



Roj: SAN 4038/2016 - ECLI:ES:AN:2016:4038
Id Cendoj: 28079220032016100032
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 12/2016
Nº de Resolución: 35/2016
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
Ponente: MARIA DE LOS ANGELES BARREIRO AVELLANEDA
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA NACIONAL - SALA DE LO PENAL

ROLLO DE SALA núm. 12/2016

Procedimiento Abreviado núm. 86/15

Juzgado Central de Instrucción núm. 1

SENTENCIA núm. 35 / 2016

Sección 3ª

Ilmos. Sres.:

Don F. Alfonso Guevara Marcos - Presidente

Doña M. Angeles Barreiro Avellaneda

Don Antonio Díaz Delgado

En Madrid, 15 de noviembre de 2016.

Visto en juicio oral y público, el presente procedimiento abreviado núm. 12/16 procedente del Juzgado Central de Instrucción núm. 1 correspondiente al rollo de Sala 12/16 por delito de enaltecimiento de humillación a las víctimas del terrorismo.

Han sido partes:

- El Ministerio Fiscal representado por el Ilmo. Sr. Don Vicente J. González Mota.

La entidad ASOCIACIÓN DIGNIDAD Y JUSTICIA, como acusación popular, que actúa representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Mónica Liceras Vallina y asistida de la Letrada Doña Vanessa Santiago Ramírez.

El acusado:

- Leonardo , nacido en la Madrid, el día NUM001 de 1979 hijo de Vidal y Martina , provisto de DNI NUM002 , sin antecedentes penales, no sometido a medida restrictiva de su libertad.

Viene representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Virginia Sánchez de León Herencia; han ejercido su defensa los Letrados Don Daniel Amelang López y Don Eduardo Gómez Cuadrado.

Es ponente la Sra. M. Angeles Barreiro Avellaneda expresando el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 1 por resolución de 25 de junio de 2015 admitió a trámite la querrela interpuesta por la entidad ASOCIACIÓN DIGNIDAD Y JUSTICIA, con fecha 17 de junio de 2015, por el delito de humillación a las víctimas del terrorismo, en relación al envío de mensajes en la plataforma Twitter por el ya nombrado.

Segundo.- En auto de 2 de julio de 2015 el JCI núm. 1 acordó el sobreseimiento de las actuaciones al considerar que los hechos no eran constitutivos de infracción criminal.

Notificada la resolución fue recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal para que fuera acordada la reapertura de las actuaciones y oído el imputado como así había acordado anteriormente el órgano judicial; lo justificaba pues aunque Consuelo hubiera manifestado que no se sentía humillada, la víctima del delito no era una persona en concreto, sino el conjunto de personas que habían sido objeto de un daño, constando igualmente recurrido en apelación por la parte personada, fue estimado el recurso por la Sección 2ª de esta Sala de lo Penal según auto de 1 de octubre de 2015 .

Tercero.- En cumplimiento de la resolución de la segunda instancia, fue practicada la diligencia consistente en la declaración del investigado el día 7 de octubre de 2015, dando lugar a que el JCI núm. 1 se pronunciara en resolución de la fecha decretando el archivo de las actuaciones por no ser los hechos constitutivos de infracción penal, al no apreciar dolo directo o dolo eventual en la intención del investigado al publicar determinados mensajes en la plataforma Twitter.

Frente a dicha resolución la parte querellante interpuso recurso de apelación que fue estimado por la Sala de apelación. En el auto de 9 de diciembre de 2015 que sustanció el recurso, se acordó la continuación del procedimiento ordenado en los artículos 780 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por un delito previsto en el artículo 578 inciso 2 del Código Penal , en relación a la frase "Han tenido que cerrar el cementerio de las niñas de Alcaser para que no vaya Consuelo a por repuestos", también incluía la práctica de las diligencias de investigación descritas en la propia resolución.

Cuarto.- El JCI núm. 1 recibido el testimonio de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal, acordó la remisión de oficios al Servicio de Información de la Guardia Civil y a la Comisaría General de Información de la Policía Nacional, adjuntando copia de la querrela interpuesta por la parte querellante Asociación Dignidad y Justicia, a fin de que informaran sobre los siguientes extremos:

"-la constatación de los hechos denunciados que figuran en el escrito de querrela y si los tuits objeto de la presente querrela estuvieron publicados en la cuenta de Twitter del querrellado desde el 31 de enero de 2011 hasta el 13 de junio de 2015.

-Identificación del autor de la publicación de dicho mensaje en la red social Twitter.

-y toda aquella información precisa que acredite y sirva para determinar los hechos expuestos en el presente escrito."

Quinto.- Recibidas las contestaciones, y luego de que fuera sustanciado un recurso de apelación contra el auto del Juzgado instructor aceptando la competencia sobre los hechos objeto de la querrela interpuesta por el sindicato Manos Limpias, repartida inicialmente al Juzgado de Instrucción núm. 41 de Madrid, (finalmente no comparecida dicha parte en la vista del juicio oral), se dictó auto de 12 de febrero de 2016 , ordenando la prosecución de las diligencias previas por el trámite del procedimiento abreviado en relación a la frase: "Han tenido que cerrar el cementerio de las niñas de Alcaser para que no vaya Consuelo a por repuestos".

Sexto.- Conferido traslado mediante de 15 de febrero de 2106 el Ministerio Fiscal interesó el sobreseimiento libre de las actuaciones por no apreciar que el tuit objeto de imputación pudiera integrar auto el delito de humillación a las víctimas.

Mediante escrito de 28 de febrero de 2016 la querellante ASOCIACIÓN DIGNIDAD Y JUSTICIA solicitó la apertura del juicio oral al tiempo que formalizaba escrito de acusación:

- Calificó los hechos con arreglo a los artículos 578 y 579.2 del C, como un delito de humillación a las víctimas del terrorismo.

- Atribuyó su comisión al acusado Leonardo en términos de los artículos 27 y 28.1 del CP .

- Sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad.

-Solicitó una pena de 1 año y 8 meses prisión e inhabilitación absoluta por 7 años é inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

-Costas incluidas las de la acusación popular.

Por su parte, la Defensa interesó la libre absolución.

Séptimo.- Recibidas en esta Sección 3ª las actuaciones en auto de 7 de septiembre se acordó la apertura del juicio oral, se sustanció el trámite de admisión de prueba y se procedió a señalar la audiencia del día 7 de noviembre de 2016 para la celebración de la vista del juicio oral.

Octavo.- Llegado el momento procesal acordado, se celebró el juicio según consta en acta y en la grabación digital que reproduce imagen y sonido. Como cuestión previa se alegó incompetencia de la Sala, pretensión a la que se dio respuesta anticipada en sentido desestimatorio.

Practicada la prueba, la acusación popular elevó a definitivo su escrito de conclusiones. El Ministerio Fiscal en armonía con su escrito ya mencionado y la prueba practicada formuló petición absolutoria, interesando que en los hechos probados se incluyera la frase "en un debate sobre libertad de expresión y humor negro".

La Defensa postuló LA LIBRE ABSOLUCIÓN interesando la condena en costas de la parte acusadora.

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

II.- HECHOS PROBADOS

Leonardo , mayor de edad, publicó en la red social Twiter el día 31 de enero de 2011, a través de su cuenta Twitter @ DIRECCION000 , perfil abierto y en consecuencia, con un número de seguidores potencialmente significativo el siguiente mensaje:

19:25 horas-<<< "Han tenido que cerrar el cementerio de las niñas de Alcazar para que no vaya Consuelo a por repuestos".<<<

El mismo día a las 19:26 horas insertó-<<< "¿Cómo meterías a cinco millones de judíos en un 600? En el cenicero".

También publicó otro, desde la misma cuenta el día 6 de junio de 2012, en el que se leía:

23:45 horas-<<< rescateficción Baldomero promete resucitar la economía y a Blanca .

Tales comentarios se difundieron en el curso de conversaciones sobre debates a modo de chistes macabros, utilizando la identidad de víctimas de hechos delictivos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cuestión previa. Alegación de falta de competencia de la Audiencia Nacional en relación con los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas (artículo 578 del CP).

Sostiene la Defensa que la atribución de competencia de AN en materia de, terrorismo se produjo a través de una norma contenida en la disposición transitoria a la Ley Orgánica 4/1988: " Los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional continuarán conociendo de la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos. También conocerán de los delitos conexos con los anteriores. La legislación que pueda modificar esta atribución de competencias se inspirará en el principio de inmediación judicial". Afirma que no sería de atracción el artículo 65.8º de la Ley Orgánica del Poder Judicial que atribuye la competencia que resulte de las leyes a la Audiencia Nacional, dado que el sujeto activo de este delito en el caso, no es persona integrada en organización terrorista, como exige la disposición adicional, no siendo de aplicación su contenido al supuesto.

Consideraba no admisible la equiparación de orden sustantivo por haber sido incluido el artículo 578 en la sección 2ª titulada de los delitos de terrorismo, dentro del capítulo VII: "De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo", a la procesal, quebrantando el principio de juez natural, en tanto que predeterminado por ley, dado que la jurisdicción es improrrogable ex artículo 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Este motivo no puede prosperar. Aunque jurisdicción y competencia no son prorrogables como argumenta la parte, una lectura completa y no parcial de la disposición adicional fragua la incompetencia territorial de los órganos del orden penal previstos en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , porque plantea el precepto de la disposición transitoria hasta cuatro supuestos para que entre en juego la competencia para conocer y enjuiciar de esta Sala de lo Penal: a) delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, b) delitos cometidos por personas relacionadas con elementos terroristas cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, c) quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos y d) los delitos conexos con los anteriores.

El binomio fáctico que contempla el artículo 578 del Código Penal, introducido por Ley 7/2000, como paradigma tanto del enaltecimiento o justificación del terrorismo como el de humillación a las víctimas, implica una difusión de la actividad terrorista que encaja plenamente en la dicción del apartado c), en cuanto implica un acto de asunción de hechos delictivos concretos de naturaleza terrorista, en cuanto cometidos por banda armada concreta, como sería en este caso la acusación centrada en la frase: "Han tenido que cerrar el cementerio de las niñas de Alcazar para que no vaya Consuelo a por repuestos", por tratarse la mencionada de una víctima concreta de un hecho terrorista, lo que excede de la apología como provocación para la comisión de un hecho delictivo o como excitación genérica sólo tipificada como provocación para cometer un delito concreto y cuando sea castigado expresamente por ley (artículo 18.2 y 3 del Código Penal) solo en estos supuestos podría ser competente la jurisdicción general y en consecuencia, pone en evidencia la competencia de la jurisdicción penal especializada.

Por ende, este delito de naturaleza apologética supone un favorecimiento de la actividad terrorista pasada con miras a su mantenimiento, asimilado al terrorismo, y por su vinculación, tiene la misma consideración por su naturaleza que los delitos de actividad o de resultado, no siendo este el caso único en el Código en que sanciona el favorecimiento de discursos ilícitos como es la discriminación de personas o grupos (artículo 510 del Código Penal, por motivos racistas, antisemitas, de ideología, religión o creencias, así el artículo 510.2 del Código Penal que sanciona, así la difusión de informaciones injuriosas sobre esos grupos o personas).

Es por ello constante la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo entrando a conocer de los recursos de casación frente a las sentencias dictadas por esta Sala de lo Penal versando sobre enjuiciamiento con arreglo al artículo 578 del CP.

Por último, aunque planteada la cuestión en tiempo y forma, es decir, en el escrito de defensa y por tanto, antes de ser abierto el juicio oral, al abrigo del principio de la "perpetuatio jurisdictionis", es patente que otrora la parte no albergaba dudas sobre la competencia, porque obra en autos que en escrito obrante al folio 685 impugnó el recurso de reforma y subsidiario de apelación interpuesto por la segunda parte personada, contra la decisión del JCI núm. 1 en orden a admitir la competencia inhibida por el Juzgado de Instrucción núm. 1 relativa a la querrela interpuesta por unos hechos coincidentes al explicar en su página segunda (folio 686) que "la querrela interpuesta por el Colectivo de Funcionarios Manos Limpias imputa al Sr. Leonardo, entre otros delitos, un delito de menosprecio a las víctimas del terrorismo previsto en el artículo 578 CP. La competencia objetiva pues, es de los Juzgados Centrales de Instrucción".

SEGUNDO.- Elemento objetivo del hecho típico del artículo 578 del CP.

El acusado se ha responsabilizado del envío del tuit objeto de enjuiciamiento por haberlo difundido desde la cuenta Twitter @ DIRECCION000. En igual sentido los agentes de la Guardia Civil que ratificaron en la vista su informe concluyendo sobre la autoría como emisor, (folio 543 y siguientes). En este, se llega a la conclusión de ser el autor del mensaje por las manifestaciones en su propia cuenta de Twitter antes de borrarla o darla de baja, y también por explicaciones dadas en los medios de comunicación.

La STS núm. 846/2015 enseña la naturaleza de la conducta consistente en 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, explicando en su FJ 2º que la de d de 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. <<< y añadiendo que "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 <<<.

Es decir que si hay un ataque a la dignidad de las personas víctimas en sentido amplio porque no se circunscribe a la víctima como sujeto pasivo del delito cometido.

Y es al hilo de la reciente Sentencia del Alto Tribunal núm. 820/2016, de 2 de noviembre , invocada por la parte acusadora, informando sobre el artículo 578 del CP , donde se requiere "objetivamente las frases encierran esa carga ofensiva para algunas víctimas y laudatoria y estimuladora del terrorismo que a nadie escapa" (esto último para el delito de enaltecimiento). "Las explicaciones a posteriori no tienen capacidad para desvirtuarlas. No están presentes en el mensaje que es percibido por sus numerosos receptores sin esas modulaciones o disculpas adicionales".

Vemos pues que el elemento objetivo requiere distintas expresiones, lo cual no concurre en el supuesto pues se trata de una frase que enlaza a la víctima Consuelo con otras infortunadas por hechos delictivos que terminaron con sus vidas, pero de lo que no se percibe el ánimo injurioso, o maltratador, ante la falta de continuidad, que nos situaría en el marco de un debate, que elimina el enfoque renovado de agravio que exige el tipo penal "realización de actos", dado que el comentario que siguió nos sitúa ante las víctimas del holocausto.

Es por ello, que si se analiza la frase en el contexto cercano, se aprecia que el otro mensaje resulta ajeno a la temática, se utiliza también en una similar clave de humor hacia todas las víctimas en ambos comentarios, lo que es objetivamente una derivación de humor macabro que se sustenta sobre toda clase de ofendidos por hechos delictivos sean o no de naturaleza terrorista. Existe un parangón entre todas ellas, y no específicamente por ser una de las ofendidas directamente perjudicada por hecho de la banda terrorista ETA.

In fine, La realidad de la disertación cruel se atisba en razón del mensaje emitido en junio de 2012 sobre otra víctima que alberga la última parte de nuestro resultado de prueba, que fue objeto de la información remitida por la sección de redes de la Unidad de Investigación Tecnológica de la Comisaría General de Policía Judicial (folio 70 de autos) al tener noticia por otros usuarios de los tres comentarios procedentes de la cuenta Twitter @ DIRECCION000 .

El contexto más lejano nos sirve para discernir meridianamente cual era el sentido del comentario, relativo al que se hizo por el acusado respecto otra víctima de un hecho delictivo de carácter no terrorista que hemos recogido en el relato histórico" <<< rescateficción Baldomero promete resucitar la economía y a Blanca <<<. Se podría incluir en clave de una crítica sobre un debate de actualidad política.

TERCERO.- Del elemento subjetivo del injusto.

Para agotar el debate se hace necesario valorar que las explicaciones del acusado posibilitan una corroboración de nuestra argumentación en buena medida.

Frente a lo dicho por la resolución que aplicamos en cuanto que "Las explicaciones a posteriori no tienen capacidad para desvirtuarlas. No están presentes en el mensaje que es percibido por sus numerosos receptores sin esas modulaciones o disculpas adicionales" cogimos que las explicaciones serían irrelevantes ante la continuidad de las expresiones en la STS última de las citadas. Ello no acontece en el supuesto.

Además las explicaciones ofrecidas en la vista sobre que se trataba de un chiste previamente difundido por su barrio, aunque no está debidamente probado porque la frase se ubique entre comillas, también lo está el segundo comentario, abundan en la consideración de expresión sin la tendencia ofensiva que exige la norma, aunque no se haya probado que se trataba de una formulación popular de su barrio cercano al lugar donde se produjo el atentado contra Consuelo .

Los testigos aportados en su defensa, han caracterizado los dos mensajes del día 31 de enero en el marco de un debate sobre la libertad de expresión por haber sido uno de los testigos despedido de una empresa periodística, a consecuencia de unos tuits publicados sobre teorías de la conspiración, pero el propio testigo Sr. Hilario precisa que fue por unos tuits de enero de 2011, por tanto inferimos que es plausible que escribiera el acusado ambos mensajes, pero no exactamente en un debate sobre el despido, límites del humor y las consecuencias del humor, porque Don. Hilario aun no había sido despedido, bien parece que pudo suscitarse otro debate, sobre el humor, escuetamente aludido en la vista y del que desde, un principio se hizo

eco el acusado, ya en su primera declaración en fase de instrucción, de ahí, radicarían los mensajes tanto el sometido al juicio y el del contexto cercano.

No es necesario ponderar en este supuesto cual es el derecho preponderante si la libertad de expresión o la dignidad de la víctima (STS 846/2015, de 30 de diciembre) como sostiene la parte acusadora, al no existir el presupuesto de ofensa a la dignidad, aunque seguramente sean reprobables, en otro plano, distinto al de la legalidad penal, los tres comentarios por la desafortunada selección de las víctimas de hechos delictivos que los protagonizan.

CUARTO.- El artículo 240 de la Ley Procesal Penal , contempla dos supuestos cuando no se produce la condena en costas del procesado/acusado con arreglo al apartado 2 y artículo 123 del Código Penal .

De un lado declararlas de oficio (apartado 1) o bien condenar a su pago al querellante particular o actor civil cuando conste que han obrado temerariamente o con mala fe.

Como quiera que la pretensión acusatoria que se ha visto desestimada fue acogida por auto de la Sección 2ª que destacó como la frase "han cerrado el cementerio.." objetivamente estaba revestida de relevancia penal, apreciando que "la valoración que respecto al elemento subjetivo ha hecho el juez excede del estricto margen de la posibilidad que de dictar un auto de sobreseimiento libre tiene el Juez instructor, y máxime cuando el juicio de subsunción se antoja tan claro; la Sala no entra en razonar si el Juez está acertado o no en su labor de subsunción penal, sino que lo que entiende es que esta labor debe ser desarrollada por la Sala de enjuiciamiento" vide. FJ 4 de auto de 9 de diciembre de 2015.

Así las cosas, la postulación acusatoria se apoyó en este pronunciamiento, no siendo procedente imponer las costas del juicio a la acusación popular al no objetivarse conducta procesal susceptible de la compensación solicitada, para lo que nos hacemos eco de la STS 682/16 con cita en su FJ 4ª de la 410/16 que "es que la apertura del juicio oral y el sometimiento a proceso penal del que luego dice haber sido injustamente acusado, no es fruto de una libérrima decisión de la acusación particular (STS 91/2006,30 de enero). Se ha dicho que, si tales decisiones fueran necesariamente excluyentes del parámetro de la temeridad o mala fe, el artículo 240.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , resultaría de aplicación apenas limitada al solo caso de desviación respecto de la acusación pública, ya que la sentencia presupone el juicio oral y éste la admisión de la acusación. Si el órgano jurisdiccional con competencia para resolver la fase intermedia y decidir sobre la fundabilidad de la acusación, decide que ésta reúne los presupuestos precisos para abrir el juicio oral, la sentencia absolutoria no puede convertirse en la prueba ex post para respaldar una temeridad que, sin embargo, ha pasado todos los filtros jurisdiccionales (STS nº 508/2014 de 9 junio)."

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

FALLAMOS

ABSOLVEMOS a Leonardo del delito de humillación a la víctimas del terrorismo del que venía siendo acusado. Se declaran de oficio las costas procesales.

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.

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