



Roj: **STS 493/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:493**

Id Cendoj: **28079120012018100083**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/02/2018**

Nº de Recurso: **979/2017**

Nº de Resolución: **95/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION/979/2017

RECURSO CASACION núm.: 979/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal **Sentencia núm. 95/2018**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral García D^a. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 26 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 979/2017, interpuesto por

D. Saturnino representado por la procuradora D^a Carmen Fernández Perosanz bajo la dirección letrada de D. Gonzalo Alberto Martínez Balonga contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal Sección Cuarta, de fecha 29 de marzo de 2017 . Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción número 5 instruyó Procedimiento Abreviado 40/2016, por delito de humillación a las víctimas del terrorismo contra Saturnino , y lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal cuya Sección Cuarta dictó en el Rollo de Sala 3/2017 sentencia en fecha 29 de marzo de 2017 con los siguientes hechos probados:

«Ha quedado acreditado en autos que:

Primero.- El acusado Saturnino , con D.N.I. nº NUM000 , mayor de edad, por cuanto nacido el día NUM001 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, 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 DIRECCION001 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, retwitt, 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: Muestra 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 NUM001 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: Jon .

Protagonista: Aureliano . Género: Carrera espacial".

- El día 5 de abril de 2014, a las 22:22 horas: " Carlos José le regaló a Aureliano 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 Aureliano es enaltecimiento del terrorismo...".

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

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

- El día 21 de octubre de 2015, a las 20:21 horas: "¿ Aureliano 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 Aureliano 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: "Feliz 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 Aureliano , 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 Gonzalo y otra con el rostro del Almirante Aureliano , publica las siguientes frases:

"URSS VS SPAIN @URSS vs SPAIN

URSS Gonzalo VS SPAIN Aureliano " .

vida el Almirante Aureliano y otra que recrea 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 "».

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

Que debemos condenar y condenamos a Saturnino , 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 del perfil en Twitter " DIRECCION000)", usado por el acusado.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles 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».

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por Saturnino que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo Artículo 5.4 de la LOPJ . Por violación del artículo 20 de la Constitución Española , así como por vulneración lógica del artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos , así como del artículo 11 de la carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; donde se consagra el derecho a la Libertad de expresión. SEGUNDO.- Al amparo Artículo 5.4 de la LOPJ por violación del artículo 24.2 de la Constitución Española . En concreto con el derecho a la presunción de inocencia, ya que no se ha practicado prueba de cargo de suficiente entidad en el acto del juicio que avale los requisitos de comisión de la conducta penal. TERCERO.- 849.1 LECrm infracción de ley a raíz del error relativo producido gracias a la indebida aplicación del artículo 578 del CP sin motivación suficiente. A raíz de la aplicación extensiva y errónea del ámbito de aplicación de dicho artículo, concretamente a la hora de valorar las conductas que son objeto de ser sancionadas por la normativa penal. CUARTO.- 849.1 LECrm. Por infracción de ley al producirse la inobservancia relativa tanto las circunstancias personales de la acusada como al contexto y contenido propio de las manifestaciones publicadas en la red social, a tenor de los artículos 579 bis en su apartados tercero y cuarto respecto al examen que ha de realizar el tribunal sobre las circunstancias que centran la gravedad del delito, y las circunstancias concretas en el delincuente. QUINTO.- 849.1 LECrm. Por infracción de ley en relación a la indebida inaplicación al supuesto del artículo 14.3 del Código Penal , por inaplicación del error invencible. Y en su caso, por la indebida inaplicación de la doctrina del error vencible. SEXTO.- 849.2 LECrm. Por infracción de ley en atención al error manifiesto en la apreciación de la prueba aportada por esta parte.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 25 de enero de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. 1. La Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó, en sentencia dictada el 29 de marzo de 2017 , a Saturnino , 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 de 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, acordó 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 del perfil en Twitter " DIRECCION000)", usado por el acusado.

2. Los hechos objeto de condena se centraron en que el acusado Saturnino , de 18 años de edad, publicó diversos mensajes en el perfil en Twitter " DIRECCION000)" a través de la página web alojada en la dirección de



Internet 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 DIRECCION001 cuenta con una intensa actividad en dicha red social, materializada en la publicación de imágenes y comentarios de un modo habitual.

El acusado, una vez alcanzada la mayoría de edad el NUM001 de 2013, publicó a través de su cuenta las imágenes, vídeos y mensajes que se exponen en los antecedentes procesales de esta sentencia, relacionados todos ellos con el atentado que sufrió el expresidente del Gobierno almirante Aureliano .

3. Contra la referida condena recurrió en casación la defensa del acusado, formalizando seis motivos. Se opuso al recurso el Ministerio Fiscal.

PRIMERO. Se comenzará el examen del recurso, por razones de orden metodológico y sistemático en el ámbito procesal y también de claridad en la exposición, por el motivo referente al apartado probatorio de la sentencia, para proseguir después con las cuestiones de derecho penal sustantivo que suscita la parte recurrente.

1. En el **motivo segundo** se invoca, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , la violación del artículo 24.2 de la Constitución . En concreto el derecho a la **presunción de inocencia** , ya que considera la defensa que no se ha practicado prueba de cargo de suficiente entidad en el acto del juicio que avale los requisitos necesarios para la constatación de la comisión de la conducta penal.

Sostiene la parte recurrente que no se ha valorado el daño real o el impacto que han podido tener las expresiones en el momento de emitirlas, centrándose todo el juicio del tribunal en una prueba no obrante en el objeto del proceso y que, de existir, pertenece al momento en el que el acusado era menor de edad.

Para el acusado, el contexto en el que se producen las manifestaciones es fundamental a la hora de valorar la conducta como constitutiva de humillación o no. Es por ello que deberá atenderse a las circunstancias concretas en las que se produce la publicación así como el contexto personal de aquel sujeto que proceda a su difusión. Al construirse y establecerse la comisión de la conducta descrita en el artículo 578 como un delito de mera actividad, donde la simple publicación ya supone la comisión del mismo, es el contexto el único sustento o clave que se puede utilizar para distinguir entre una conducta ilícita y otra que no lo es. El contexto erróneamente utilizado por el tribunal se apoya en primer lugar en tuits o manifestaciones emitidos durante la minoría de edad, que no se pueden utilizar como indicio para valorar la realidad de un contexto que implicaría la pena privativa de libertad. Y de otro, utilizan una única imagen localizada a raíz del volcado de imágenes que pudiera relacionarse con la comisión del tipo penal.

2. Las alegaciones de la defensa sobre la presunción de inocencia nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia pruebas de cargo válidas (desde la perspectiva constitucional y legal) y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia, a las reglas de la lógica de lo razonable y al conocimiento científico, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala (SSTC 137/2005 , 300/2005 , 328/2006 , 117/2007 , 111/2008 y 25/2011 ; y SSTS 544/2015 , 822/2015 , 474/2016 y 948/2016 , entre otras).

Los apuntados requisitos acreditativos de los hechos que se describen en la sentencia de instancia se cumplen en el caso enjuiciado, una vez examinadas y ponderadas las pruebas de cargo practicadas, consistentes en la declaración del acusado, las manifestaciones de los funcionarios policiales que intervinieron en la averiguación de 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 exculpatoria de Saturnino no resulta convincente para la Audiencia. El acusado manifestó en el plenario que los mensajes o tuits que aparecen en las actuaciones los escribió 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 esa baja, habiendo igualmente admitido que tuitea unas treinta o cuarenta veces al día.

Admitió que era estudiante de Historia, natural de Águilas (Murcia), se le conoce por " Lorenzo " y durante siete años ha realizado varios comentarios jocosos sobre Aureliano y otros muchos personajes. Cuando fue preguntado si confeccionó cada uno de los tuits que aparecen en el escrito de acusación, respondió que los escribió en tono humorístico y en clave irónica, haciendo referencias descontextualizadas a la Ley de Seguridad Ciudadana. Resaltó que nada es original sino que todo 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.

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 " Lorenzo " se llegó por el equipo multidisciplinar creado para la prevención y persecución de delitos cometidos vía Internet, en el marco de la denominada "Operación Araña", siendo su misión garantizar los derechos del detenido y asegurar los datos informáticos obtenidos que fueron detectados en la red. 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 tuits 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 al 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 se observa en las actuaciones.

Finalmente, en cuanto a la prueba documental, consta en el atestado inicial del procedimiento y en el informe ampliatorio elaborado por el Instructor policial, así como en diversos DVD's obrantes en la causa (folios 15, 16 y 139).

El análisis individual y de conjunto del material probatorio de cargo permite, pues, constatar que fue el acusado la persona que confeccionó los tuits y los introdujo en las redes sociales, evidenciándose así que es el autor del material documental incautado referente al expresidente del Gobierno Aureliano .

Así las cosas, el segundo motivo del recurso ha de rechazarse.

SEGUNDO . 1. El **tercer motivo** lo encauza la defensa por el art. 849.1 LECrM, denunciando que concurre la **indebida aplicación del art. 578 del C.Penal** , que carece de motivación suficiente y aplica de forma extensiva y errónea el precepto a la hora de valorar las conductas que son subsumidas en la normativa penal.

Con el referido precepto -señala la parte- se pretende sancionar el enaltecimiento y justificación de los actos de terrorismo, así como de sus miembros, y también las manifestaciones que representen una humillación, un descrédito o un menosprecio contra las víctimas, agravándose la punición de tales conductas a través de la modificación de la Ley Orgánica 2/2015.

Arguye el recurrente que el objeto de dichas reformas no era otro que perseguir, dentro de las conductas incluidas en el artículo 578, la comisión de comportamientos que conllevaban la manifestación pública de determinadas expresiones que provocaran un aumento del daño o del dolor que han sufrido las víctimas o sus familiares. A su vez, la propia exposición de motivos expone de forma expresa la intención de perseguir actividades o conductas que generen una grave alarma social, así como que se produzca en medios de difusión que pongan en peligro la situación de bienestar de la población. Obviamente dicho artículo debemos aplicarlo con respecto a aquellas expresiones que objetivamente suponen una manifestación grave que de forma súbita despierta alarma social o genera un daño en la sensibilidad de las víctimas.



Después de explicar el contenido y las exigencias que entraña el derecho a la libertad de expresión, advierte la parte que una de las controversias que la resolución del conflicto requiere establecer el límite relativo a la gravedad de las manifestaciones expresadas, así como en la sorpresa o alarma que pueden generar de forma objetiva en la población y en determinar si realmente se ha producido un resultado que entrañe la humillación de las víctimas.

Llegados a este punto, considera la defensa que la conducta realizada por el acusado apenas generaría alarma social o impacto, ya que realmente las expresiones objeto de acusación son de las menos difundidas de todas sus publicaciones, y la gravedad que presentan es bastante inferior a la que se podría encontrar de forma ordinaria con una sencilla búsqueda en cualquier publicación informática y en cualquier hemeroteca.

Por todo lo cual, estima que sus manifestaciones y expresiones en las redes sociales son efectuadas en tono humorístico, ya sean de mejor o peor gusto, y no cabe incluirlas dentro de la comisión de delito alguno al quedar fuera del ámbito del art. 578 del C. Penal .

2. La Sala de instancia califica los hechos declarados probados como 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 Saturnino . Y para fundamentar el juicio de subsunción cita las sentencias de esta Sala 4/2017, de 18-1 ; 820/2016, de 2-11 ; n 623/16, de 13-7 ; y 656/07, de 17-7 , desglosando a continuación diferentes párrafos de esas resoluciones que considera aplicables al caso concreto, si bien no pone en relación de forma singularizada las frases que extrae de las sentencias con los hechos relativos al caso concreto.

Señala como criterios jurisprudenciales a tener en cuenta, en primer lugar los que se mencionan en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2000, de 22- 12, que introdujo el nuevo tipo penal de exaltación del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo en el artículo 578 del Código Penal . En ella se expone que 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 un claro reproche penal».

A continuación refiere la Audiencia que el legislador ha querido que el mensaje 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.

Resalta también la sentencia recurrida, acudiendo a citas de la jurisprudencia de esta Sala, que 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.

Asimismo destaca la Audiencia que 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.

Y en cuanto al elemento subjetivo del art. 578 del C. Penal , argumenta la sentencia de instancia, remitiéndose a la sentencia de esta Sala 4/2017 , que la norma sólo 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, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obligan 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.

Y acaba concluyendo el Tribunal de instancia que el acusado ha perpetrado las acciones juzgadas en desprecio, deshonor, 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 preconiza. Actitud irrespetuosa y humillante que entraña la comisión delictiva que le atribuye la acusación pública.

3. Para dirimir la impugnación del juicio de subsunción que realiza la Sala de la Audiencia es conveniente comenzar recordando las expresiones que consideró tipificables o incriminables la sentencia que ahora se refuta.

El acusado emitió 12 twitters en clave de humor referentes al atentado terrorista que sufrió el almirante Don Aureliano , presidente del Gobierno, el 20 de diciembre de 1973, cuando fue accionada una bomba al paso de su vehículo por una calle de Madrid, saliendo impulsado el automóvil a gran altura por encima de un edificio hasta caer en una terraza del patio interior. Como consecuencia del atentado falleció el presidente del Gobierno y las dos personas que iban en el vehículo: el conductor y un escolta.

Los **mensajes que el acusado vertió en su perfil de Twitter** a partir del mes de noviembre de 2013 fueron los siguientes:

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: Jon . Protagonista: Aureliano . Género: Carrera espacial".

El día 5 de abril de 2014, a las 22:22 horas: " Carlos José le regaló a Aureliano 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 Aureliano es enaltecimiento del terrorismo...".

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

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

El día 21 de octubre de 2015, a las 20:21 horas: "¿ Aureliano 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 Aureliano 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: "Feliz 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 Aureliano , 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 Gonzalo y otra con el rostro del Almirante Aureliano , publica las siguientes frases: "URSS VS SPAIN @URSS vs SPAIN; URSS Gonzalo VS SPAIN Aureliano ".

El día 16 de enero de 2016, a las 0:36 horas: junto con una imagen de los efectos del atentado en el que perdió la vida el Almirante Aureliano y otra que recrea 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 "».



4. Pues bien, en la sentencia de esta Sala 4/2017, de 18 de enero - que también se cita en la ahora recurrida, si bien con una función teleológica diferente a la que ahora le asignamos-, se argumenta que no todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en la porción de injusto abarcada por el art. 578 del CP . Nuestro sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasa necesariamente por la incriminación penal. El significado de principios como el carácter fragmentario del derecho penal o su consideración como ultima ratio, avalan la necesidad de reservar la sanción penal para las acciones más graves. No todo mensaje inaceptable o que ocasiona el normal rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo.

Y se añade en la misma sentencia que tampoco ayuda a la labor exegética la extendida invocación de los nocivos efectos del discurso del odio como razón justificadora de su punición. De nuevo hemos de apartarnos de la tentación de construir el juicio de tipicidad trazando una convencional y artificiosa línea entre el discurso del odio y la ética del discurso. El derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia. Por si fuera poco, el vocablo discurso, incluso en su simple acepción gramatical, evoca un acto racional de comunicación cuya punición no debería hacerse depender del sentimiento que anima quien lo pronuncia.

Partiendo de los parámetros jurisprudenciales que se acaban de consignar, no es difícil concluir que, a tenor de las circunstancias que se dan en el caso que se examina, se está ante un supuesto fáctico que queda fuera del perímetro punitivo que delimita el tipo penal del art. 578.

En efecto, las frases y expresiones que utiliza el acusado para emitir los doce tuits se refieren al atentado mortal sufrido por el almirante Aureliano , y se centran en repetir chistes ya conocidos en las redes sociales en los que se juega en clave de humor con la forma singular en que se perpetró el atentado. Se publicitan pues palabras o imágenes en las redes sociales relacionadas casi todas ellas con el hecho de que el vehículo oficial saliera por los aires a unos 35 metros de altura hasta caer en una repisa del patio interior de un edificio situado en la calle por donde circulaba.

A partir del brutal atentado del año 1973, es decir, hace ya 44 años, es de conocimiento común que se han inventado ya desde las fechas próximas al asesinato innumerables chistes, y en casi todos ellos la clave de humor recae sobre el hecho de que el vehículo surcara el espacio y acabara cayendo dentro de un edificio. Tales circunstancias han servido para que la dinámica del atentado y la identidad de la víctima se parodiaran en publicaciones escritas y sobre todo en la comunicación del "boca a boca", y últimamente a través de las redes sociales en internet.

Al examinar los tuits que ahora se enjuician destaca, en primer lugar, que no contienen ningún comentario ácido contra la víctima del atentado ni expresan frases o comentarios hirientes, lacerantes o ultrajantes contra su persona o cualquier aspecto concreto de su vida pública o privada. Simplemente es objeto de mofa o de sarcasmo la forma en que se produjo el atentado, para lo cual se hace especial hincapié, como en casi todos los chistes precedentes, sobre el dato ya muy trillado y agotado de que el coche alcanzara una gran altura. Y desde luego se aprovecha el humor negro para cuestionar al personaje víctima del atentado, en una reacción muy propia de nuestro entorno social de criticar u hostigar sarcásticamente a cualquier personaje público en cuanto sale al paso cualquier contingencia que permita improvisar un chiste idóneo para ridiculizar o parodiar un defecto o una desgracia personal.

Sin embargo, los hechos se producen aquí en un contexto muy especial, comenzando por la circunstancia relevante de que el atentado objeto de mofa o burla ha tenido lugar hace ya 44 años, tiempo más que suficiente para considerarlo como un suceso histórico cuyo comentario en clave de humor no puede tener la misma transcendencia que un acontecimiento reciente. Máxime si se pondera que los hechos ya han sido objeto de toda clase de comentarios burlones sin que se activara la mayor parte de las veces una respuesta judicial penal.

El propio transcurso del tiempo y la oxidación o agotamiento del tema en clave de humor negro permiten considerar que ya no estamos ante acciones especialmente perversas que tienen como objetivo específico la humillación o el descrédito de las víctimas, incrementando su padecimiento moral o el de sus familiares y ahondando en la herida que en su día abrió el atentado terrorista. De tal forma que aun cuando la conducta del acusado es reprochable y reprochable tanto desde un prisma social como incluso moral, al hacer mofa de una gravísima tragedia humana atribuible a actos terroristas injustificables, no parece que estemos ante un caso que requiera una respuesta del sistema penal, al no estimarla aquí como una reacción adecuada y proporcionada para solventar una situación controvertida como la suscitada, que presenta unos matices muy



peculiares en el marco contextual y temporal en que emerge. Todo lo cual impone y exige sopesar y aquilatar con un exquisito tino y cautela la necesidad de operar con la norma penal.

A este respecto, conviene recordar que en los casos en que esta Sala ha examinado chistes o comentarios en clave de humor más o menos ácido relacionados con el atentado sufrido por el almirante Aureliano , prácticamente en todos se entremezclaban las expresiones o imágenes de humor con otras conductas de enaltecimiento del terrorismo que presentaban una enjundia y relevancia muy diferentes a las que alberga el chiste fácil referente al atentado contra el expresidente del Gobierno. Hasta el punto de que solían ser esos otros actos los que marcaban la pauta o justificaban la aplicación del art. 578 del C. Penal .

En otro orden de cosas, es importante también resaltar que el acusado era una persona de 18 años cuando publicó en las redes sociales los tuits que ahora se le imputan penalmente. Ello significa, en primer lugar, que cuando nació, en el año 1995, ya hacía 22 años que había muerto el almirante Aureliano . Y en segundo término, la publicación de esos tuits a los 18 años de edad, en los que se limita a reproducir lo que otros sujetos ya han dicho y a ridiculizar o banalizar el atentado de una persona que para él es un personaje de la historia que le queda muy lejos en el tiempo, constituyen circunstancias también a tener en cuenta al apreciar el alcance de los hechos y el exceso que supone activar en el caso concreto el sistema penal.

Por lo demás, y aunque en la sentencia recurrida se habla de que estamos ante uno de aquellos casos en que los mensajes de burla y afrenta difundidos alimentan el discurso del odio, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia del asesinato de un familiar cercano, estimamos que en este supuesto concreto esos argumentos no se ajustan a la realidad y entidad del caso que se juzga y al contexto en que se ubica.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, remitiéndose a su vez a la del TEDH, considera, en su sentencia 112/2016, de 20 de junio , con citas también de las sentencias 235/2007 y 177/2015 del mismo tribunal , que «la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores requiere, como una manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión por ser necesaria esa injerencia en una sociedad democrática también aparece en el contexto internacional y regional europeo tal como se acredita con la actividad desarrollada tanto por el Consejo de Europa como por la Unión Europea en favor de sancionar penalmente las manifestaciones de apoyo a los fenómenos terroristas o a sus autores».

Y más adelante afirma que «por lo que se refiere a sanciones penales vinculadas a conductas de incitación o apología del terrorismo es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que podría resultar justificada una limitación de la libertad de expresión cuando pueda inferirse que dichas conductas supongan un riesgo para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito...en supuestos en que quedaba acreditado que la condena penal se derivaba de conductas que eran concretas manifestación del discurso del odio por justificar el recurso a la violencia para la consecución de objetivos políticos».

Y remarca a continuación que «tomando en consideración la jurisprudencia de este Tribunal sobre la incidencia de las manifestaciones del denominado discurso del odio en el derecho a la libertad de expresión -que está en línea con la preocupación que a nivel internacional y regional se ha desarrollado en relación con la necesidad de sancionar penalmente las conductas de provocación a la comisión de delitos terroristas y la eventual incidencia que ello podría tener sobre el derecho a la libertad de expresión y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular-, hay que concluir que la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578 -"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 (delitos de terrorismo) o de quienes hayan participado en su ejecución"- supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades».

Por lo cual, acaba diciendo que «la labor de control de constitucionalidad que bajo la invocación del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE) debe desarrollarse en este procedimiento de amparo debe quedar limitada, sin entrar en aspectos de legalidad penal ordinaria referidos a la concreta aplicación del tipo penal, a verificar si en este caso las resoluciones judiciales impugnadas, al imponer la sanción penal al recurrente, han ponderado esa concreta exigencia, como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad, de que la conducta desarrollada por el recurrente pudiera ser considerada una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia».



Como puede apreciarse, en todas esas consideraciones jurisprudenciales el TC incide de forma muy especial en que los actos que deben ser tipificados como delitos y objeto de sanción penal son aquellos que integran conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores siempre que operen como una incitación a cometer actos terroristas violentos que figuran tipificados en el Código Penal, pudiendo ser considerados como una manifestación del discurso del odio que incita a la violencia.

A ello ha de sumarse, tal como se expone en la sentencia 52/2018 de esta Sala, que la reciente Directiva (UE) 2017/541, aún en plazo de trasposición, expresa en su considerando 10 que «Los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población. Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. En cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional».

Pues bien, en el **caso enjuiciado** entendemos que no se da ninguna de las circunstancias referidas en los criterios señalados en la jurisprudencia del TC, dado que el acusado ni dio muestras con su conducta de que estaba pretendiendo incitar a la violencia abusando de un ejercicio ilícito de la libertad de expresión, ni provocaba al odio hacia grupos determinados, ni tampoco se valía de mofarse del atentado contra un expresidente de Gobierno ocurrido hace más de cuarenta años con intención de justificarlo o de incitar a nuevos atentados.

Y en cuanto al menoscabo de los valores personales de los familiares directos y descendientes de la víctima, ya dijimos en su momento que la forma de enfocar la burla, el contexto en que lo hizo y el hecho de que no la centrara en las circunstancias personales privadas y públicas del acusado sino en el chiste fácil y de mal gusto relacionado con la forma en que se produjo el atentado terrorista, excluye que se trate de un supuesto subsumible en la norma penal.

En vista de lo cual, se estima este motivo de casación y se deja sin efecto la condena impuesta al recurrente, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 LECrim). Ello hace ya innecesario examinar los restantes motivos del recurso.

FALLO

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

1º) ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley interpuesto por la representación de **Saturnino** contra la sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, de 29 de marzo de 2017, que condenó al recurrente como autor de un delito de humillación a las víctimas del terrorismo, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, sentencia que queda así anulada.

2º) Declarar de oficio las costas de esta instancia.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

RECURSO CASACION núm.: 979/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal



Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral García

D^a. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 26 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso nº 979/2017 contra la sentencia de fecha 29 de marzo de 2017 dictada por la Audiencia Nacional Sala de lo Penal, Sección Cuarta en el Rollo Abreviado 3/2017 dimanante del Procedimiento Abreviado 40/2016 del Juzgado Central de instrucción nº 5, seguida por delito de humillación a las víctimas del terrorismo contra Saturnino , nacido el NUM001 de 1995, en Águilas (Murcia) hijo de Jose Carlos y de Angustia con DNI NUM000 ; sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A tenor de lo argumentado en la sentencia de casación, procede dejar sin efecto la condena del acusado y absolverle del delito de humillación a las víctimas del terrorismo, con declaración de oficio de las costas generadas en la Audiencia Nacional.

FALLO

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

1º) Modificar la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dictada el 29 de marzo de 2017 , en el sentido de que **absolvemos** al acusado **Saturnino** del delito de humillación a las víctimas del terrorismo que se le imputa, con declaración de oficio de las costas generadas en la Audiencia Nacional.

2º) Dejar sin efecto las medidas cautelares personales y reales que se pudieran haber adoptado contra el acusado en el curso del procedimiento.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral García Ana María Ferrer García