



**AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
SECCIÓN 3ª**

ROLLO DE SALA núm. **12/2008**
Procedimiento Abreviado núm. **28/08**
Juzgado Central de Instrucción núm. **2**

SENTENCIA
núm. 61/ 2008

Sección 3ª

Ilmos. Sres.:

Don F. Alfonso Guevara Marcos – Presidente
Doña Mª de los Angeles Barreiro Avellaneda
Doña Clara Eugenia Bayarri García

En Madrid, 1 de diciembre de 2008.

Visto en juicio oral y público, el presente Procedimiento Abreviado núm. 28/08 procedente del Juzgado Central de Instrucción núm.2 correspondiente al Rollo de Sala 12/08 por delito de enaltecimiento del terrorismo.

Han sido partes:

- El Ministerio Fiscal ejercitando la acusación pública, representado por el Ilmo. Sr. Don Vicente Javier González Mota.
- Ejercitando la acción popular, la Asociación Víctimas del Terrorismo, cuya representación encarna el Procurador Don José Pedro Vila Rodríguez y la asistencia jurídica el Letrado Don Juan Carlos Rodríguez Segura.

El acusado:

- **Xavier REZOLA TELLECHEA**, nacido en Ordizia (Guipúzcoa), el día 1 de diciembre de 1976, hijo de Martín y Juana-Josefa, provisto de D.N.I. 44.168.312-D, ubicado en calle Filipinas núm. 17, 8º-D, en Ordizia, en situación de libertad



provisional en la causa y de ignorados medios económicos, dado que está pendiente de conclusión la pieza de responsabilidad civil.

Está representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María Salud Jiménez Muñoz, ejerce su defensa el Letrado Don Fernando Vicente Anza.

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

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 2 acordó por auto de 6 de junio de 2008 la transformación de las diligencias previas 28/08 en procedimiento abreviado frente al ya nombrado.

Segundo.- Por auto de 12 de agosto de 2008, fue acordada la apertura del juicio oral, por un delito continuado del artículo 578 del Código Penal y un delito continuado del artículo 543 del Código Penal, ambos en relación con el artículo 74 del mismo Código, previa presentación de escrito de acusación dimanante del Ministerio Fiscal y la Asociación personada.

Recibidas las actuaciones en este Tribunal el día 17 de octubre de 2008, por auto de igual fecha, fueron admitidas las pruebas propuestas a las partes y se fijó la audiencia del día 3 de noviembre de 2008, a sus 10 horas, para la celebración de la vista del juicio, habiendo tenido lugar el mismo conforme al resultado que es de ver en acta y en disco que contiene la grabación digital de la imagen y sonido.

Tercero.- En dicho acto, el Ministerio Fiscal mantuvo íntegramente el escrito de acusación, elevando a definitivas sus conclusiones, corrigiendo únicamente la solicitud de pena respecto de uno de los ilícitos:

1º.- Un delito continuado de menosprecio a las víctimas de delitos terroristas del artículo 578 y artículo 74.3 del Código Penal.

2º.- Un delito continuado del artículo 543 del Código Penal y artículo 74 del mismo.

Vino a solicitar por el primer delito, la imposición de una pena de un año y seis meses de prisión y, en cuanto al segundo, una pena de once meses de multa con cuota diaria de diez euros.

La acusación popular:

- En igual sentido que el Ministerio Fiscal en cuanto a la calificación de los hechos, y en el aspecto penológico, interesó por el primer delito, una pena de tres años de prisión y por el segundo una multa de 18 meses a razón de 50 euros multa.

- Así mismo recabó costas, incluidas las derivadas de su representación, así como prohibición de acercamiento a las familias de las víctimas del terrorismo durante un periodo de diez años, en aplicación del artículo 48, en relación al 40 del Código Penal actual.

- En concepto de responsabilidad civil, a cada una de las personas humilladas y menospreciadas o a sus causahabientes en la cantidad de 30.000 euros, por lo daños morales y perjuicios ocasionados.

Cuarto.- La Defensa postuló LA LIBRE ABSOLUCION.

Quinto.- En último lugar se concedió la palabra al acusado.

II.- HECHOS PROBADOS

El acusado XAVIER REZOLA TELLECHEA, mayor de edad y sin antecedentes penales envió comunicaciones dentro del foro "Asturiasdemisamores" utilizando el pseudónimo de Eneko Haritza, con ocasión del asesinato de agentes de la Guardia Civil, así como de otros sujetos pasivos de actos violentos terroristas, escribió:

- el 4 de diciembre de 2007: "Un tricornio menos (o hasta tal vez dos tricornios) ... un asesino torturador menos (o hasta tal vez dos asesinos trituradores menos)".
- El 6 de diciembre de 2007: "Perdón ... donde dije un tricornio menos... quise decir dos tricornios menos a tenor de las últimas noticias..."
- El 7 de diciembre de 2007: "Para episodio de Pepe Gotera y Otilio, Txapus maketos a domicilio... Debían de ser los del tricornio que la palmaron hace una semana en Capbreton... ¿Se llamarían Mortadelo y Filemon y la Benemérita del Tricornio es la T.I.A.?". Comentario éste acompañado de la imagen de un cartel de la película "La Gran Aventura de mortadelo y filemón", bajo el que dicho individuo insertó la leyenda: Fernando Trapero "Traperele" y Raúl "Centeno" Centenon. MISIÓN "VIVE LA FRANCE!".
- El 7 de diciembre de 2007: refiriéndose a la misma acción de ETA "Hacerles el boca a boca... Igual resucitan al séptimo día ... como Jesucristo..."
- El 7 de diciembre de 2007: "Resumiendo... Dos asesinos torturadores del tricornio verde menos desde hace una semana".

- El 12 de enero de 2008: "la línea correcta y moralmente justa a seguir por los patriotas vascos/as para echar de Euskal Herria a los invasores y ocupantes maketo-españoles como en la Irlanda de los años 1916-1922... ¡¡¡ A ostia limpia y sin piedad !!! ¡¡¡P.D.: que se lo digan a Centeno y Trapero en Capbreton..."
- El 17 de enero de 2008 "P.D.: Dejarnos vivir en paz a los vascos de una vez en Euskal Herria, jamás os hemos llamado... Volver a vuestro país de espainia en paz, por vuestro propio pie y por vuestras familias... O volver en una cja de pino y derrotados como en Cuba 1898, donde os esperara un "bello funeral"... con nuestra Patria no se juega... ateneros a las consecuencias que habeis elegido por vuestra propia mano".
- El 29 de enero de 2008 "¡¡¡Irene Villa y AVT: Fascistas y Cobardes!!!... huir, huir, huir, huir, ...".
- El 14 de febrero de 2008 "Estan celebrando una competición para saber quién es "el hombre más macho del mundo". La prueba consiste en 1º subir a un monte y matar a un oso. 2º bajar el monte y hacer follarse a una puta fatxa española... que casualmente se llamaba Irene Villa y en vez de 2 piernas tenía 2 muñones..."
- El 15 de febrero de 2008: "La palabra no se ha encontrado, elige otra de la lista... ¿Acaso son las últimas palabras de Miguel Ángel Blanco en vida? Por que parecen pronunciadas por alguien moribundo o con el sentido de la orientación perdido jajaja".
- El 15 de febrero de 2008: (después de un párrafo sobre el derecho de los vascos a decidir su futuro) "P.D.: Nos limpiamos el culo con la bandera extranjera de espainia... meamos en las tumbas de los familiares de la AVT... y follamos con las viudas de la guardia civil y los ediles del PP... y estamos orgullosos de ello. El vivo al bollo... y el muerto al hoyo".
- El 16 de febrero de 2008: "En mi boca no cabe nombre de fascistas españoles... Pero seguro que en la boca del tal Miguelín cabía la polla del que lo ejecutó mientras estaba de rodillas... maketin".
- El 17 de febrero de 2008: "Vuestro destino, y bien lo sabeis, es el cementerio como Gregorio Ordoñez Fenollar... o el destierro involuntario y obligatorio eterno como Aznar. Vuestra desesperación me divierte..."
- El 21 de febrero de 2008: "Quemarla, pisotearla, sacarle una foto... y devolverla a Maketolandia", junto con la imagen de un individuo encapuchado quemando la bandera de España en un estadio de fútbol.
- El 22 de febrero de 2008: "Ya me comió la kola de rodillas el fatxa meketo Miguel Ángel Blanco en julio de 1997 en un solitario bosque de Lasarte antes de partir al otro barrio... Pero si te empeñas... pues tu también comeme la kola... que no todos los días se presenta a los maketos de espainia el honor de comer rabo de semental vasco jajaja".

- El 23 de febrero de 2008: "Comparar a un animal, con fatxas del PP como tu o Miguel Ángel Blanco... Sería insultar al animal. Eso, ni lo dudes. Amen, hala bedi, así sea ..."
- El 24 de febrero de 2008: "El AVE ni idea y me la suda más que tu mensaje, artista... Pero el que voló y bien volao fue el hijo de perra de Karrero Blanco... Y como lo festejaron los maketos de espainia, jaunak ... cooooo como lo festejaron".
- El 24 de febrero de 2008: "Quemar una bandera rojimierda no es un "acto antiespañol" precisamente ... es un acto anticolonial y antimonárquico. Ya que maketolandia ha tenido más banderas que el PP asesinatos a sus espaldas".

III.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- De la prueba practicada y su valoración.

- Declaración del acusado. Afirmó que manejaba el correo electrónico. Mandó esos correos desde un ordenador ubicado en su domicilio, en el pasillo. Utiliza el ordenador tanto él como su madre. Tiene cuentas de correo, utiliza el pseudónimo Eneko Haritza. La cuenta de correo es Eneko Haritza@hotmail.com. Accedió desde esa cuenta al foro Asturias. Conoció el foro a través del buscador Internet para charlar. Preguntado por el objeto del foro: conversación sobre cualquier debate. Se trataba de cualquier tema político de actualidad.

Mandó el correo de los tricornios, porque había gente que se metía por ser vasco. Se refería a los guardias civiles de Cap Breton.

Preguntado por el correo de 7 de diciembre: lo mandó porque era respuesta a correos despectivos hacia ciudadanos vascos. Nunca pensó que pudieran ser vistos.

A su defensa, contestó que como recibió un mensaje con una ikurriña entre llamas, y contra el declarante por ser vasco, a su persona directamente. También sostuvo que con buscadores ordinarios y en página general con referencia a las víctimas, había chistes peores. Reveló que su padre había fallecido hacía un año por esclerosis múltiple. Su madre enfrentaba una operación a vida o muerte por causa de un tumor cerebral. Concluyó que estaba arrepentido y pidió perdón, "fue un calentón".

Recordó haber enviado uno de los correos sobre Irene Villa, Gregorio Ordóñez. Como también se habían metido con ciudadanos vascos muertos,

surgieron esos nombres, pero no tiene nada personal. Se calentó. Escogió a esas personas porque eran víctimas de ETA, solo para irritar a los del foro.

A la acusación popular, respondió que los envíos de los días 4-12-07, 14-02-08, 15-02-08 y 16-02-08 tenían la misma finalidad.

Es indudable la creación intelectual de los mensajes de recepción instantánea a través de la red, en el foro virtual Asturias de mis amores, merced a la mano del acusado. Autoinculpación fáctica que no irrumpe ex novo, toda vez que ya en fase de instrucción reconoció los hechos que ahora debatimos en torno a las acusaciones formuladas -vid. declaración en sede judicial acontecida en 30 de mayo de 2008, expresando que "no quería herir a nadie. Que no sabía que los hechos eran constitutivos de delito. Que no tenía ánimo de menospreciar a ninguna víctima de ETA." (folios 163 y 164 de las actuaciones).

Además la restante prueba practicada nos sitúa en clave de la prolija investigación acontecida para esclarecer la verosimilitud de la noticia criminis, dando lugar a un acervo poderoso que nos remite a las sucesivas entradas en el foro del acusado. El funcionario P-83315-N que depuso como primer testigo indica: Les llegaron las denuncias, mediante la página web de la Guardia Civil y a su vez por un ciudadano. Recopilan evidencias para ponerlas a disposición judicial, a los comentarios acceden descargándolos:

Descargan la parte pública de la página web e imprimen. Cualquiera puede acceder. Después, si se consigue la dirección de correo electrónico de la persona, piden los mandamientos para ver el histórico de direcciones IP (Protocolo de Internet), en este caso, fue a través de la operadora Euskatel, y ven que siempre es la misma persona que se conecta y desde qué sitio. La dirección IP es un número que se adjudica para entablar la comunicación, equivalente al número de teléfono. Una vez que se tiene el historial de IP de Hotmail, se accede a una base de datos, y a través de la operadora, se ve la persona y el domicilio del usuario.

A la segunda acusación, aclaró que para entrar en el foro había que dar una cuenta pero no para ver. También que formar un grupo MSN, era sencillo, dirigido a intercambiar mensajes, fotos o contenido multimedia. El administrador es el único que puede limitar los contenidos. Puede crear el foro público o reservado, por tanto con limitaciones.

Es decir que el iter descrito se acomoda a las diligencias judiciales practicadas y que obran como prueba documental, por cuanto fue el encargado de

solicitar los sucesivos mandamientos, que condujeron a establecer la procedencia de los mensajes instantáneos en el foro registrado en el Grupo MSN, que es un servicio gratuito proporcionado por Microsoft Corporation, para la publicación de contenidos por usuarios registrados y que condujeron a la autorización de entrada y registro.

- Dispusimos del testimonio suministrado por el agente Y-65986-R, de cierta entidad, no por haber intervenido en la detención del acusado, sino por haber participado en la diligencia de entrada y registro, presenciando el hallazgo de dos ordenadores. No participó en el volcado del disco duro. Además por su condición de interviniente en la confección del atestado, fue secretario de la toma de declaración del acusado, en la que no hubo incidentes. Desde su ubicación, vio los mensajes impresos lanzados a Internet, pero no recuerda el de Pepe Gotera y Otilio. No sabe el número de personas que participaban en el SMN. Es decir, que resalta la libre decisión del encausado prestando declaración. El agente J-18019-A de manera secundaria sólo intervino en la detención, teniendo además a su cargo la custodia de los familiares del detenido.

- Cobra relevancia la declaración del instructor del atestado, funcionario con indicativo H-26756-R, resaltando como se procedió a realizar un análisis previo de la información en estado visible del dispositivo informático, constando documentalmente que fue realizada la diligencia de volcado en el curso del registro del domicilio del detenido. En relación al folio 15 del atestado, ratificó la realización del volcado de los discos de los ordenadores (folio 87 de la causa), no lo realizó pero estuvo presente y lo autorizó, lo que se complementa al cerrar con su indicativo profesional el acta de entrada y registro (folio 184 vuelto). Se hallaba la Secretaria del Juzgado y el detenido, más un tercer compañero, en referencia a que el anterior también había estado presente (y así obra al mismo folio). En el ordenador había correos enviados a nombre de Eneko.

Convergencia absoluta entre este testigo y su compañero funcionario P-83315-N, respecto de la queja de ciudadanos por denuncia ante la Oficina del Ciudadano a la que se accede desde la página de la Guardia Civil en Internet. Se centran en los mensajes de Eneko Aritza. Preguntado sobre el folio 109 de la causa, depuso en cuanto que también se recogen los otros mensajes para establecer el contexto. Una persona puede registrarse con distintos nicks, si tiene más de una cuenta.

Segundo.- Proyección jurídica.

No existiendo duda sobre la conformación y envío de correos instantáneos de parte del acusado, han de valorarse sus manifestaciones en el sentido de que no deseaba herir a nadie, en franca contradicción respecto del motivo esencial de tales envíos: se metían conmigo porque era vasco, lo que entraña deducir que se sentía ofendido y buscaba devolver la ofensa. Planteamiento que entronca con los requisitos del tipo penal que envuelve la dual acusación. Se atribuye a estos hechos una calificación como delito de menosprecio a las víctimas del terrorismo, comprendido en el segundo inciso del artículo 578 del Código Penal. El precepto contempla los actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, castigando su realización con la pena de prisión de uno a dos años, siendo, por tanto el bien jurídico protegido el honor de esos ciudadanos, en su dimensión más profunda de la dignidad de la persona, que es fundamento del orden político y la paz social, en palabras del auto de 9 de julio de 2008 dictado por el Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional- fundamento jurídico 1.3 primer inciso, que entró a definir el alcance del artículo 578 del CP.

Los hechos encuentran su tipicidad en el precepto mencionado en razón de la concurrencia de todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos. Prima facie conforme a la precitada resolución han de concurrir actos positivos, es decir, exteriorizados, que revelen suficientemente, el descrédito que supone destruir la reputación de una persona, el menosprecio que comporta el desdén y la humillación que supone herir la dignidad de alguien.

Los correos enviados durante los meses de diciembre y enero pasados lesionan la dignidad de los guardias civiles fallecidos Sres. Trapero y Centeno en Francia, presuntamente asesinados por la organización terrorista ETA. Los comparan a personajes de la literatura humorística, supone menosprecio de su condición de funcionarios policiales al servicio de la colectividad y la humillación indicando que "hacerles el boca a boca ...igual resucitan al séptimo día como Jesucristo".

El de 14 de febrero de 2008 dedicado a la víctima de otro delito cometido por el mismo grupo, Sra. Villa, que arrastra graves secuelas físicas y que ostenta un reconocimiento social importante, denota la búsqueda del mismo interés en el redactor, la humillación gratuita (sometimiento de la persona a prácticas sexuales) y además, la finalidad concurrente de atacar la reputación de la misma (puta española).

En igual sentido el sujeto pasivo de los comentarios de varios correos del mes de febrero, Sr. Blanco, que también fue asesinado, es percibido por cualquier lector, que tenga conocimientos y memoria reciente, como una apreciación hiriente por humillante, ofreciendo una versión hilarante del momento de su muerte, vinculada además al sometimiento a actos de índole sexual.

En parecidos términos, en este caso despreciativos, para la figura del Sr. Ordóñez, que también pereció en acto terrorista, se conduce el correo enviado el día 17 de febrero. Otro tanto se predica del mensaje de 24 de febrero, en relación a otro asesinado Sr. Carrero Blanco, representativo de un jolgorio derivado de su muerte, lo que se subsume en el contenido menospreciativo ya aludido.

Todos los actos concitan perplejidad y desconcierto en la sociedad al hilo de la Exposición de motivos de la Ley Orgánica innovadora del artículo 578 del CP, de ahí que en el caso a examen, fueran ciudadanos que accedían al foro, quienes formularon las denuncias; manifiesta relación causa/efecto que provoca el juicio de reproche penal, dado que las palabras que se han valorado, han tenido difusión suficiente en la red de redes - el primero de los testigos comparecidos aclaró que puede acceder cualquiera, y bastando tener cuenta de correo, según explicación del último deponente, el cual entró en consideraciones de la posibilidad de que una persona tuviera diferentes pseudónimos, siempre que tuviera varias cuentas de correo.

Además de las expresiones atentatorias por el número, notoriedad singular de las víctimas de delitos terroristas con resultado de muerte o lesiones invalidantes llenan las exigencias perseguidas por la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica, en tanto que se persigue a los que con motivo de ejercer la libertad de expresión, reconocida constitucionalmente, despliegan conductas perversas que pretenden acrecentar el sufrimiento y la presión hacia las víctimas supervivientes y los familiares de las ya fallecidas, enmarcada en una espiral infinita de terror, de ahí su ubicación en el capítulos de los delitos de naturaleza terrorista.

En instrucción, el acusado dijo que no saber que los hechos eran constitutivos de delito, y conforme a la dimensión temporal de los correos y la cuidadosa elaboración de los mensajes, en algunos casos acompañados de imágenes, no cabe inferir el error de prohibición. La jurisprudencia ha limitado el alcance del error de prohibición el apartado 3º del artículo 14 del Código Penal, dado que en caso de ser invencible, excluye la responsabilidad penal, y en caso de vencible, una atemperación de la responsabilidad, al igual que una circunstancia atenuante muy cualificada.

Afirmar que se desconocía la ilicitud penal de la conducta, resulta atentatorio a la lógica, primero en razón de la edad del acusado con madurez suficiente y por tanto, apto para comprender en sentido lato las modificaciones penales, introducidas por Ley 7/2000 de 22 de diciembre, que tipificó las expresiones proferidas por cualquier medio de expresión y que han generado una dinámica de protección a las víctimas o a sus familiares, más allá del tipo penal de injurias y de las que hay un eco constante en todos los ámbitos sociales consecuencia de los sucesos relevantes que se puedan haber revelado. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1999, además de exigir prueba plena del error, no conlleva que sea preciso para excluir el error que el agente del hecho haya de tener plena seguridad de que actúa ilícitamente, bastando con que sea consciente de existir un alto grado de probabilidad de que su conducta sea antijurídica. La insistencia de sus mensajes en el foro de discusión durante tres meses, no podía resultar indiferente a cualquiera con mínimas dosis de humanidad, someramente explica que respondía a otros ataques recibidos que por las lecturas de los particulares incorporados por la Defensa en el acto de la vista. Las respuestas del acusado, no eran tales, superaban el contexto de crítica ideológica para golpear directamente a las personas identificadas en los mismos, es decir, como partes de un todo -la discusión cruzada- destacando apreciaciones sobre las víctimas de ilícitos penales de naturaleza terrorista de los artículos 571 a 577 del Código Penal, ajenas a cualquier enlace conversacional riguroso sobre temas de actualidad política.

Las conductas desplegadas se incardinan en el artículo 74 del Código Penal, valorando la reiteración de correos de similares características. Convergen los elementos de la pluralidad delictiva conforme a Sentencia del Alto Tribunal de 10 de julio de 2000:

- a) Una pluralidad de acciones cometidas por el mismo sujeto activo.
- b) Una cierta conexidad temporal entre los distintos hechos.
- c) Alternativamente, cabe sostener el dolo unitario inherente a un plan preconcebido, o en el supuesto, el elemento subjetivo se infiere, de un dolo reanudado, en términos de ocasión análoga, siempre aprovechando el foro de debate de un grupo SMN.
- d) Homogeneidad del modus operandi.
- e) Elemento normativo común, representado por el mismo bien jurídico protegido, y para más asertividad, identidad o semejanza de los tipos penales afectados.

Tercero.- Prueba practicada, ponderación y proyección jurídica en relación a la acusación adicional en régimen de concurso real de infracciones.

Las comunicaciones instantáneas ocurridas los días 15, 21 y 24 de febrero residenciadas en la bandera nacional, en las que se trata innoblemente la enseña, también fueron reconocidas en el acto del juicio plenario, al ser preguntado sobre símbolos españoles. También insistió es que tenían por finalidad irritar a sus comunicantes.

Se propende su incendio y la acción de pisar sobre ella, tanto en la transposición de tales expresiones de palabra, y también las que comprenden la imagen asociada de la bandera en llamas, lo que integraría el elemento objetivo del tipo del artículo 543 del Código Penal: las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad se castigarán con pena de multa de siete a doce meses.

Tradicionalmente la bandera ha sido y es, el símbolo de la Nación Española, los actos se han desarrollado por escrito, con publicidad indudable, en un foro de acceso general a cualquier interesado.

Los actos exteriorizados se han desarrollado en el terreno de la ofensa escrita, entre la que incluimos la imagen de la bandera ardiendo, que no puede entroncar con el ultraje, que se define en una situación de lesión más física, que la derivada de una grabación, reflejo de la bandera en trance de combustión. La doctrina legal es expresiva del mal uso de la bandera y en la que el sujeto activo busca la injuria. Por traslación del artículo 207 del Código Penal se trataría de una especie de ataque a la estima de la bandera, símbolo de la Nación española - Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1996- y al igual que la interpretación consolidada del tipo penal de injurias, se considera un elemento objetivo, y no subjetivo del tipo, la exigencia de que la expresión ofensiva (o el hecho) sea objetivamente insultante, lo que ocurre en el caso de autos, es decir no se requiere un especial elemento subjetivo del injusto.

Nos pronunciamos por la continuidad delictiva, en atención a la dispersión diaria de los correos y a la frecuencia temporal entre ellos, lo que supone una renovación de la conducta antijurídica.

Desde esta perspectiva, procede atender la petición del Ministerio Fiscal en orden a la deducción de testimonio del correo obrante en el disco que contiene la reproducción de los textos y las imágenes incautadas, concerniente a un correo que

muestra la bandera de la Comunidad Autónoma Vasca en llamas, a efectos de persecución penal.

Cuarto.- De ambos delitos continuados es autor Xavier REZOLA TELLECHEA por su participación directa, material y voluntaria en las infracciones penales en términos del artículo 28.1 del Código Penal. Negamos la concurrencia de circunstancias modificativas atenuantes de la responsabilidad penal. Aludió a la situación difícil que atravesaba debido al reciente fallecimiento de su padre y la grave enfermedad de su madre. Están documentados ambos extremos, pero no se ha dirigido la prueba de la defensa a poner en evidencia un trastorno nervioso, debilitador de sus aptitudes y ocasionar una disminución de su capacidad de entender y querer, en orden a la afectación de la esfera del dolo, y por tanto de la culpabilidad.

Quinto.- La acusación popular ha reclamado en concepto de responsabilidad civil, a cada una de las personas humilladas y menospreciadas o a sus causahabientes la cantidad de 30.000 euros, por los daños morales y perjuicios ocasionados, y no así el Ministerio Fiscal.

Ejercitando la Asociación de Víctimas del Terrorismo la acción penal en defensa de las víctimas de acciones terroristas, se manifiesta una protección genérica de los ofendidos por los ilícitos penales ubicados en el Título XXII, capítulo V, Sección 2ª del Código Penal, pero no dispone de las autorizaciones de los perjudicados - bien víctimas directas o sus familiares - que contenga un mandato para efectuar la reclamación en términos del artículo 116 del Código Penal.

No se abre el debate sobre el nacimiento de obligaciones civiles ex artículo 578 segundo inciso del Código Penal, o la falta de causa eficiente para sustanciar unos efectos compensadores, al no ser de aplicación el artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: "los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieron antes del trámite de calificación del delito.

No se observa posición dual en la entidad personada, actuando en nombre de la persona jurídica y las personas físicas ofendidas, que pudiera legitimar su postulación. En palabras de la STC 53/83, trasunto del artículo 101 de la Ley adjetiva penal que establece "la acción penal es pública". Y también "todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley" se sostiene que la persona jurídica está habilitada para el ejercicio de la acción penal, ampliando el concepto de ciudadano a las entidades con personalidad propia, porque entre los intereses legítimos de los derechos fundamentales, derivados del acceso de toda las

personas a la jurisdicción, se tiene el deber de recabar la tutela judicial efectiva, para ejercitar la acción en su régimen legal concreto (STC147/85. f.j.3.º).

No olvidamos que en una de las comunicaciones, la del 29 de enero de 2008 se recoge "Irene Villa y AVT: Fascistas y cobardes;...huir; también la de 15 de febrero (por el que fue preguntado se dirige a la AVT) "meamos en las tumbas de los familiares de la AVT". Ello no invalida el argumento sino que lo justifica si cabe, en tanto no se individualizan las personas afectadas por las expresiones vejatorias, por cuanto si el sujeto pasivo del delito de humillación a las víctimas, pueden no ser personas físicas determinadas, para no realizar una interpretación extensiva in malam partem -Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2007. Ponente Sr. Berdugo y Gómez de la Torre- pues en su fundamento cuarto plantea una distinción, confirmando la Sentencia de 21 de noviembre de 2006 de la Sección Primera de la Sala Penal de AN. "una cosa es que los hechos a que se refiere la norma no se limiten a la dignidad o al honor de una persona individual y puedan referirse a un colectivo o generalidad de afectados (la STC. 183/95 de 11.12 , recordó que el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito a las personas jurídicas) y otra muy distinta que puede extenderse el concepto de "víctima" a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que solo por su cargo ostentarían aquella condición, por cuanto ello implicaría -como el Ministerio Fiscal argumenta en su escrito de impugnación al recurso- que todos los ciudadanos serían "víctimas" en cuanto posibles sujetos pasivos de las acciones terroristas."

Explícitamente la reclamación se dirige a la cobertura moral de las personas físicas aludidas en los correos, pues resulta inasible una reclamación desdibujada. Por tanto, la falta de legitimación por representación, es causa de no haber lugar.

Sexto.- Individualización penológica.

En cumplimiento de los principios acusatorio y de legalidad penal, fijamos la respuesta punitiva en el límite máximo de la mitad inferior, en ambas responsabilidades, atendiendo estrictamente a la continuidad delictiva, y al espíritu del 74.1 del Código Penal, que permite imponer la pena en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

No olvidamos la regla sexta del artículo 66 del Código Penal, para casos de no concurrencia de atenuantes o agravantes, se podría imponer la pena en toda la extensión recogida en el precepto penal en que se incardine el delito cometido, en atención a las circunstancias personales del infractor y en la mayor o menor gravedad del hecho.

La carencia de antecedentes penales y la ausencia de otras notas que destacaran un perfil opositor al status quo de nuestro régimen jurídico de convivencia, sirven de base compensatoria para no recrudecer el alcance de la medida sancionadora, en los términos que promueve la segunda acusación. De modo que nos adecuamos a la propuesta del Ministerio Fiscal, una pena de un año y seis meses de prisión por el delito de humillación/menosprecio a las víctimas del terrorismo y a sus familiares, así como una pena de multa de nueve meses y quince días (la justa mitad) y cuota diaria de 10 euros.

En la cuota nos ajustamos nuevamente al acusador público, en relación a los parámetros del artículo 50.5 del Código Penal. Aun cuando no disponemos de la pieza de situación económica, al hallarse en trámite, podemos desprender de autos que no tiene cargas familiares y está en disposición de trabajar y por tanto, de obtener rendimientos. Un modelo de ingresos mínimos ajustado al Índice Público de Renta, que está cifrado en 516, 90 euros mensuales y 6.202, 80 euros anuales, en los supuestos de salario percibido por cuenta ajena, es asumible, pues superando el tercio, la suma de 2.850 euros, cabe el aplazamiento, y además apreciamos una fundada expectativa de que los ingresos sean superiores, de modo que nunca superaría el tercio de ingresos globales, ello sin perjuicio de la responsabilidad personal subsidiaria que impone el artículo 53 del Código, para caso de que se frustren los cauces de pago, voluntario y de apremio.

El ámbito del artículo 48 del Código Penal, que se traduce en la petición de la Asociación Víctimas del Terrorismo consistente en la prohibición al condenado de acercamiento a las familias de las víctimas del terrorismo durante un periodo de diez años por relación al artículo 57 del mismo Código, tiene un alcance facultativo y en este caso, al no haber mediado un encuentro físico entre el autor y los sujetos pasivos del delito, consideramos innecesaria la pena accesoria al delito, porque no se percibe una situación potencial de peligro entre los ofendidos. Aun circunscrita la petición sólo a las familias de las víctimas y no a las víctimas que lo fueron directamente, hubiera resultado más obvia la protección para todas, de modo que no se acierta a comprender la aparente discriminación de la pretensión. Además, la ausencia de determinación de los familiares a proteger con la medida, desnaturaliza el fin de la pena.

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

sustancial han prosperado sus pretensiones. La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002, sostiene la regla general de no inclusión. Y ello, "puesto que, como reiteradamente dice la Jurisprudencia de esta Sala (STS de 6 de abril y 4 de mayo de 1989, 15 de marzo de 1990, 12 de marzo de 1992, 21 de febrero de 1995 o 2 de febrero de 1996, por ejemplo), a partir de la propia literalidad del referido precepto (art. 240.3 LECr), la legitimación que el artículo 125 de la Constitución confiere a cualquier ciudadano para su personación, ejercitando la Acción Popular en el procedimiento penal, no conlleva, puesto que no se está ejercitando acción directamente derivada de la comisión del concreto delito enjuiciado, la imposición al condenado del pago de las costas ocasionadas por esta parte, que no se derivan, en realidad, del ejercicio de acciones por parte de los directamente perjudicados, como es el caso de las Acusaciones Particulares, a las que, en exclusiva, hay que referir el citado artículo 240 de la Ley adjetiva y el 241, que define el contenido de las costas".

Aquí se residencia el argumento clave para no incluir los honorarios de la acusación popular, supuesto que no concurre en el caso sometido a examen, porque la naturaleza de uno de los tipos penales, y el carácter de la entidad, se funden en cuanto a la protección de las víctimas de actos terroristas, siendo procedente aplicar el principio de causalidad a este proceso penal (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1999), por entender que hay una fusión de origen entre cualesquiera víctimas registradas en la asociación y las que han resultado ofendidas por la comisión del artículo 578 del Código Penal.

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

FALLAMOS

- **CONDENAMOS a XAVIER REZOLA TELLECHEA** como autor responsable de un delito de humillación/menosprecio a las víctimas del terrorismo y sus familiares a la pena de **UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISION**, así como inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena.

- **CONDENAMOS a XAVIER REZOLA TELLECHEA** como autor de un delito de ofensa a la bandera nacional a la pena de **MULTA DE NUEVE MESES Y QUINCE DIAS y CUOTA DIARIA DE DIEZ EUROS - TOTAL DE 2.850 EUROS**
- con responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas no satisfechas.



Se le imponen las costas procesales, incluidas las de la acusación popular. Dedúzcase testimonio en soporte DVD en los términos del fundamento tercero in fine de esta resolución por si la imagen aparecida en un correo fuera constitutiva de delito.

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

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

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