) y un síndrome de delirio sensitivo de referencia cuya sintomatología ha venido siendo etiquetado con diagnósticos diferentes pero en los que coincide una ideación sobrevalorada sin llegar a la ideación, ni presentar rasgos psicóticos, siempre relacionado con el entorno laboral; trastorno de la personalidad y síndrome de delirio sensitivo de referencia que, según afirma la forense, no altera el contenido del pensamiento, de manera que conoce la realidad y puede comportarse acorde con dicho conocimiento máxime cuando su conducta se extiende en el tiempo y carece de relación con su delirio sensitivo que meramente se manifiesta en el entorno del trabajo".

"Según la prueba, no existe patología que altere o modifique su capacidad de comprensión o la capacidad de actuar conforme a ello y, además, aquellos rasgos de la personalidad, adjetivados de muy variada forma por los distintivos (sic) psiquiatras que le han tratado, carecen de relación con los actos que Bienvenido Nicanor lleva a cabo y que constituyen el delito expresado".

Fin de la cita.

Por su parte, la sentencia casacional de la mayoría, en el f.jdco quinto, del que discrepo, se dice que en relación a la decisión del Tribunal de instancia de no apreciar ninguna concurrencia de circunstancia de exención o atenuación de la responsabilidad:

".... No podemos en casación revisar esa conclusión razonada, fundada y razonable de la Sala con firme apoyatura en un informe forense. La clásica consideración de que el Juez es peritus peritorum no puede significar que el Juez imponga sus eventuales conocimientos psiquiátricos privados no sometidos a debate ni a contradicción, por encima de los aforados en el juicio oral en boca de profesionales....".

Se concluye en las letras e) y d) de dicho fjdco de la sentencia de la mayoría que desde el punto de vista de la motivación de la sentencia en lo referente a la reprochabilidad de la acción al condenado, ninguna censura puede hacerse y que lo gratuito sería afirmar que el Tribunal de instancia no ha razonado su decisión contraria a la estimación de la concurrencia de expediente alguno de disminución de la responsabilidad del recurrente.

".... No hay pues la más mínima base para tener dudas de que al tiempo de cometer la infracción penal....el recurrente no estuviese en condiciones de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión....", - antepenúltimo párrafo del fjdco quinto-

Sin embargo, y a mi juicio, de forma contradictoria con el razonamiento antes citado, en el fjdco sexto de la sentencia de la mayoría, se acuerda la concurrencia de la circunstancia atenuante muy cualificada del art. 21-7 Cpenal, lo que a mi juicio, constituye una contradicción con la anterior argumentación de la Sala.

Se dice en la sentencia de la mayoría: ".... Vamos a apreciar esa atenuante con la eficacia que permite el art. 66-1.2º....".

TERCERO.-Como ya se ha dicho y ahora reitero, discrepo -desde el respeto- de la opinión de la mayoría.

El recurrente en el motivo primero de su recurso de casación solicitó su absolución o bien por no ser constitutiva de delito su conducta, o, bien por aplicación de la eximente completa de enajenación, o en su caso por concurrir como eximente incompleta, y en el motivo segundo de su recurso, asociado a la denuncia de violación del derecho a la presunción de inocencia, solicitó igualmente la absolución por aplicación del principio de "in dubio pro reo".

Esta Sala Casacional, en el marco y ámbito del presente recurso de casación formalizado, que por tener que ser recurso efectivo por exigencia de los Pactos Internacionales que constituyen derecho interno - art. 14-5º del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de 19 de Diciembre de 1966-, debe estudiar el fallo condenatorio y la pena impuesta. Es decir debe estudiar, si existió prueba de cargo obtenida sin vulneraciones de derechos, si fue sometida a los principios que vertebran el juicio oral, si fue suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia, y, finalmente, si fue razonada y razonablemente valorada, alcanzándose el estándar exigible para todo pronunciamiento condenatorio, y reflejado en la expresión ya consagrada en la jurisprudencia tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y de esta Sala de ".... certeza más allá de toda duda razonable....", y en relación al principio de "in dubio pro reo", en su dimensión procesal/valorativa debe/debemos verificar, no tanto si el Tribunal dudó y no obstante condenó, lo que constituiría una clara contradicción, sino, fundamentalmente, el Tribunal Casacional debe verificar, si aunque el Tribunal de instancia no dudó, debió dudar a la vista de la debilidad de las informaciones obtenidas por las pruebas de cargo, - SSTS 1317/2009 ; 114/201 O; 855/201 O; 915/201 O; 591/2011 ; 410/2012 ; 705/2014 ; 1/2015 ó 484/2016 , entre otras muchas-. En el presente caso, la prueba valorada por el Tribunal de instancia es la pericial médica que refleja el largo historial psiquiátrico del recurrente y la indefinición de un diagnóstico claro.

En definitiva, en el marco del presente recurso de casación debe revisarse la culpabilidad del recurrente respecto de los correos que envió cuyo contenido delictivo y cuya autoría material es clara.

El punto concreto examinado es el de la situación mental del recurrente.

La sentencia de instancia reconoce en el hecho probado la larga -larguísima- existencia de tratamientos psiquiátricos -desde 1998, los correos son de Marzo de 2012 a Noviembre de 2013- y los variados diagnósticos.

Del informe médico obrante en autos fechado el 15 de Febrero de 2015 -folios 286 y siguientes-, de la médico-forense del Juzgado de Arenys de Mar -ratificado en el Plenario-, destacan los siguientes apartados -a mi juicio-

".... En mayo de 2012 desde su centro médico se solicita visita por servicio de psiquiatría por presentar trastorno adaptativo mixto (ansioso/depresivo). Por lo que consta en la documentación médica y lo relatado por el Sr. Bienvenido Nicanor fue debido a problemas laborales. Precizando ese día de visita por el servicio de urgencias del Hospital Ramón y Cajal, descartando en dicha visita alteraciones del curso y contenido del pensamiento (no ideación delirante) pero sí presentando una forma peculiar de interpretar las cosas con cierta tendencia a la referencialidad y a las ideas sobrevaloradas de perjuicio.

Trastorno adaptativo mixto (ansioso-depresivo) se trata de un trastorno en el que se produce un malestar acompañado de alteraciones emocionales (del estado de ánimo) que pueden interferir en la actividad social. Este trastorno aparece en el periodo de adaptación a un cambio biográfico significativo o a un acontecimiento estresante. Puede producirse tras un duelo, una separación, cambios de residencia... La clínica es muy variada, pudiendo aparecer humor depresivo ansiedad, preocupación, sentimientos de minusvalía...

No presentaba ideación delirante, es decir, son ideas inmutables que se producen como consecuencia de un mecanismo patológico y son experimentadas subjetivamente como ciertas, sin necesidad de demostración ni de fundamento alguno.

Si que objetivan interpretaciones de referencialidad e ideas sobrevaloradas de perjuicio. Entendiéndose como interpretaciones la visión personal de una persona respecto a algo. Y las ideas sobrevaloradas como un pensamiento o grupo de pensamientos que perduran en el tiempo, que alcanzan una cierta predominancia sobre las demás ideas de un sujeto, debido a su tonalidad afectiva y la disminución del sentido crítico con relación a ellos; siendo susceptibles de modificación lógica.

Retoma en junio de 2012 las visitas con CSM de Hortaleza donde consta como que ha vuelto a presentar Agorafobia e impresiona de un Trastorno esquizoide de la personalidad, constando que hacía unos cinco meses había presentado un trastorno de ideas delirantes de tipo sensitivo y referencial sobre un trastorno paranoide de la personalidad. En la información médica obrante en autos en el curso clínico enviado hablan en fecha 03/08/12 de ideas sobrevaloradas sin llegar a la ideación y, en cambio, en el informe de la misma fecha de ideas delirantes de perjuicio. Constando en fecha 1/10/12 de trastorno de ideas delirantes....".

".... Posteriormente, en informe de 15/04/2013 es diagnosticado de trastorno adaptativo mixto con delirio sensitivo de referencia. Al igual que tras su traslado a Cataluña realizó seguimiento por Centro Médico MARA GDA donde se le diagnosticó de trastorno delirante y trastorno adaptativo mixto.

Una vez trasladado a Cataluña el Dr. Civil habla de personalidad disfuncional sin que se mencione trastorno de personalidad y de psicopatología ansiosa depresiva con tendencia a la hiperstesia interpretativa. Entendiéndose la hiperstesia interpretativa como....

Desde el CAP de Canet de Mar consta antecedentes de trastorno paranoide de la personalidad y trastornos mixtos de ansiedad y depresión. Presentando sintomatología ansiosa y de tipo paranoide, por lo que es derivado al servicio de psiquiatría.

En el presente caso nos hallamos ante un varón que está acusado de un delito de enaltecimiento del terrorismo, tras la emisión de mensajes en una página web durante los años 2012, 2013 y 2014 (según consta en atestado policial). Es decir, un delito a lo largo de varios años. Del estudio psicobiográfico y de la documental médica obrante en autos constan diversos diagnósticos, habiendo presentado diagnósticos del rango psicótico en algunos momentos (consta en autos en el seguimiento realizado en PSI Health durante 2008-2011, en 2012, 2013) pero no manteniéndose dicha sintomatología psicótica a lo largo de dicho tiempo ya que constan diversas valoraciones médicas donde se descarta ideación delirante (visitas a urgencias, valoración médica el día de su detención....) o por la medicación prescrita mejora de la misma. En los momentos que ha presentado una agudización que haya precisado de incapacidad temporal ha estado relacionado con problemas laborales. Debe tenerse en cuenta que ya sean interpretaciones delirantes que presentara el investigado o ideación delirante de tinte referencial/paranoide que haya podido presentar, se caracterizan por una vivencia o sensación de daño, de interpretaciones incorrectas, sentirse atormentado,

perseguido... Además, de esta sintomatología del rango psicótico ha sido diagnosticado de clínica ansioso-depresiva (afectación del estado del ánimo) y de trastorno de personalidad.... ".

De las conclusiones del informe de la forense indicada destaco la tercera:

".... De la exploración realizada y de la documentación consultada se desprende que el informado en el momento de producirse los hechos disvaliosos no presentaba afectadas las capacidades cognitivas y/o volitivas.... ".

Obviamente, el Juez no es un peritus peritorum, pero sí debe verificar si la metodología seguida y las conclusiones del perito son las aceptables para la comunidad científica concernida.

Dicho de otro modo, ante la prueba pericial científica el Juez no puede, no debe, mostrarse pasivo ni puede tolerar que el conocimiento y conclusiones científicas transiten sin control cognitivo alguno por el proceso hasta entronizarse en el fallo. Es inaceptable que el Juez acepte acríticamente los resultados/conclusiones ofrecidos por el experto concernido. No puede abdicar de valorar tales conclusiones y relacionarlo con el resto de actividad probatoria.

Hay que recordar, que el art. 348 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, precisamente en relación al dictamen pericial nos dice que "el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica", cuya vigencia para el orden penal es obvia. No se trata de un precepto nuevo, ya se encontraba en el art. 632 de la LECivil de 1881.

¿Qué es la sana crítica?

Por tal considero que el Juez o Tribunal debe valorar críticamente las pruebas practicadas lo que supone una posición activa del Juez quien debe verificar la racionalidad de las conclusiones del informe y ello desde la triple perspectiva de las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y la conformidad del método y conclusión alcanzada con las opiniones mayoritariamente aceptadas por la comunidad científica.

En el presente caso, es claro que a mi juicio el Tribunal aceptó pasiva y acríticamente la conclusión del informe de que el recurrente en el momento de emitir los mensajes no presentaba limitación alguna de sus capacidades cognitivas ni volitivas.

Tal conclusión choca abiertamente, a mi juicio, con datos que obran en el dictamen como son:

- a) Su largo tratamiento psiquiátrico, que se remonta a 14 años antes del envío de los correos.
- b) Que ha tenido diversos diagnósticos con padecimiento de un síndrome delirante de referencia con trastorno paranoide.
- c) Que precisamente en Mayo de 2012, en la época en la que se comenzaron a enviar los mensajes -desde el 1 de Abril de 2012 al 19 de Noviembre de 2013- se le diagnosticó de un trastorno adaptativo mixto (ansioso/depresivo) debido a problemas laborales, objetivándose interpretaciones de referencialidad e ideas sobrevaloradas de perjuicio.
- d) En Junio de 2012 vuelve a presentar agorafobia e impresiones con trastorno esquizoide de personalidad, con ideas delirantes. Trastorno paranoide de personalidad.
- e) Ya en el año 2013 presenta un trastorno paranoide de la personalidad con trastorno mixto de ansiedad y depresión. Personalidad de tipo paranoide.
- f) Se califica en el informe esta sintomatología de rango psicótico, además del trastorno de la personalidad.

A ello hay que añadir que consta en el propio informe -apartado 111, Antecedente-, en el apartado de antecedentes del hecho que "cuando tenía días malos, problemas del ámbito laboral, realizaba los mensajes". " Que en la última entrevista manifiesta que en aquella época tenía mucha rabia contra todo el mundo, los realizaba -los mensajes- para ver la reacción de la gente, para no sentirse ignorado".

En este escenario, me parece que la rotunda conclusión del informe redactado el día 15 de Febrero de 2015, aceptada por el Tribunal de instancia de que al tiempo de los hechos -años 2012 y 2013- no presentaba afectadas las capacidades cognitivas y/o volitivas es un verdadero salto en el vacío tan claro como, clara es la extrañeza y que incluso para un profano puede parecer tal conclusión.

Ese corte radical entre el síndrome delirante sensitivo de referencia que se proyecta solo y nada más que en la esfera laboral, según el informe, aparece a mi juicio contradicho por dos motivos:

En primer lugar porque el propio recurrente reconoce y así consta en el informe médico que cuando tenía días malos, problemas en el ámbito laboral, efectuaba tales mensajes, tenía rabia a todo el mundo.



Y en segundo lugar porque es un dato de experiencia y una opinión compartida por la comunidad científica que en casos como el estudiado no se puede efectuar una cesura tan tajante entre el aspecto que afecta al trastorno paranoide, -y por tanto anudado en una psicosis, no una mera psicopatía-y el resto de la actividad de la persona concernida.

El propio Tribunal de instancia, en el fjdco primero, habla de un trastorno paranoico -fjdco tercero-. Es claro que no se está en una psicopatía, sino en una psicosis, más aún, la larga data de tratamientos psiquiátricos, unido a la complejidad y diversidad de diagnósticos conduce directamente a la conclusión contraria de la sostenida en el informe médico y que por tanto el síndrome delirante de referencia con origen en la esfera laboral, se proyectaba en otras esferas y concretamente en la redacción de los mensajes analizados.

Pues bien, tan cierto es que el Tribunal no dudó como que, en mi opinión, debía haber dudado, con la consecuencia de considerar que a mi juicio, debió haberse estimado la tesis principal del motivo primero del recurso -eximente completa-y anudado y complementado a ello, la quiebra del principio interpretativo de vulneración del principio non bis in idem.

El recurrente debió haber sido absuelto del delito de enaltecimiento por concurrir la eximente de enajenación - art. 20-1º Cpenal -, o, si se quiere, más limitadamente por la duda razonable sobre su más que probable concurrencia.

En tal sentido me refiero a las recientes SSTs 639/2016 de 14 de Julio ; 69/2017 de 8 de Febrero ó 206/2017 de 28 de Marzo , que recuerdan que:

"....En el proceso penal la Constitución garantiza al acusado que no sufrirá ninguna consecuencia gravosa en caso de duda razonable sobre la veracidad de la afirmación de un hecho, sea este constitutivo extintivo o modificativo de la responsabilidad....".

CUARTO.-Se dice en el último párrafo del fjdco quinto de la sentencia de la mayoría que la absolución del recurrente supondría la adopción de las medidas de seguridad previstas en la Ley - arts. 95 y 101 Cpenal -, es decir la posibilidad de un internamiento con un máximo de dos años, o libertad vigilada lo que le supondría una carga aflictiva superior que la de la apreciación de la eximente incompleta.

No comparto tal afirmación.

Al margen de cualquier otra consideración, si se hubiera estimado la concurrencia de la eximente completa o si se apreciara que el Tribunal de instancia debió tener dudas que le hubieran debido llevar a la admisión de tal exención, con la consiguiente absolución del recurrente se deberían haber adoptado las medidas de seguridad a las que se refieren los arts. 95 , 96 y 101 Cpenal .

Las medidas hubieran sido las de internamiento si hubiera sido necesario (con un tiempo máximo de dos años) o cualesquiera de las del art. 96 Cpenal que cita unas medidas privativas de libertad y otras no privativas de libertad, de entre las que cito la libertad vigilada, la custodia familiar y la inhabilitación profesional.

Una simple comparación con las penas previstas en el art. 578 Cpenal : prisión de uno a dos años, la posibilidad de adoptar -además- alguna de las prohibiciones del art. 57 Cpenal , y, muy singularmente y con carácter obligatorio ex art. 579 Cpenal la pena vinculada de inhabilitación absoluta por tiempo superior de seis años hasta veinte años, patentiza, a mi juicio, que el tratamiento de las medidas de seguridad es mucho menos aflictivo que el de las penas del delito de enaltecimiento.

Basta al respecto reparar en los efectos de la inhabilitación absoluta que tiene una duración entre 6 hasta 20 años de acuerdo con el art. 40 Cpenal y el mucho más limitado de la inhabilitación profesional que en el art. 107 Cpenal tiene una duración situada entre uno y cinco años, es decir, menos intensa (porque solo afecta a la profesión u oficio que se determina) y menos extensa en comparación con la inhabilitación absoluta.

En conclusión, en mi opinión hubiera procedido la aplicación de la eximente completa del art. 20-1º Cpenal y la adopción de las medidas de seguridad que se hubieran considerado procedentes con el previo debate al efecto, y entre las que podría contemplarse la prohibición de acceso a las redes sociales de comunicación, que sería, sin duda, una de las más adecuadas dado que a través de ellas se canalizó el síndrome delirante de referencia citada.

Joaquín Giménez García