



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 846/2015, de 30 de diciembre de 2015

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1193/2015

SUMARIO:

Delitos de enaltecimiento del terrorismo y de humillación o menosprecio a sus víctimas. Para el delito de enaltecimiento del terrorismo y de humillación o menosprecio a sus víctimas, no es necesario un elemento subjetivo que vaya más allá del exigible dolo genérico. El delito de humillación o menosprecio a víctimas del terrorismo no exige publicidad, ni que la acción haya llegado a conocimiento de la víctima. Con expresiones como Gora Eta, se lanza un lacónico pero inequívoco y muy utilizado grito de aliento a una banda terrorista, que se apostilla con sendos comentarios que, excediendo de lo meramente desafortunado, integran claras manifestaciones vejatorias, humillantes y hasta despiadadas para dos concretas víctimas de actos terroristas; incluso de uno de ellos se señala que «mejor muerto», lo que concentra unas dosis de odio y desprecio que ineludiblemente han de activar los mecanismos penales de tutela, al igual que aludir a las dimensiones del zulo donde un famoso secuestrado estuvo recluido durante meses; gesto despectivo al minusvalorar hasta la humillación el sufrimiento de tal víctima del terrorismo. Su difusión a través de una red social lo convierte en accesible a un potencialmente indiscriminado número de personas y no es exigible que la víctima llegue a tener conocimiento de la conducta.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 20.7, 57, 66, 571, 577, 578 y 579 bis.
Constitución Española, arts. 16 y 20.

PONENTE:

Don Antonio del Moral García.

Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Antonio del Moral García
D^a. Ana María Ferrer García

EN NOMBRE DEL REY

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente



www.civil-mercantil.com

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Diciembre de dos mil quince.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por Maximo , contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que condenó al recurrente como autor responsable de un delito de enaltecimiento del terrorismo y de humillación a las víctimas de delitos terroristas, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García. Estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Morales Hernández- Sanjuan. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado Central de Instrucción núm. Cuatro de la Audiencia Nacional incoó Procedimiento Abreviado con el número 10/2014, contra Maximo . Una vez concluso lo remitió a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Segunda) que, con fecha veinticinco de mayo de dos mil quince, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

" ÚNICO.- El acusado Maximo , utilizaba como perfil abierto de la red social "Facebook" el de " Avispado ", con ID NUM000 , asociada a la IP NUM001 de la Compañía "ONO".

Dicha IP tenía como domicilio de instalación el del acusado, sito en la CALLE000 , NUM002 de Bellreguard (Valencia) a través de cable MODEM, siendo titular su abuela materna Bibiana .

En dicha red, publicó los siguientes mensajes y fotografías referentes a determinadas personas condenadas por pertenecer a la organización terrorista "GRAPO" y a otras que habían sido víctimas de delitos de terrorismo . En concreto se pueden reseñar:

1) El 07/06/2013 escribió en su muro de Facebook: "Libertad para los presos políticos", sobre un enlace de Youtube: "PCE (r) y GRAPO 35 años de resistencia". Y como cita del Bola : "Somos los que no alcanzaremos el mar pero permaneceremos en la lluvia

La persona conocida como " Bola " es Jesus Miguel , ejecutoriamente condenado entre otras muchas por sentencia firme dictada por el Tribunal Correccional de París de fecha 29/04/2004 por delito de colaboración con organización terrorista, entre otros.

2) El 30/07/2013 insertó una fotografía de Aurelio con la leyenda "preso político de los GRAPO, Libertad Compañero Aurelio fue condenado, entre otras, por sentencia nº 45/2009, de 2 de junio, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal, firme el 22/06/2009, como autor, entre otros delitos de uno de integración en banda terrorista, GRAPO, en calidad de dirigente.

3) El 20/08/2013, con la imagen de dos sobres de cartas remitidas a Aurelio y Blanca "¡HONOR I GLORIA COMPANYS!". "Ese día será porque vosotros habéis sido".

Blanca fue condenada entre otras, por sentencia nº 55/2006, de 27 de octubre, firme el 27 de noviembre de 2006, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal, entre otros delitos, por el de pertenencia a banda armada, por su integración en la banda terrorista GRAPO.



www.civil-mercantil.com

4) El 18/12/2013 subió una fotografía de Catalina , con el siguiente comentario: "Ha salido en libertad la compañera Catalina BIENVENIDA CAMARADA! HONOR I GLORIA! "

Catalina fue condenada, entre otras, por sentencia nº 27/1998, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de fecha 06/05/1998, firme el 20 de noviembre de 1998, entre otros delitos, por el de pertenencia a banda armada, por su integración en la organización terrorista GRAPO.

5) El 17/01/2014 . comentó una fotografía de Jacinto con las siguientes frases "GORA ETA LIBERTAD PRESOS POLÍTICOS, Jacinto MEJOR MUERTO ".

6) El 31/01/2014 publicitó una fotografía con la leyenda "ETA EUSKADI TA ASKATASUNA " añadiendo que el zulo de Dionisio tenía más metros cuadrados que donde viven muchísimos españoles.

7) El 1 de abril, en una imagen de Milagros reseñó: "Exterminada en prisión Presa Comunista del PCE (r)".

Milagros fue condenada por sentencia de fecha 14/04/2011 firme el 20/02/2012, por delito de pertenencia a banda terrorista por su pertenencia a la organización GRAPO.

En la diligencia de entrada y registro practicada en su domicilio el10/05/2014, autorizada por el Juzgado de Instrucción de Gandía, nº 3, se encontraron, entre otros efectos:

- Tres cartas dirigidas al acusado remitidas por Aurelio desde el centro penitenciario de Algeciras y dos de Blanca desde la prisión de Jaén II.

- Dos libros de Laureano , nombre artístico de Plácido , condenado por sentencia nº 8/2014, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal, por delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 CP ".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLO.- CONDENAMOS a Maximo como autor penalmente responsable de un delito de ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO Y DE HUMILLACIÓN A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS TERRORISTAS, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación absoluta por tiempo de 8 años y pago de costas.

Al acusado le será de abono el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa.

Notifíquese a las partes la presente resolución, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de CASACIÓN por infracción de Ley o quebrantamiento de forma en el plazo de CINCO DÍAS, preparándolo en forma legal ante esta Sala".

Tercero.

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por el recurrente, 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:



www.civil-mercantil.com

Motivos aducidos en nombre de Maximo .

Motivo primero .- Al amparo del art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ por vulneración de los arts. 20 y 16 de la CE . Motivo segundo .- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 LECrim por infracción del art. 578 CP . Motivo tercero. - Por infracción de ley al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim por infracción del art. 579 bis CP .

Cuarto.

El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por el recurrente, impugnando todos sus motivos a salvo un aspecto del segundo motivo en el que apoya la pretensión del recurrente ; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

Quinto.

Realizado el señalamiento para Vista se celebró la misma el día quince de diciembre de dos mil quince. Mantuvo el recurso el letrado del recurrente, Sra. Martínez Lledera en defensa de D. Maximo solicitando su estimación e informando en apoyo del mismo. El Ministerio Fiscal impugnó el recurso solicitando la confirmación de la sentencia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso Nº: 1193/2015

Primero.

La condena es atacada en un primer motivo (art. 852 LECrim) por lesionar los derechos constitucionales a la libertad ideológica y de expresión (arts. 16 y 20 CE).

Como en todos los delitos de expresión subyace un conflicto entre el interés protegido por la norma penal y las libertades de expresión y en su caso ideológica: es un problema de equilibrios y ponderación que no admite respuestas simplistas. Es obvio que la simple ligazón con la libertad ideológica o de expresión no legitima la conducta per se situándola por definición al margen del Código Penal. 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 antijuricidad canalizable a través del art. 20.7 CP (ejercicio legítimo de un derecho). Pero el ejercicio de esos derechos cuenta con alguna barrera. O por decirlo con fórmula más afortunada, está condicionado por otros derechos y exigencias constitucionales. Entre ellos desempeñan un papel no desdeñable el respeto a otros (humillación víctimas) y la prohibición de conductas de alabanza de actividades terroristas que propicie 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 el recurrente ha 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 y por más



reciente, STEDH de 20 de octubre de 2015, asunto M BALA M BALA c/ Francia: condena a raíz de un espectáculo público 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 104/1986, 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 asume, así pues, el discurso que en abstracto se vierte en el escrito de formalización: se tratará de ponderar para dilucidar si la expresión de ideas se ha mantenido en el ámbito, amplio y extenso en esta materia, de lo tolerable; o ha llegado a traspasar esas laxas, pero a su vez firmes, fronteras. En esas correctas coordenadas situó su análisis la sentencia de instancia y lo hace en casación el Ministerio Fiscal. En nada podemos discrepar del marco general que dibuja con pertinentes citas jurisprudenciales el escrito de formalización.

Segundo.

Ese planteamiento conduce en definitiva al segundo motivo del recurso centrado ya en el art. 578 CP (art. 849.1º LECrim). El primero venía a ser más una introducción desde esas indiscutibles premisas generales: las libertades de expresión e ideológica condicionan la interpretación de ese tipo penal.

Establecía el art. 578 CP vigente en el momento de los hechos (en esa redacción fundamenta la Sala la condena): "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 proviene de la reforma que, en materia de terrorismo, operó la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre. En el apartado III de su Exposición de Motivos evocada también en el preciso informe del Ministerio Público encontramos unas palabras que quieren explicar a 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 aun, 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



www.civil-mercantil.com

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 (...)".

En la mayoría de las ocasiones en que en la agenda de esta Sala de casación ha aparecido ese precepto se presentaba la modalidad de enaltecimiento. Pero junto a esa manifestación se acoge otra tipicidad: la humillación de las víctimas. Como advierten las SSTS 224/2010, de 3 de marzo ó 752/2012, de 3 de octubre (que serán citadas junto a otras que luego recordaremos tanto en la sentencia de instancia como en los escritos de recurrente y recurrido) 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, definidos y 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, que bien hubieran podido merecer preceptos individualizados o, cuando menos, incisos separados. Algún sector doctrinal ha criticado esta mescolanza que entrelaza una conducta de connotaciones prioritariamente públicas, como es el enaltecimiento y/o justificación del terrorismo, con otra de contornos mucho más sutiles e íntimos, como es el menosprecio o humillación de las víctimas.

Para la STS 656/2007, de 17 de julio, el primer inciso del art. 578 CP recoge una apología propiamente dicha, definida como enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución. Se apunta que el precepto obedece corresponde a una concreta ratio legis: reforzar la tutela en los delitos de terrorismo, sancionando conductas que no son terroristas pero que las favorecen.

La misma STS 656/2007 precisa que el supuesto del segundo inciso es muy diferente: actos que entrañen «descrédito» (esto es, disminución o pérdida de la reputación de las personas), «menosprecio» (equivalente a poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén) o «humillación» (herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún menoscabo) en las víctimas de acciones terroristas o en sus familiares, fórmulas a través de las cuales se persiguen conductas especialmente perversas como es la injuria o humillación a las víctimas, incrementando el padecimiento moral de ellas o de sus familiares y ahondando en la herida que abrió el atentado terrorista.

Como destaca la Exposición de Motivos este tipo de acciones levantan "perplejidad e indignación" en la sociedad. Está justificada su incorporación al ámbito de lo penalmente reprochable.

El castigo del enaltecimiento del terrorismo persigue la justa interdicción de lo que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (v.gr. SSTEDH de 8 de Julio de 1999, Sürek 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). Como destaca la STS 676/2009, de 5 de junio,



no se trata de criminalizar opiniones discrepantes sino de combatir actuaciones dirigidas a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y daño en la paz de la comunidad con sus actos criminales, atentando contra el sistema democrático establecido.

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). Como dirá la STS 539/2008, de 23 de septiembre , determinadas restricciones a la libertad de expresión pueden ser no sólo legítimas, sino hasta necesarias ante conductas que pueden incitar a la violencia o, como sucede en la humillación a las víctimas, provocar un especial impacto sobre quien las sufre en un contexto terrorista.

El delito de enaltecimiento del terrorismo exige publicidad, (" ... por cualquier medio de expresión pública o difusión "). No así el tipo de humillación a las víctimas de aquél (" o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas ... "). Esta segunda figura reviste una naturaleza más privada: afecta directamente al honor de las víctimas de acciones terroristas por el hecho de serlo; aunque también sin duda golpea sentimientos de solidaridad de la comunidad que en todo delito de terrorismo percibe un ataque a la convivencia pacífica construida entre todos. Supone una lesión a su dignidad humana, violada con el menosprecio que emana del comportamiento querido, directa o indirectamente, por el sujeto activo. Con esa configuración la ofensa privada, aislada a una sola persona, puede dar lugar al delito que aquí se tipifica, sin perjuicio de que también pueda observarse su concurrencia en el caso de una pluralidad de afectados y de que sociológica y criminológicamente la afectación tiende a trascender la esfera individual repercutiendo en sentimientos y valores colectivos lo que otorga a la infracción la morfología de delito público a diferenciación del delito de injurias con el que guarda algún parentesco (las palabras "menosprecio" o "descrédito" traen a la memoria el art. 457 CP 1973 con su clásica definición de injurias).

Como subraya la STS 224/2010, de 3 de marzo , con cita de la STS 585/2007, de 20 de junio , un análisis particularmente riguroso, de las concretas circunstancias en las que el acto humillante, hostil o vejatorio se produce, las frases y/o acciones en que se materializa, y su ocasión y escenario a fin de una ponderación equilibrada. Lo señala la STS 812/2011, de 21 de julio , por remisión a la STS 31/2011, de 2 de febrero : en esta clase de delitos es importante no sólo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas, su contexto la circunstancias concomitantes pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión.

Tercero.

Reclama el recurrente, con razón según se deriva de lo últimamente expuesto, un examen diferenciado y contextual de las siete expresiones que se recogen en los hechos



www.civil-mercantil.com

probados y que han motivado su condena. Todas y cada una de ellas fueron incorporadas a una red social de difusión en ocasiones comprendidas entre el 7 de junio de 2013 y el 1 de abril de 2014.

El hecho de que alguna o algunas de ellas tengan virtualidad para integrar el tipo penal examinado no arrastra como consecuencia que cualesquiera otras relacionadas con aquélla queden también teñidas de esa antijuricidad capaz de generar responsabilidad penal. Se impone ese examen individualizado que también efectúa en su dictamen el Ministerio Fiscal.

Coincidimos con Ministerio Fiscal y recurrente en negar relevancia penal a las frases que se enuncian bajo los apartados 1 a 4 y 7. No se patentiza en ninguna de ellas con la intensidad y claridad exigibles, capaz de desterrar todo equívoco o ambigüedad, un prevalente ingrediente laudatorio, sino más bien sintonía ideológica con determinados presos en el sentido de coincidencia de objetivos políticos -que no necesariamente de medios-, así como solidaridad con su situación de privación de libertad o camaradería nacida de vínculos ideológicos. La mera etiquetación de preso político, con comportar connotaciones muy inexactas cuando se está hablando de acciones terroristas, no encierra necesariamente un elemento de alabanza de esas conductas no amparado por la libertad de expresión por no comportar estímulo -expreso o tácito- a su reproducción (STS 843/2014, de 4 de diciembre que se invoca acertadamente en el recurso). Nos movemos en el territorio de lo penalmente tolerable que tampoco se desborda ni por la petición de liberación de personas condenadas por integración en una banda terrorista ni por la expresión - pretendidamente lírica- de un día de honor ; o una muy elemental, simple y gruesa manifestación de burda crítica al sistema penitenciario.

Hay que acoger el motivo parcialmente negando relieve penal a cinco mensajes.

Cuarto.

Un juicio muy diferente merecen las expresiones difundidas los días 7 y 31 de enero de 2014 (apartados 5 y 6 del factum) . En ellas se lanza un lacónico pero inequívoco y muy utilizado grito de aliento a una banda terrorista -VIVA (GORA) ETA-, que se apostilla con sendos comentarios que, excediendo de lo meramente desafortunado (donde quiere baldíamente la defensa confinarlas) integran claras manifestaciones vejatorias, humillantes y hasta despiadadas para dos concretas víctimas de actos terroristas que adquirieron gran notoriedad pública por la generalizada solidaridad que despertaron en la ciudadanía. " Jacinto , MEJOR MUERTO ": son cinco escasas palabras pero concentran unas tales dosis de odio y desprecio que ineludiblemente han de activar los mecanismos penales de tutela. No menos crueldad asoma a través del comentario adobado de cierto sarcasmo cínico sobre las dimensiones del zulo donde Dionisio estuvo recluido meses: la comparación con los metros cuadrados de algunas viviendas en época de crisis económica, es algo más que un parangón poco atinado: también emerge de manera inequívoca un gesto despectivo minusvalorando hasta la humillación el sufrimiento de tal víctima del terrorismo: las circunstancias de su secuestro son notoriamente conocidas y azuzan la sensibilidad del carácter más rudo.

No es exigible una especie de animus singularizado de buscar específica y exclusivamente humillar a esas dos víctimas como si fuese un añadido al dolo genérico: basta con conocer el carácter objetivamente humillante y vejatorio de las expresiones consideradas aislada y contextualmente, y asumirlo y difundirlo haciéndolo propio. La doctrina más moderna y también el Código Penal de 1995 han abandonado las añejas construcciones sobre elementos subjetivos especiales en los delitos paralelos de injuria y calumnia, levantadas sobre una frágil base gramatical (el término en interpretado en clave finalística). La teoría del animus iniuriandi en los delitos de injuria y calumnia ya se abandonó. Basta un dolo genérico. Cosa



www.civil-mercantil.com

distinta es que el contexto, el momento, el tono, las circunstancias hayan de tenerse en cuenta al evaluar la idoneidad del texto para evidenciar humillación o desprecio.

La explicación ofrecida -reacción de enfado ante el cierre de una cuenta en una red social- ni justifica la conducta, ni difumina el dolo. No puede hablarse de una especie de animus imprecandi, o de manifestaciones imprecativas como opuestas a las ilativas (en distinciones profusamente usadas en otros contextos normativos para debatir sobre los delitos de injuria y calumnia). Por más que los medios de comunicación modernos de la mano de las TICS aceleren la difusión de mensajes escritos hasta acercarlos en su dinámica a las manifestaciones verbales por su rápida génesis y transmisión inmediata, sigue siendo factor relevante a la hora de evaluar el tipo subjetivo y el contexto que se trate de expresiones escritas: exigen en todo caso cierta mayor reflexión pues se prestan a ser releídas antes de la difusión, al modo de las que se denominaron injurias ilativas.

Uno de esos dos mensajes reputados delictivos además iba acompañado de una apostilla implícitamente desafiante que demuestra el conocimiento de la antijuricidad que anidaba en la frase: ahora ya podéis cerrarme también esta cuenta.

Por fin y a mayor abundamiento, estamos ante dos mensajes diferentes en dos fechas distintas: transcurren casi dos semanas entre uno y otro, lo que desmiente la hipótesis aducida como auto-disculpa de un mero impulso momentáneo, no contenido y luego revocado (que en todo caso, tampoco excluiría el carácter delictivo de los hechos: dolo y conducta impulsiva son compatibles).

El silencio del acusado ante alguna pregunta no es elemento decisivo como lo presenta la defensa. No hace si no confirmar lo que se deduce del texto.

Son dos las víctimas humilladas. No podemos plantearnos, pues es tema no debatido, si podría hablarse de dos infracciones diferentes: el carácter supraindividual que se destacó antes abonaría la tesis contraria. En todo caso es cuestión no suscitada, aunque no pueda orillarse este dato totalmente pues es elemento individualizador ex art. 66 CP.

No puede dudarse de la publicidad que, además, en esa modalidad delictiva no se exige. Pero es que en todo caso la difusión a través de una red social (internet) la convierte en accesible a un potencialmente indiscriminado número de personas. Tampoco puede aceptarse la minimización que pretende el recurrente cifrando los seguidores de su cuenta: afortunada, explicable y ciertamente escasos, pero más que suficientes para haber de publicidad a efectos penales. En la reforma de 2015 la difusión a través de redes sociales se convierte en tipo agravado (art. 578.2).

Por otra parte no es exigible que la víctima llegue a tener conocimiento de la conducta.

Quinto.

En un tercer motivo subsidiariamente el recurrente reclama la aplicación del nuevo art. 579 bis que entró en vigor el 1 de julio último y que permite rebajar la pena uno o dos grados a la vista de la gravedad de los hechos, medio empleado y resultado producido.

La pretensión es inviable: no cabe fragmentar legislaciones para elegir caprichosamente y según el propio interés preceptos de dos normas que se suceden en el tiempo y crear una tercera norma ad hoc. El art. 578 ha experimentado modificaciones relevantes en esa reforma convirtiéndose en precepto globalmente desfavorable frente al anterior art. 578 (incrementos de pena e introducción de algunos subtipos agravados). Es verdad que extremando el potencial atenuatorio del art. 579 bis podría llegarse también a una pena inferior (doble degradación permitida: los hechos serían encajables en el art. 578.2 con



www.civil-mercantil.com

una pena de prisión comprendida entre dos y tres años más una multa, que reducidas en dos grados supondrían prisión comprendida entre seis meses y un año menos un día más la multa). Pero no se dan los presupuestos para semejante devaluación de la gravedad de conducta.

Sí que es verdad que el hecho de expulsar cinco acciones del total de mensajes delictivos disminuye la gravedad global de la conducta enjuiciada: ahora estamos ante una única de las modalidades del art. 578 (humillación) sin acompañamiento de conductas de enaltecimiento (aunque es verdad que también en alguna expresión hay una implícita alabanza); y además ante dos únicos episodios cercanos en el tiempo y no ante una reiteración de acciones (hasta siete) durante casi un año. El escenario desde el que efectuar las operaciones individualizadoras ha variado y tal y como sugiere el Ministerio Fiscal la pena habrá de ser repensada a la baja en los términos que se expondrán en la segunda sentencia.

Procede acoger en consecuencia parcialmente el segundo de los motivos.

Sexto.

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

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Maximo , contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que condenó al recurrente como autor responsable de un delito de enaltecimiento del terrorismo y de humillación a las víctimas de delitos terroristas, por estimación parcial del motivo segundo de su recurso y en su virtud casamos y anulamos dicha Sentencia dictada por la Audiencia Nacional con declaración de las costas de este recurso de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Alberto Jorge Barreiro
Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

SEGUNDA SENTENCIA

Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Antonio del Moral García
D^a. Ana María Ferrer García



www.civil-mercantil.com

EN NOMBRE DEL REY

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

En la Villa de Madrid, a treinta de Diciembre de dos mil quince.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción número Cuatro de la Audiencia Nacional, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Segunda), y que fue seguida por un delito de enaltecimiento del terrorismo y de humillación a las víctimas de delitos terroristas, contra Maximo , teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia del Primero y la Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Único.

Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Las razones expuestas en la anterior sentencia justifican por qué no se consideran delictivas las expresiones que en los hechos probados se recogen bajo los apartados 1) a 4) y 7). Su irrelevancia penal mengua la gravedad objetiva de la conducta globalmente considerada y hace necesaria una nueva operación individualizadora. Dos episodios aislados y muy próximos en el tiempo, así como el laconismo de las frases y su escasa difusión efectiva nos llevan a fijar como pena ponderada la de un año de prisión, que sustituirá a la establecida en la sentencia de instancia. Los indicadores agravatorios que se detallaron en la anterior sentencia aconsejan mantener la duración de la pena de inhabilitación: 8 años, lo que supone siete por encima de la pena privativa de libertad.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Maximo como autor penalmente responsable de un delito de HUMILLACIÓN A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS TERRORISTAS , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de UN AÑO DE PRISIÓN, e INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR TIEMPO DE OCHO AÑOS.

Se mantienen los pronunciamientos de la sala de instancia sobre costas y el abono del tiempo del que haya estado privado de libertad.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



www.civil-mercantil.com

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Alberto Jorge Barreiro
Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.