



Roj: **SAN 514/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:514**

Id Cendoj: **28079220042017100007**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **29/03/2017**

Nº de Recurso: **3/2017**

Nº de Resolución: **9/2017**

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

Ponente: **JUAN FRANCISCO MARTEL RIVERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

SALA DE LO PENAL

SECCIÓN 4ª

ROLLO DE PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 3/17

PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 40/16

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº 5

NIG. 28079 27 2 2016 0001066

SENTENCIA Nº 9/17

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DÑA. TERESA PALACIOS CRIADO

DÑA. CARMEN PALOMA GONZÁLEZ PASTOR

DON JUAN FRANCISCO MARTEL RIVERO (Ponente)

En Madrid, a veintinueve de marzo de dos mil diecisiete.

Vista en juicio oral y público, ante esta Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la causa procedente del Juzgado Central de Instrucción nº 5 bajo el nº 40/16, seguida por el trámite del Procedimiento Abreviado ante la posible comisión de un DELITO DE HUMILLACIÓN A LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO, en el que aparece como acusado Olegario , mayor de edad, nacido el día NUM000 -1995 en Águilas (Murcia), hijo de Pablo Jesús y de Encarna , con Documento Nacional de Identidad nº NUM001 , sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, donde está representado por la Procuradora Dª Carmen Fernández Perosanz y defendida por el Abogado D. Gonzalo Alberto Martínez Balonga.

El MINISTERIO FISCAL estuvo representado por el Iltno. Sr. D. Pedro Martínez Torrijos.

Ha actuado como ponente el Magistrado Iltno. Sr. D. JUAN FRANCISCO MARTEL RIVERO, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 11-4-2016 se incoaron las Diligencias Previas nº 38/16 del Juzgado Central de Instrucción nº 6, en funciones de guardia, ante la petición de la misma fecha, formulada por la Jefatura de Información de la Guardia Civil, de salvaguarda judicial del contenido público de la página web que el usuario de los servicios de internet Olegario mantiene en la red, desde donde presuntamente se publicaban múltiples comentarios e imágenes supuestamente enaltecidas del terrorismo o humillantes de sus víctimas. A tales efectos, el mismo día mencionado se realizó un acta de descarga de los cuarenta enlaces o localizadores uniformes



de recurso (URL) obrantes en las redes sociales Facebook y Twitter utilizadas por el denunciado, y dos días más tarde otro acta de desprecinto y volcado de la información contenida en el dispositivo de telefonía móvil intervenido al investigado aludido con motivo de su detención, acaecida el día 13-4-2016. A continuación, efectuadas las diligencias cautelares urgentes, el Juzgado Central de Instrucción nº 6 dictó, el 28-4-2016, auto de inhibición de la causa al Decanato, a los efectos de reparto.

La causa fue repartida al Juzgado Central de Instrucción nº 5, que el día 21-4-2016 dictó auto de incoación de las Diligencias Previas nº 40/16, para investigar si los hechos son presuntamente constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación a las víctimas del terrorismo, aceptando la competencia para el conocimiento de la causa en fecha 30-5-2016.

Las Diligencias Previas nº 40/16 fueron transformadas en Procedimiento Abreviado por auto de fecha 19-10-2016. El día 28-10-2016, una vez presentado el correspondiente escrito de acusación, se dictó auto de apertura del juicio oral, con posterior aportación del escrito de defensa, siendo el procedimiento remitido a esta Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el día 7-2-2017, donde se formó el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 3/17 el día 9-2-2017.

El mismo día 9-2-2017 en el Rollo de Sala se dictó auto de admisión de los medios de prueba propuestos por las partes y de señalamiento del juicio oral, inicialmente previsto para el día 1-3-2017. Pero el plenario no pudo celebrarse el día señalado, debido al cambio operado en el profesional que ejercía la defensa del acusado, concediéndose plazo para el examen de la causa a la nueva dirección procesal del acusado en proveído de fecha 23-2-2017. Finalmente, por decreto del día 14-3-2017 se realizó el nuevo y definitivo señalamiento del juicio oral, con fecha de celebración el día 22-3-2017.

SEGUNDO. - Dicho día, una vez oído en declaración el acusado y practicados las restantes pruebas propuestas y admitidas, el Ministerio #Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito de humillación a las víctimas del terrorismo, previsto y penado en los artículos 578.1 y 2 y 579 bis del Código Penal, del cual ha de responder como autor el acusado Olegario, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, para quien interesó la imposición de las penas de 1 año de prisión e inhabilitación absoluta por 7 años. Asimismo, solicitó la retirada de los mensajes recogidos en la marcación fáctica de esta resolución de la página web alejada en la dirección de internet www.twitter.com <<http://www.twitter.com>> del perfil en Twitter " DIRECCION000), usado por el acusado, así como la imposición de las costas procesales al mencionado.

TERCERO.- La defensa del acusado, en igual trámite de elevación de sus conclusiones a definitivas, mostró su disconformidad con la calificación de los hechos que formuló el Ministerio Fiscal y con las penas que interesó se le impusieran, solicitando la libre absolución de su patrocinado, bien por no concurrencia de los requisitos del tipo penal o bien por concurrencia de error de prohibición invencible, y para el caso de que éste no fuese aplicado alegó error vencible (artículo 14.3 del Código Penal). De modo subsidiario, solicitó que se apreciase las circunstancias minoratorias de la pena establecidas en el artículo 579 bis 3 y 4 del Código Penal, y en su defecto la aplicación de la atenuante de reparación del daño o disminución de sus efectos (artículo 21.5 del Código Penal) o la eximente incompleta de alteración grave de la conciencia de la realidad (Artículo 21.1 en relación con el artículo 20.3 del Código Penal). Para estos casos, solicitó una rebaja en uno o dos grados de la pena a imponer.

CUARTO.- El juicio se celebró durante la audiencia del día 22-3-2017.

HECHOS PROBADOS

Ha quedado acreditado en autos que:

PRIMERO.- El acusado Olegario, con DNI. nº NUM001, mayor de edad, por cuanto nacido el día NUM000 de 1995, y sin antecedentes penales, publicó diversos mensajes en el perfil en Twitter " DIRECCION000)" a través de la página web alojada en la dirección de Internet www.twitter.com <<http://www.twitter.com>>, que sirve para que los distintos usuarios se comuniquen entre sí y puedan compartir fotografías y comentarios.

El perfil de la red social Twitter cuyo enlace o URL de conexión (localizador uniforme de recurso) es DIRECCION000 cuenta con una intensa actividad en dicha red social, materializada en la publicación de imágenes y comentarios de un modo habitual.

En lo que respecta a este perfil de Twitter, comenzó su actividad en julio del año 2010, teniendo la siguiente estructura:

Tweets: Donde se observan de forma cronológica los mensajes, fotografías, retwit, etc., publicados por el usuario de este perfil, donde se encuentran los mensajes e imágenes aquí analizados. Es de significar la gran actividad de este perfil, ya que cuenta con más de 92.000 tweets.

Siguiendo: En este apartado constan todos los perfiles de Twitter que son seguidos por el usuario de este perfil, accediendo a un total de 297 perfiles.

Seguidores: En este apartado constan todos los perfiles de Twitter que se conectan al perfil objeto de la investigación llevada a efecto, teniendo un total de 4.478 seguidores.

Favoritos (o "Me gusta"): En este apartado constan los tweets marcados como favoritos por el usuario del perfil objeto de investigación.

Listas: Nuestra la relación de preferencias a las que el usuario se encuentra suscrito.

Fotos y vídeos (o "Multimedia"): Muestra diversas fotografías personales, así como otras de diversos temas.

SEGUNDO.- El acusado, una vez alcanzada la mayoría de edad el 3 de noviembre de 2013, publicó a través de su cuenta las siguientes imágenes, vídeos y mensajes que se describen a continuación:

- El día 29 de noviembre de 2013, a las 14:38 horas: "ETA impulsó una política contra los coches oficiales combinada con un programa espacial".

- El día 20 de diciembre de 2013, a las 16:26 horas:

"Película: "A tres metros sobre el cielo"

Producción: ETA Films.

Director: Ezequias .

Protagonista: Felicísimo .

Género: Carrera espacial".

- El día 5 de abril de 2014, a las 22:22 horas: " Silvio le regaló a Felicísimo un trozo de la luna, ETA le pagó el viaje a ella".

- El día 28 de abril de 2014, a las 21:27 horas: "Si hacer chistes de Felicísimo es enaltecimiento del terrorismo...".

- El día 8 de julio de 2014, a las 13:40 horas: "Perdone usted, @ DIRECCION001 , un respeto para el gran Felicísimo , la estación internacional de la ETA puso todo su esfuerzo".

- El día 30 de junio de 2015: "¿Ya no puedo hacer chistes de Felicísimo ?"

- El día 4 de septiembre de 2015, a las 00:04 horas: "Elecciones el día del aniversario del viaje espacial de Felicísimo . Interesante".

- El día 22 de septiembre de 2015, a las 20:39 horas: Junto a la imagen de espaldas del héroe del cómic Spiderman viendo surcar por entre los edificios un vehículo largo: "Spiderman VS Felicísimo ".

- El día 21 de octubre de 2015, a las 20:21 horas: "¿ Felicísimo también regresó al futuro con su coche? #RegresoAlFuturo".

- El día 20 de diciembre de 2015, a las 00:39 horas: Junto con la imagen de los efectos del atentado en que perdió la vida el Almirante Felicísimo y dos imágenes que recrean el momento de la explosión y la trayectoria ascendente del vehículo oficial en el que iba el asesinado, publica la siguiente expresión: "Peli: 20 de diciembre".

- El día 20 de diciembre de 2015, a las 10:15 horas: Junto con la imagen de un astronauta con la cara del Almirante Felicísimo , en lo que parece ser la superficie lunar y la bandera de España de la dictadura, con el preconstitucional escudo del águila, publica la siguiente expresión: "20D".

- El día 21 de diciembre de 2015: Junto con dos imágenes: una con la cara del astronauta ruso Gines y otra con el rostro del Almirante Felicísimo , publica las siguientes frases:

"URSS VS SPAIN @URSS vs SPAIN

URSS Gines VS SPAIN Felicísimo ".

- El día 16 de enero de 2016, a las 00:36 horas: Junto con una imagen de los efectos del atentado en el que perdió la vida el Almirante Felicísimo y otra que recibe la trayectoria ascendente del vehículo oficial en el que iba, publica lo siguiente:



"Contigo quiero volar
para poder verte desde el cielo
en busca de lo imposible
que se escapa entre mis dedos".

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Calificación jurídica de los hechos enjuiciados y acreditación de los mismos.

Los hechos declarados probados en el apartado precedente son constitutivos de un delito de humillación a las víctimas del terrorismo, previsto en el artículo 578 del Código Penal, del que aparece como responsable en concepto de autor el acusado Olegario, por su directa, material y voluntaria ejecución, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

A) Respecto al tipo penal aplicado, un compendio de la doctrina jurisprudencial elaborada sobre el mismo lo encontramos en las STS nº 4/2017, de 18-1; nº 825/2016, de 2-11; nº 623/16, 13-7, y nº 656/07, de 17-7. Dichas líneas jurisprudenciales las podemos resumir de la siguiente manera:

a) En cuanto a la razón de ser como delito de una actividad como la humillación, nos recuerda la STS nº 656/07, de 17-7-2007, que la Ley Orgánica 7/2000 de 22-12, introdujo el nuevo tipo penal de exaltación del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo en el artículo 578 del Código Penal. En relación al segundo de los subtipos mencionados, el precepto considera punible "la realización de actos que entrañen descrédito (esto es, disminución o pérdida de la reputación de las personas o del valor y estima de las cosas), menosprecio (equivalente a poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén), o humillación (es decir, herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún menoscabo) de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares. Con ello se trata de perseguir 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 en claro reproche penal (Exposición Motivos, apartado III, de la aludida Ley Orgánica 7/2000 de 22-12).

De esta forma, el legislador ha querido que el consejo de odio que socava las bases de la convivencia y que humilla a las víctimas del terrorismo tenga un tratamiento específico en el artículo 578 del Código Penal, con una sistemática singularizada frente al tipo de hostilidad u odio previsto en el artículo 510 del mismo texto punitivo (STS nº 4/17, de 18-1-2017).

b) Como dice la STS nº 820/16, de 2-11-2016, la figura de la humillación a las víctimas del terrorismo ("...o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas..."), reviste una naturaleza más privada que el subtipo del enaltecimiento, ya que 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.

Por eso, 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 y las circunstancias concomitantes, pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión.

c) Precisamente en cuanto a la intencionalidad, establece la ya referida STS nº 4/17, de 18-1-2017, que el artículo 578 del Código Penal solo exige el dolo, esto es, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo; en otras palabras, tener plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una merma de la reputación, aprecio y dignidad de las víctimas del terrorismo y sus familiares. Ello ocurre cuando el mensaje de burla llega a la víctima en su integridad sin matices aclaratorios de la verdadera intención del autor que lo suscribe. La memoria de su propia tragedia no adquiere otra tonalidad cuando el agente alega que ha sido expresado con sátira o que es fruto de la crítica ácida. En aquellos casos, los mensajes de burla y afrenta difundidos alimentan el discurso del odio, legitima el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obliga a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia del asesinato de un familiar cercano. Por lo que la estructura típica del delito que nos ocupa no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Basta con asumir como propia la humillación a las víctimas del terrorismo -siempre en el marco de referencia que ofrecen los



artículos 572 a 577 del Código Penal -, basta con la reiteración consciente de esos mensajes a través de una cuenta de Twitter, para descartar cualquier duda acerca de si el autor captó con el dolo los elementos del tipo objetivo.

d) Por otro lado, en relación con el conflicto que puede suscitar la comisión delictiva con la libertad de expresión, la STS nº 623/16, 13-7-2016, indica que la libertad ideológica o de expresión no pueden ofrecer cobijo a la exteriorización de expresiones que encierran un injustificable desprecio hacia las víctimas del terrorismo, hasta conllevar su humillación. No se trata de generalizar el chiste de mal gusto, sino que una de las facetas de la humillación consiste en la burla, no recreada con chistes macabros con un sujeto pasivo indeterminado, sino bien concreto y referido a una persona a quien se identifica con su nombre y apellidos. En el caso de la humillación y menosprecio a las víctimas del terrorismo, el desvalor de la acción que menciona el artículo 578 del Código Penal no quedaría totalmente protegido mediante la sola figura de las injurias, siendo así que su contexto -que además justifica un mayor reproche penal- lleva a ubicar esta intromisión, entre los delitos de terrorismo. Se trata, pues, de comprobar si las expresiones que se difunden pueden ser constitutivas de una ofensa, o una burla, en suma, de una humillación, a quien ha sufrido el zarpazo del terrorismo. Llevada a cabo una comprobación en sentido afirmativo, corresponde aplicar la respuesta penal que ofrece el Código Penal en represión de una acción típicamente antijurídica y culpable, esto es, de un delito.

Sigue indicando la sentencia últimamente referenciada que la humillación o desprecio a las víctimas afecta directamente a su honor y, en definitiva, a su dignidad (valores que tienen reconocida relevancia en la Constitución: artículos 18.1 y 10.1), perpetuando su victimización, que es actualizada o renovada a través de esa conducta. En consecuencia, el ejercicio de la libertad ideológica o de la libertad de expresión, no obstante su reconocimiento como derechos fundamentales (Artículo 20.1 a) de la Constitución), no pueden servir de cobertura a la impune realización de actos o exteriorización de expresiones que contengan un manifiesto desprecio hacia las víctimas del terrorismo, en tal grado que conlleve su humillación.

B) Los apuntados requisitos para la comisión del delito que nos ocupa se cumplen en el caso enjuiciado, habiéndose acreditado a través de las pruebas de cargo practicadas, consistentes en la declaración del acusado, las manifestaciones de los funcionarios policiales que intervinieron en la averiguación en los hechos, la pericial de volcado del contenido de los elementos informáticos que portaba el acusado cuando fue detenido, y la documental obrante en autos, en ningún caso impugnada.

La versión exculpatória del acusado Olegario no se sostiene ni resulta convincente. Dijo en el plenario que reconocía que todos los mensajes o tweets que aparecen en las actuaciones los ha escrito el declarante en su perfil de Twitter, que creó en 2010 con unos amigos, pero que dos años después sólo manejaba el dicente; mensajes que con posterioridad ha borrado voluntariamente, sin aportar los pormenores y circunstancias temporales de la alegada baja, habiendo igualmente admitido que tuitea unas treinta y cuarenta veces al día. Admitió que era estudiante de Historia, natural de Águilas (Murcia), se le conoce por " DIRECCION000 " y durante siete años ha realizado varios comentarios jocosos sobre Felicísimo y otros muchos personajes. Cuando fue preguntado por cada uno de los tweets que aparecen en el escrito de acusación como confeccionados por él, manifestó que los escribió en tono humorístico y en clave irónica, haciendo referencias descontextualizadas a la Ley de Seguridad Ciudadana, resaltando que nada es original sino que está extraído de Internet, a través de cuyas redes sociales ha escuchado comentarios análogos sin que por ello a sus autores se les haya encausado. Después de indicar de modo genérico que toda muerte es una tragedia, negó que alguna vez haya enaltecido algún atentado terrorista, lo que se contrapone con expresiones propias que ha efectuado en su perfil de Twitter, sobre lo que más adelante tendremos ocasión de volver.

Al acto del juicio acudieron como testigos varios de los funcionarios de la Guardia Civil que intervinieron en la investigación desplegada. Así, el GC NUM002 declaró que fue el Instructor de las diligencias que llevaron a la detención del acusado, elaborando el atestado que consta en los folios 39 a 114 de la causa. Manifestó que a la cuenta de Twitter de " DIRECCION000 " se llegó por el equipo multidisciplinar creado para la prevención y persecución de delitos cometidos por Internet, en el marco de la denominada "Operación Araña", siendo su misión la de garantizar los derechos del detenido y la de asegurar los datos informáticos obtenidos que fueron detectados en la red y a través de las notas personales ofrecidas por el propio acusado se llegó al mismo, por ser autor de mensajes con expresiones jocosas y malsonantes, en tono de mofa, dirigidos a víctimas de la organización terrorista ETA; mensajes que luego fueron hallados igualmente en el aparato de telefonía móvil y en las tarjetas de memoria insertas en aquél, incluyendo incluso una imagen con el símbolo de ETA. Terminó indicando que el volcado de tales mensajes no los hizo el declarante, pero las imágenes sí las valoró por escrito en un informe ampliatorio (que aparece en los folios 120 a 127 de las actuaciones), considerando como de capacidad media el número de seguidores del perfil del acusado (casi 4.500). También acudió al juicio el GC NUM003, que actuó de Secretario de atestado y expresó que intervino como auxiliar del Instructor, en la detención del acusado, en la instrucción de las diligencias y en la valoración de los mensajes, en tanto que



las labores de rastreo de los tweets y de identificación del acusado correspondió a otros compañeros. Por otro lado, los funcionarios GC NUM004 y GC NUM005 testificaron que participaron en las dos diligencias de volcado de contenidos practicadas: el primero, en la descarga de los cuarenta localizadores o enlaces URL efectuada de urgencia el día 11-4-2016 en el Juzgado Central de Instrucción nº 6, en funciones de guardia (folios 10 al 14 de la causa), y el segundo en el desprecinto y clonado de la información contenida en el dispositivo de telefonía móvil incautado el acusado al momento de su detención, realizado el 14-4-2016 en dependencias de la Jefatura de Información de la Guardia Civil (Folio 27), llegándose a utilizar hasta cinco métodos distintos de extracción. Por lo demás, el perito del Grupo de Informática Forense, del Área Técnica de la Jefatura de Información de la Guardia Civil, GC NUM006, ratificó el informe técnico pericial obrante en los folios 128 a 138 de la causa, donde se analizó la memoria interna del teléfono móvil de la marca Samsung modelo GT-19300 intervenido al acusado, así como la tarjeta SIM de la compañía Lebara que se encontraba en el interior del teléfono móvil y el dispositivo de almacenamiento (Tarjeta micro SD) de la marca Toshiba, de 32 giga bytes de capacidad, que también se hallaba en el interior del referido teléfono móvil, con el resultado que es de ver en las actuaciones, que luego pasó al análisis de los funcionarios investigadores. Finalmente, en cuanto a la prueba documental, obra en los ya aludidos atestado inicial del procedimiento e informe ampliatorio elaborado por el Instructor policial, así como en diversos DVD obrantes en la causa (folios 15, 16 y 139), abundante información sobre los mensajes difundidos en la red por el acusado que son objeto de enjuiciamiento.

La declaración del acusado no resulta para nada convincente para exculparle de la comisión del delito que se le atribuye, puesto que las frases utilizadas, adicionadas la mayoría de las veces con elocuentes imágenes, refuerzan aún más su carácter de descrédito, burla y mofa a una víctima del terrorismo, por más que el atentado sufrido por el entonces Presidente del Gobierno del régimen franquista hubiera tenido lugar en 1973; es decir, una vez transcurridos casi más de 40 años desde entonces. Tiempo que no podemos considerar histórico y neutro a los efectos enjuiciados, puesto que la lacra del terrorismo de ETA persiste, aunque con menor intensidad, y las víctimas del terrorismo constituyen una realidad incuestionable, que merecen respeto y consideración, con independencia del momento en que se perpetró el sangriento atentado, que por cierto cegó la vida de otras dos personas, no tan relevantes pero asimismo merecedoras de la misma deferencia. Entender que las consecuencias de aquel atentado de 20-12-1973 no merece la protección penal a los efectos enjuiciados crearía una situación injusta, con consiguiente existencia de víctimas de ETA de diversas categorías.

En este sentido, extraña por incoherente e interesada la actitud de distanciamiento de ETA mostrada en el plenario por el acusado, cuando en su teléfono fue detectada una fotografía con personas portando una bandera con el anagrama de ETA (consistente en un hacha con una serpiente enroscada en su mango: folio 126). Asimismo, llama la atención que en cuatro de los doce tweets examinados haga referencia expresa a ETA sin denigrarla, en otro menciona al terrorismo y en otros dos incorpora imágenes del terrorismo practicado por aquella banda criminal. Por lo demás, el marcado carácter no conciliador del acusado lo muestra en los textos por él escritos en época próxima a la mayoría de edad, como los siguientes (folios 45, 46 y 48 de la causa): "¿Consideras que se puede justificar el asesinato en algunos casos? Si el de Felicísimo por ejemplo" (20-12-2012); "Ojalá el IRA hubiera conseguido matar a Melisa, hubiera sido un Felicísimo a la irlandesa" (8-4-2013) y "Qué mal hizo ETA dejando a tanto hijo de puta vivo" (4-8-2013). Expresiones muy alejadas de la tesis de la defensa sobre ridiculización por su patrocinado de las acciones de ETA. Menciones las anteriores que efectuamos, no para incriminar indebidamente al acusado, sino para contextualizar sus opiniones y mensajes en el marco de este procedimiento y a través de prueba en él practicada y no impugnada.

Por la defensa del acusado se aportó en el plenario, con pretendidos efectos exculpatórios de su patrocinado, determinada documental que, a su entender, refuerza su tesis absolutoria. Tales documentos (folios 126 a 159 del rollo de Sala) consisten en una relación de otras publicaciones y perfiles de internet con idénticos o similares chistes que los que son objeto de enjuiciamiento; un manifiesto denominado "Felicísimo como síntoma", firmado por 245 docentes de Ciencia Jurídica, y una carta abierta de la nieta del Almirante Felicísimo llamada Cecilia, donde distingue entre el mal gusto al escribir y el delito. Sin embargo, la prueba documental enunciada no tiene la aptitud de exonerar al acusado de la responsabilidad penal por la que es juzgado, pues es su voluntaria, libre e intencional conducta la que estamos sometiendo al presente escrutinio judicial, con el resultado incriminatorio expresado.

Del examen efectuado concluimos que el acusado ha perpetrado las acciones juzgadas en desprecio, deshonra, descrédito, burla y afrenta de persona que ha sufrido el zarpazo del terrorismo y sus familiares, haciendo reiterada y persistente mofa de las circunstancias que acaecieron en aquel atentado sangriento, distanciándose con ello de la fina ironía y el saludable ambiente humorístico que en momento postrero presenta. Actitud irrespetuosa y humillante que entraña la comisión delictiva que le atribuye la acusación pública.



C) Nos resta, por último, descartar que concurra en el caso enjuiciado el alegado error de prohibición, ya sea en su versión de invencible, como causa excluyente de la responsabilidad penal, o bien vencible, como motivo de disminución de tal responsabilidad penal del acusado.

Las STS nº 926/16, de 14-12-2016, y nº 795/16, de 25-10-2016, nos recuerda la básica distinción entre error de tipo y error de prohibición. El primero se halla imbricado con la tipicidad, aunque hay que reconocer que un tanto cernida por el tamiz del elemento cognoscitivo del dolo, mientras que el segundo afecta a la culpabilidad. En el artículo 14 del Código Penal se describe, en los dos primeros números, el error del tipo, que supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo (núm. 1), y a su vez, vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (núm. 2) por tanto el error sobre cualquier elemento del tipo, es decir, el desconocimiento de la concurrencia de un elemento fundamentador de la prohibición legal de esa conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que éste requiere conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto, es decir el dolo se excluye por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o de los hechos constitutivos de la infracción. Y en el núm. 3 se recoge el error de prohibición, que la jurisprudencia lo describe como reverso de la conciencia de la antijuridicidad, como un elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho, o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente. No cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor cree que la sanción penal era de menor gravedad, y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida y únicamente se excluye, o atenúa, la responsabilidad cuando se cree obrar conforme a derecho. Además, el error de prohibición no puede confundirse con la situación de duda, pues ésta no es compatible con la esencia del error, que es la creencia errónea; de manera que no habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la licitud del hecho y se decide actuar de forma delictiva, existiendo en estos supuestos culpabilidad, de la misma manera que el dolo eventual supone la acción dolosa respecto a la tipicidad subjetiva.

Por tanto, como indica la STS nº 83/17, de 14-2-2017, existirá error de prohibición en aquellos supuestos en los que el autor ha creído obrar lícitamente, bien porque el hecho no está prohibido o porque supone que está autorizado para obrar como lo ha hecho. De ahí que únicamente concurre error de prohibición cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por norma alguna, pues si conoce su sanción penal no existe error jurídicamente relevante aun cuando concurra error sobre la subsunción técnico-jurídica correcta.

Siguiendo a la STS nº 782/16, de 19-10-2016, constituye uno de los avances fundamentales del Derecho Penal contemporáneo el reconocimiento de la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad, necesario para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho está legalmente permitido -error directo de prohibición-, bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación -error indirecto de prohibición-, la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible. Por lo que ha de dilucidarse si la distorsión en el mensaje imperativo de la norma penal era o no evitable, en el sentido de efectuar un juicio sobre la vencibilidad o a invencibilidad del mismo, es decir, comprobar si el error en que incurre el acusado hubiera podido superarse empleando una diligencia objetiva y subjetivamente exigible.

También la mencionada jurisprudencia destaca la dificultad de determinar la existencia del error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, sin que baste su mera alegación, puesto que deberá probarse, al imperar el principio "ignorantia iuris non excusat". De manera que cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada.

Y es que la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que los sirven de apoyo y permiten sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. Dicho análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento.

Abundando en lo anterior, la STS nº 795/16, de 25-10-2016 dice que el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso, en el sentido de conocer concretamente la gravedad con la que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas



sino legos en esta materia por lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza. Ello determina que sea penalmente irrelevante el error de subsunción; es decir, el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada, y únicamente concurre error de prohibición cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por norma alguna. Si conoce su sanción penal no existe error jurídicamente relevante aun cuando concurre error sobre la subsunción técnico-jurídica correcta.

Añade la STS nº 813/16, de 28-10-2016 que la apreciación del error, en cualquiera de sus formas, vencible o invencible, vendrá determinado en atención a las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor. Son fundamentales para apreciar cualquier tipo de error jurídico en la conducta del infractor las condiciones psicológicas y de cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de sus actos. También la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para que sea conocido el mismo por el sujeto activo, puesto que han de distinguirse las infracciones de carácter natural y las de índole formal.

Ciñéndonos al supuesto que nos ocupa, debemos concluir que en la conducta del acusado, a pesar de los esfuerzos argumentales de su abogado, no concurre ningún atisbo de error de prohibición, ni en su versión invencible ni en su versión vencible.

Por un lado, su propia formación universitaria implica que está en posesión de un grado de conocimiento y percepción de las cosas que convierte en inimaginable que no sepa que la conducta que se le atribuye es penalmente reprochable, a pesar de que ignore los concretos requisitos del tipo aplicable. Más aún tratándose de un delito de los denominados materiales, que castiga conductas insitas en el normal devenir de la sociedad, a las que el Poder Legislativo anuda consecuencias punitivas. Ello en contraposición a los llamados delitos formales, de elaboración más científica y doctrinal y, por ende, más alejados del normal entendimiento de una persona de mediana instrucción.

Y por otro lado, la propia conducta expresada por el acusado en sus mensajes de texto y las imágenes acompañadas, demuestra bien a las claras que conoció la existencia del reproche penal de su conducta, o al menos se lo planteó. Situaciones que constituyen causas excluyentes de la apreciación del error de prohibición. Así acontece en el mensaje del 28-4-2014, cuando menciona en sentido condicional que "hacer chistes de Felicísimo es enaltecimiento del terrorismo"; y en el mensaje del 30-6-2015, cuando se pregunta si ya no podía "hacer chistes de Felicísimo".

En suma: la reiterada conducta del acusado aquí juzgado es percibida por cualquier ciudadano como palmariamente ilícita por delictiva. Los hechos se hicieron con conocimiento y consentimiento del acusado. Especialmente al tratarse de persona con cierta cultura que evidentemente sabía que estaba cometiendo hechos patentemente ilícitos, sin mediar ningún motivo que haga concebir alguna falta de diligencia de cualquier grado de intensidad en su conducta. De ahí que debemos rechazar la tesis de aplicabilidad del error de prohibición esgrimida por su dirección procesal.

SEGUNDO.- Inexistencia de factores de minoración o de concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

En su escrito de conclusiones definitivas, la defensa del acusado alegó que, de modo subsidiario a la principal petición absolutoria mantenida -bien por inexistencia del tipo atribuido o bien por aplicación de la doctrina del error de prohibición, concurrían en su patrocinado las circunstancias minoratorias de la pena establecidas en el artículo 579 bis 3 y 4 del Código Penal, y que en su defecto procedía la aplicación de la atenuante de reparación del daño o disminución de sus efectos (Artículo 21.5 del Código Penal) o la eximente incompleta de alteración grave de la conciencia de la realidad (Artículo 21.1 en relación con el artículo 20.1 del Código Penal), añadió que la apreciación de alguna de tales posibilidades acarrearía una sustancial rebaja de la pena a imponer.

Ninguna de dichas peticiones, meramente alegadas y no acreditadas, puede ser acogido, como a continuación analizaremos.

A) En relación al artículo 579 bis 3 del Código Penal, establece que en los delitos de terrorismo en cualquiera de sus modalidades, "los jueces y tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito, o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones, grupos u otros elementos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado".



En el presente caso, ninguna de estas situaciones se producen en el acusado, que no ha mostrado el menor arrepentimiento por las acciones que desarrolló ni ha desplegado acción alguna para evitar los efectos del delito perpetrado.

B) En relación al artículo 579 bis 4 del Código Penal, establece que "Los jueces y tribunales, motivadamente, atendiendo a las circunstancias concretas, podrán imponer también la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito de que se trate, cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado y el resultado producido".

No procede la aplicación de esta previsión legal, porque el delito fue cometido en el largo periodo de tres años y reiteramos que no se observa en el acusado ninguna muestra de aflicción por el resultado producido.

C) En cuanto a la atenuante simple de reparación del daño o disminución de sus efectos, prevista en el artículo 21.5º del Código Penal, resulta inaplicable porque no existe constancia en autos de que haya operado alguno de los presupuestos para la aplicación de la referida atenuante. El acusado manifestó que ha borrado de Internet cualquier alusión a los mensajes o tweets objetos de autos, pero dicha alegación no encuentra en las actuaciones corroboración oficial alguna.

D) Y en cuanto a la eximente incompleta de sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, que implique una grave alteración de la conciencia de la realidad, prevista en el artículo 21.1ª en relación en el artículo 26.3ª del Código Penal, tampoco resulta procedente su aplicación al acusado, porque ninguna prueba se ha propuesto, ni consiguientemente admitido y practicado, en relación a dicha circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

TERCERO.- Individualización punitiva.

Respecto a las penas previstas por la comisión del delito de humillación a las víctimas del terrorismo del artículo 578.1 del Código Penal, inicialmente y en abstracto se sitúan en la prisión de 1 a 3 años y multa de 12 a 18 meses. Cuyas penas se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se lleven a cabo mediante la difusión de los servicios de internet, como previene el apartado 2 del precepto mencionado.

En el caso de autos, siguiendo el principio acusatorio, se impondrá al acusado la pena mínima de 1 año de privación de libertad, además de la inhabilitación absoluta por el tiempo mínimo de 7 años, así como la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por así establecerlo el artículo 56.1.2º del Código Penal.

No procede, en cambio, la imposición de la medida de libertad vigilada, prevista en el artículo 579 bis 2 del Código Penal, al no ser condenado el acusado a pena grave privativa de libertad.

Por último, por así indicarlo el artículo 578.4 del Código Penal, ordenaremos la retirada de los mensajes recogidos en la narración fáctica de esta resolución de la página web alojada en la dirección de Internet www.twitter.com <<http://www.twitter.com>> del perfil en Twitter " DIRECCION000), usado por el acusado y ello a pesar de que el mismo y su dirección procesal manifestaron que el primero ha borrado de la red tales mensajes objeto de enjuiciamiento. Como quiera que desconocemos por vía oficial la realidad de esta circunstancia, en previsión de que no haya ocurrido como indica el interesado, acordaremos la medida legalmente prevista.

CUARTO.- Costas procesales.

Las costas procesales vienen impuestas legalmente a todo responsable de delito como preceptos el artículo 123 del Código Penal.

En atención a lo expuesto,

FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a Olegario, como responsable en concepto de autor de un DELITO DE HUMILLACIÓN A LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas UN AÑO DE PRISIÓN, con la accesoria de INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO POR TIEMPO DE UN AÑO, E INHABILITACIÓN ABSOLUTA DURANTE SIETE AÑOS, además del abono de las costas procesales devengadas.

Asimismo, acordamos la retirada de los mensajes recogidos en los Hechos Probados de esta resolución de la página web alojada en la dirección de Internet www.twitter.com <<http://www.twitter.com>> del perfil en Twitter " DIRECCION000), usado por el acusado.



Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndolas saber que contra la misma pueden interponer recurso de casación, por infracción de ley o quebrantamiento de forma, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá ser anunciado en el plazo de cinco días, a contar desde la última notificación.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ilmo. Sr. D. JUAN FRANCISCO MARTEL RIVERO, estando celebrando audiencia pública el día de su fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ