



Roj: STS 3113/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3113
Id Cendoj: 28079120012016100577
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 291/2016
Nº de Resolución: 623/2016
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia Nº: 623/2016

RECURSO CASACION Nº : 291/2016

Fallo/Acuerto: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha Sentencia : 13/07/2016

Ponente Excmo. Sr. D. : Julián Sánchez Melgar

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por : BDL

*** Enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas del terrorismo.**

* Cuenta de twitter creada en la red con la denominación Condessa .

* **Expresiones atentatorias a la dignidad y de burla pública frente al atentado con muerte de Romeo , y con la amputación de sus** piernas en el caso de Emma .

* **Expresiones de alabanza a la organización terrorista ETA.**

* **Discurso del odio: doctrina del Tribunal Supremo.**

* **Como destaca la STS 676/2009, de 5 de junio , no se trata de criminalizar opiniones discrepantes sino de combatir actuaciones dirigidas a lapromoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y daño en la paz de la comunidad con sus actos criminales,atentando contra el sistema democrático establecido.**

* **También hemos dicho en nuestra STS 846/2015, de 30 de diciembre , que la humillación o desprecio a las víctimas, por su parte, afecta directamente, asu honor y, en definitiva, a su dignidad, (arts. 18.1 y 10 CE) perpetuando suvictimización 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 se trata de penalizar el chiste de mal gusto, sino que una de las facetas de la humillación consiste en la burla, que no está recreada en nuestro casocon chistes macabros con un sujeto pasivo indeterminado, sino bien concretoy referido a unas personas 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 sanciona el art. 578 CP tampoco quedaría totalmente protegido mediante la sola figura de**

las injurias, siendo así quesu contexto -que además justifica un mayor reproche penal- lleva a ubicar esta intromisión, entre los delitos de terrorismo.

* En el caso, de lo que se trata es comprobar si las expresiones que sedifunden por la acusada 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 esa comprobación en sentido afirmativo nos corresponde aplicar la respuesta penal que ofrece el Código Penal en represión de una acción típicamente antijurídica y culpable, esto es, de un delito.

* **Proporcionalidad de la pena:** el mensaje de la desestimación del recurso interpuesto por la acusada condenada en la instancia no es tanto la pena de privación de libertad con que el legislador amenaza estas conductas, cuanto la proscripción de este tipo de acciones en desprecio, deshonor, descrédito, burla y afrenta de aquellas personas que han sufrido el zarpazo del terrorismo y castigadas con una pena proporcionada tanto al desvalor de la conducta como a las condiciones personales de la persona infractora, en el caso de autos, una joven estudiante en el momento de cometer estas acciones.

Nº: 291 / 2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar

Vista: 23/06/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 623/2016

Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D^a. Ana María Ferrer García

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Julio de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal de la acusada **Ariadna**, contra Sentencia núm. 6716, de 29 de enero de 2016 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dictada en el Rollo de Sala núm. 11/15 dimanante del P.A. núm. 135/14 del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, seguido por delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a la víctimas del terrorismo contra mencionada recurrente; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar; siendo parte el Ministerio Fiscal, y estando la recurrente representada por el Procurador de los Tribunales Don Adolfo Morales Hernández San Juan y defendida por la Letrada María Josep Martínez i Cledera.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional incoó P.A. núm. 135/2014 por delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo contra

Ariadna , y una vez concluso lo remitió a la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que con fecha 29 de enero de 2016 dictó Sentencia 6/16 , que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"La acusada **Ariadna** , nacida el día NUM000 de 1991 en Valencia, hija de **Emilio** y de **Frida** , publicó comentarios y expresiones que se dirán desde su perfil de Twitter " **Condesa** (@ DIRECCION000)" con el fin de denigrar la memoria de la víctima de la organización terrorista **ETA**, **Romeo** , y despreciar a **Emma** , víctima también de un atentado de la organización terrorista **ETA**, así como ensalzar las actividades de miembros de la citada organización. En la citada cuenta se ha contabilizado todos los perfiles de Twitter que siguen al perfil citado, teniendo un total de 790 seguidores. Igualmente, con el nombre de usuario "@ DIRECCION000" , a través de la página web alojada en la dirección de Internet www.flickr.com , realizó varios comentarios con igual finalidad. A través de su perfil de Twitter " **Condesa** (@ DIRECCION000" , cuya URL de conexión DIRECCION001 , la acusada ha realizado numerosas manifestaciones que se reflejan a continuación:

15/11/2012. **Condesa** . Publica un tuit con el texto: "Las imágenes de mi facultad hablan y dicen la verdad", al que une una imagen de una pared en la que puede leerse: <MADEROS A LA GILLOTINA, ETA MÁTALOS, ACAB>, además de la publicación en su cuenta le da una mayor difusión a través de la etiqueta o **Haahtag #ACAB**" que es el acrónimo de la frase inglesa de **All Cops Are Bastards** (en castellano: Todos los policías son unos bastardos).

18/11/2012. **Condesa** . Publica un tuit en el que expresa: "Va que se que os gusta. Reírse es bueno", al que une el enlace a un vídeo de Youtube, en el que pueden escucharse una gran cantidad de frases dañinas sobre la víctima de **ETA** **Emma** , totalmente vejatorias y humillantes para las víctimas y sus familiares.

29/11/2012. **Condesa** . Voló voló **Raúl** voló y hasta las nubes llego. Ay **Raúl** el primer astronauta español. Arriba España con goma2...#MásAltoQueCarrero.

29/11/2012 **Raúl** ministro naval tenía un sueño: volar y volar, hasta que un día eta militar hizo su sueño una gran realidad,#MásaltoQueCarrero.

29/11/2012 **Condesa** . Publica el enlace a un vídeo de Youtube en el que se puede oír el cántico/himno "Eusko Gudariak", el cual es utilizado habitualmente en las movilizaciones del entorno de **ETA** para ensalzar la figura de sus integrantes, a lo que la usuaria añade una proclama de "GORA EUSKADI TA ASKATASUNA/ VIVA ETA".

1/12/2012. **Condesa** . Difunde una foto en la que se puede leer el texto "GORA ETA/VIVA ETA" en la cristalera de un restaurante. A la citada imagen la usuaria añade el texto: "Salir a cenar y encontrarte con esta pintada. Estoy como en casa GORA ETA MILITARRAK/ VIVA ETA MILITAR".

4/02/2013. Publica el enlace a un vídeo de YouTube, en el que se ve al grupo musical **KORTATU**, en una entrevista realizada para una televisión polaca en 1987, cantando el **EUSKO GUDARIAK/Soldados Vascos**. Acompaña este vídeo con un comentario en el que lanza varias proclamas, ensalzando con algunas de ellas a la organización terrorista **ETA**: "Gora Euskadi sozialista. Gora Euskadi askatuta. Gora eta militarra I Viva Euskadi socialista. Viva Euskadi libre. Viva ETA militar".

13/03/2013. **Condesa** . Publica una imagen donde puede verse a la propia usuaria con una camiseta con una estrella roja de cinco puntas, un fusil y el lema:

"BORROKA DA BIDÉ BAKARRA/LA LUCHA ES EL ÚNICO CAMINO", lema muy utilizado por la banda terrorista **ETA** y su entramado de apoyo. Además, acompaña a esta imagen con un comentario con el mismo lema que figura en la camiseta.

11/04/2013 **Condesa** . Quiero que me hagas volar, como a **Raúl** . #CosasQueGritarFollando.

13/11/2013. **Condesa** . ¿Cómo monta **Emma** a caballo? Con velcro.

06/05/2013 **Condesa** ¿De qué tiene la frente morada **Emma** ? De llamar a las puertas.

13/05/2013. **Condesa** . Difunde una imagen de un grupo de encapuchados en la que se puede leer el texto "KALE BORROKA, HERRI BORROKA DA/ LA LUCHA CALLEJERA, LA LUCHA DEL PUEBLO". La "Kale borroka"..Al pie de la imagen puede verse el nombre y el anagrama de la ilegalizada "JARRAI", declarada por el Tribunal Supremo organización terrorista vinculada a **Euskadi Ta Askatasuna (ETA)** el 19.01.2007.

14/05/2013 **Condesa** . "El humor negro mola, pero el summum son los de **Emma** . Son la bomba".

18/05/2013. **Condesa** . Publica un tuit en el que otro usuario le escribe a través de la red social **ASK** el texto:

"BORROKA DA BIDÉ BAKARRA/LA LUCHA ES EL ÚNICO CAMINO", contestando la usuaria. "La lluita es l'unic camí. Jo Ta Ke irabazi arte/ La lucha es el único camino. Dale duro hasta ganar".

21/05/2013. Condesa . Gora tETA-jajajaj gora xD ask.fm/a/484eqfd7. Publica un tuit en el que otro usuario le escribe a través de la red social ASK, el siguiente texto a modo de juego de palabras: "Gora tEta" en clara alusión a la organización terrorista, a lo que la usuaria contesta con una carcajada y un gora/viva".

19/09/2013. ¿Qué le regalarán al sobrino de Romeo por navidades? Un "tio vivo".

27/10/2013 . Condesa . Publica el enlace a un vídeo de Youtube, donde se puede ver a un caballo corriendo con sólo dos patas, y lo comenta con el texto: "La mascota de Emma ".

11/11/2013. Si quieres hacerme reír cuéntame chistes de Emma .

#SoySimple Gotico @ DIRECCION000 ¿cuál sería la relación más absurda sin pies ni cabeza? Romeo e Emma .

Condesa .@ Gotico jajajajaxddd Publica un tuit en el que escribe: "Si quieres hacerme reír cuéntame un chiste de Emma ", en referencia a Emma , quien con tan solo 12 años sufrió un terrible atentado por la organización terrorista ETA. Ese tuit es contestado por otro usuario con un chiste vejatorio hacia las víctimas de la organización terrorista ETA, Romeo e Emma , a lo que la usuaria vuelve a responder con una carcajada.

11/12/2013 ¿Cuál es tu chiste favorito? Todos los de Emma . Ask.fm/a/a16bapi0. Publica un tuit en el que otro usuario a través de la red social ASK, le realiza la pregunta: ¿Cuál es tu chiste favorito? Y la usuaria contesta: "Todos los de Emma ".

05/02/2014. Difunde un enlace de un vídeo de Youtube donde se puede ver el funeral del preso de ETA Casiano , y comenta este vídeo: "Lo único que me sale al verlo son las lágrimas. Agur eta Ohore, Casiano /Adiós y Honor, Casiano . Nosaltres seguirem lluitant/Nosotros seguiremos luchando!".

20/08/2014. ¿En qué se parece Romeo a un delfín? En el agujero de la nuca.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente **e pronunciamiento:**

"Que debemos **condenar y condenamos** a la acusada Ariadna como autora responsable de un delito de enaltecimiento del terrorismo y de humillación a las víctimas del terrorismo tipificado en el artículo 578 del Código Penal , a la pena de **DOS AÑOS DE PRISIÓN, CON LA ACCESORIA DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE IGUAL TIEMPO, e INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR TIEMPO DE OCHO AÑOS.** La referida Ariadna habrá de satisfacer el importe de las costas procesales.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación, por infracción de ley o quebrantamiento de forma, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que deberá ser anunciado en el plazo de cinco días, contados a partir de 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, la pronunciamos, mandamos y firmamos."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por la representación legal de la acusada Ariadna , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal de la acusada Ariadna , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 854 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , concretamente del artículo 242 CE y el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

2º.- Se interpone por Infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , concretamente del artículo 20 de la Constitución Española , del derecho fundamental a la libertad de expresión, en relación con el del derecho fundamental a la libertad ideológica reconocido en el artículo 16 de la Constitución Española .

3º.- Se interpone por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por que la resolución que se impugna ha infringido preceptos del Código Penal, concretamente los artículos 578 CP y 579.2CP .

4º.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por que la resolución que se impugna ha infringido preceptos del Código Penal, concretamente del artículo 14 en relación con el artículo 578 ambos del Código Penal .

5º.- Por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por considerar que la sentencia dictada consigna como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo.

6º.- Con carácter subsidiario per valorar LA DESPROPORCIONALIDAD DE LA PENA IMPUESTA, se interpone un motivo por por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por que la resolución que se impugna ha infringido preceptos del Código Penal, concretamente los artículos 578 y 579.2CP en relación a pena impuesta a la Sra. Ariadna .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista, y se opuso a los motivos del mismo, en virtud del art. 884 ó 885 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , solicitando su inadmisión y subsidiaria impugnación por los motivos expuestos en su informe de fecha 4 de abril de 2016; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para la vista se celebró la misma el día 23 de junio de 2016 con la asistencia de la Letrada recurrente Doña Benita , que informó los motivos de su recurso y del Ministerio Fiscal que se ratificó en su informe de fecha 4 de abril de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó a Ariadna como autora criminalmente responsable de un delito de enaltecimiento del terrorismo y de humillación a las víctimas del terrorismo, tipificado en el art. 578 del Código Penal , a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha recurrido en casación la aludida acusada en la instancia, recurso que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

SEGUNDO.- En el primer motivo casacional, articulado por la vía autorizada en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , la recurrente denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que se proclama en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna .

El motivo no puede prosperar.

Los hechos enjuiciados se refieren a la difusión de una serie de mensajes mediante la técnica de comunicación pública denominada "twitter", una variedad de la mensajería instantánea con acceso abierto, que se reseñan en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida, y que ha sido expresamente admitida por su autora, Ariadna , pues como se afirma por su defensora en el desarrollo del motivo, tales mensajes han sido «admitidos por la misma desde la misma declaración ante la Guardia Civil».

Se alega también en el desarrollo del motivo que existen hechos incluidos en el relato histórico de la sentencia recurrida que no son objeto de acusación, como los comentarios con el nombre de usuario "@ DIRECCION000 ", a través de una página Web, pero que, sin embargo, han sido objeto de imputación y prueba e incluidos en tal apartado fáctico, y con respecto a las expresiones que se dicen erróneas, no son tales, pues traducir "Gora Euskadi ta askatasuna", como "Viva ETA", es perfectamente correcto, y respecto a la ilegalización de la organización "Jarrai" por el Tribunal Supremo, puede considerarse como un hecho notorio.

Finalmente, la consideración de Casiano como preso perteneciente a la organización terrorista ETA, condenado por Kale borroka, es un hecho igualmente que se encuentra en el acervo popular y que puede ser consultado en cualquier buscador de la red.

En suma, la esencia de los hechos enjuiciados no varía en absoluto por estas descripciones fácticas, sino que lo sustancial ha sido la difusión de una serie de mensajes a los que nos referiremos después, calificadas de contenido humillante para las víctimas de acciones terroristas, y otros mensajes de semblanza pública y alabanza de tales episodios violentos, publicados mediante "twitters", apareciendo con un total de 790 seguidores que comentan el perfil creado por la acusada Ariadna . Dicho perfil se denomina " Condesa (@ DIRECCION000)", cuya URL de conexión es « DIRECCION001 ».

Tampoco ha de ser estimado el motivo quinto que, articulado mediante el cauce autorizado en el art. 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia que determinadas expresiones predeterminan el fallo, poniendo el acento en aquellos aspectos del relato histórico que introducen elementos subjetivos, como «*con el fin de denigrar la memoria de la víctima de la organización terrorista ETA, Romeo, y despreciar a Emma, víctima también de un atentado de la organización terrorista ETA, así como ensalzar las actividades de miembros de la citada organización...*», y tal desestimación de haber sido debida a tales elementos subjetivos conforman un elemento del tipo aplicado, el art. 578 del Código Penal, y son esenciales para la subsunción jurídica.

En consecuencia, esta censura casacional no puede prosperar.

TERCERO.- En el segundo motivo, formalizado por idéntico cauce impugnativo, se denuncia ahora la infracción del derecho a la libertad de expresión, que se proclama en el art. 20 de nuestra Carta Magna, y correlativa libertad ideológica, establecida en el art. 16 de la Constitución española.

El castigo del enaltecimiento del terrorismo persigue la justa interdicción de lo que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (v.gr. SSTEDH de 8 de julio de 1999, *Sürek vs. Turquía*, y de 4 de Diciembre de 2003, *Müslüm vs. Turquía*), como nuestro Tribunal Constitucional (STC 235/2007, de 7 de noviembre) y esta misma Sala (STS 812/2011, de 21 de julio) vienen denominando en sintonía con una arraigada tendencia de política criminal «discurso del odio»: alabanza o justificación de acciones terroristas. Comportamientos de ese tenor no merecen la cobertura de derechos fundamentales como la libertad de expresión (art. 20 CE) o la libertad ideológica (art. 16 CE), pues el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de la comunidad que lo sufre; su discurso se basa *"en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y, en definitiva, en generar un terror colectivo que sea el medio con el que conseguir esas finalidades"* (STS 224/2010, de 3 de marzo). Como destaca la STS 676/2009, de 5 de junio, no se trata de criminalizar opiniones discrepantes sino de combatir actuaciones dirigidas a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y daño en la paz de la comunidad con sus actos criminales, atentando contra el sistema democrático establecido.

También hemos dicho en nuestra STS 846/2015, de 30 de diciembre, 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.

Expresiones como "Viva ETA militar", o la "Lucha es el único camino. Dale duro hasta ganar", o "Raúl ministro naval tenía un sueño: volar y volar, hasta que un día eta militar hizo su sueño realidad", son expresiones que preconizan la alabanza del terrorismo, pero sobre todo, lo es también la humillación de las víctimas de ETA, que se particulariza principalmente en Emma, que perdió sus piernas en un atentado de ETA, cuando con 12 años montaba en un coche con su madre, explotando una bomba adosada a los bajos del automóvil, y en Romeo, dedicado a funciones públicas como Concejal de Ermua, también asesinado por dicha banda criminal.

No se trata de penalizar el chiste de mal gusto, sino que una de las facetas de la humillación consiste en la burla, que no está recreada en nuestro caso con chistes macabros con un sujeto pasivo indeterminado, sino bien concreto y referido a unas personas a quien se identifica con su nombre y apellidos. Así, "¿Cómo monta Emma a caballo? Con velcro"; "¿De qué tiene la frente morada Emma? De llamar a las puertas", "El humor negro mola, pero el summum son los de Emma. Son la bomba", etc. También Romeo se encuentra en estos textos llenos de humillación y burla, como cuando se lee: "¿Qué le regalarán al sobrino de Romeo por Navidades? Un tiiovivo". O bien: "¿En qué se parece Romeo a un delfín? En el agujero de la nuca". Incluso a veces se mezclan ambas mofas, como: "Cuál sería la relación más absurda sin pies ni cabeza? Romeo e Emma".

Hemos reseñado una parte nada más de los hechos probados, aquella que es suficiente para mostrar la alabanza al terrorismo, o bien la pública burla a sus víctimas.

Por consiguiente, no se penaliza aquí el chiste negro, se penaliza la humillación que está inserta en el discurso del odio al que tantas veces se ha referido esta Sala Casacional.

En efecto, el bien jurídico protegido se encuentra en la interdicción de lo que el TEDH - SSTEDH de 8 de Julio de 1999 , Sürek vs Turquía, 4 de Diciembre de 2003, Müslüm vs Turquía- y también nuestro Tribunal Constitucional - STC 235/2007 de 7 de Noviembre - califica como el discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en la *aterrorización colectiva* como medio de conseguir esas finalidades.

Es claramente un plus cualitativamente distinto del derecho a expresar opiniones arriesgadas que inquieten o choquen a sectores de una población, porque la Constitución también protege a quienes la niegan - STC 176/1995 -, y ello es así porque la Carta Magna no impone un modelo de "*democracia militante*". No se exige ni el respeto ni la adhesión al ordenamiento jurídico ni a la Constitución. Nada que ver con esta situación es la alabanza de los actos terroristas o el ensalzamiento de los verdugos que integran la médula del delito del art. 578 Cpenal como elemento positivo, pero que excluye la incitación directa o indirecta a la comisión de hechos terroristas, como elemento negativo.

En tal sentido, SSTS 676/2009 ; 1269/2009 ; 224/2010 ; 597/2010 ; 299/2011 ; 523/2011 ó 843/2014 , entre otras.

En suma, el "discurso del odio" no está protegido por la libertad de expresión ideológica (STS 106/2015, de 19 de febrero).

El motivo no puede prosperar.

CUARTO.- En el tercer motivo, por la vía autorizada en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se denuncia la indebida aplicación de los arts. 578 y 579.2 del Código Penal .

Establece el art. 578 del Código Penal , en el que la Sala de instancia fundamenta la condena del recurrente: *"El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código "* .

Tal redacción, vigente al tiempo de los hechos enjuiciados, responde a la reforma que, en materia de terrorismo, operó en el Código Penal la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, en cuya Exposición de Motivos -apartado III- encontramos los siguientes fundamentos de su inclusión: *"La introducción de un nuevo tipo penal de exaltación del terrorismo en el nuevo artículo 578 del Código Penal se dirige a sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.*

Las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código, constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas.

No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aun, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes 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 (...)".

La STS núm. 224/2010, de 3 de marzo , confirma que el precepto viene a sancionar como delito dos conductas claramente diferenciables, ambas relacionadas con el terrorismo: por un lado, el enaltecimiento o justificación del terrorismo o sus autores; por otro, la realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas, figura ésta que cuenta con perfiles propios, definidos y distintos de la anterior.

Para la STS núm. 656/2007, de 17 de julio , el primer inciso del párrafo que analizamos ubica la apología propiamente dicha, definida como enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución. Se apunta en dicha resolución que el precepto corresponde a la «ratio legis» de reforzar la tutela en los delitos de terrorismo, sancionando conductas que no son terroristas "per se" pero que les favorecen en cuanto significan apoyo a estas graves infracciones punibles. La STS núm. 149/2007, de 26 de febrero , aduce que comportan hacer aparecer como acciones lícitas o legítimas aquello que es un comportamiento criminal, bien entendido que el objeto de ensalzamiento o justificación puede tener su sustento en cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo o bien en cualquiera de las personas que hayan participado en su ejecución, y puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

De otro lado, la misma STS núm. 656/2007 considera que el segundo inciso de este párrafo reputa punible un supuesto por completo diferente, cual es 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» (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 los delitos terroristas o en sus familiares, fórmulas a través de las cuales se trata de perseguir conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas, al tiempo que incrementan el horror de sus familiares.

En cualquier caso, común a todos estos actos es -como destaca la Exposición de Motivos- la "indignación" que generan en la sociedad, razón que les hace merecedores de reproche penal.

La humillación o desprecio a las víctimas afecta directamente al honor como víctimas y, en último término, a su dignidad, valores que tienen reconocida relevancia en la Carta Magna (arts. 18.1 y 10 CE). En consecuencia, tampoco en este caso el ejercicio de la libertad ideológica o de la libertad de expresión, no obstante su reconocimiento como derechos fundamentales, 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. De hecho, como dijimos en la STS núm. 539/2008, de 23 de septiembre , determinadas restricciones a la libertad de expresión pueden ser no sólo legítimas, sino hasta necesarias ante conductas que puedan incitar a la violencia o, como sucede en la humillación a las víctimas, provocar un especial impacto sobre quien la sufre en un contexto terrorista.

Ello entraña la necesidad de que el enjuiciamiento se traslade a un plano en el que el Juez penal debe examinar, en aquellos casos en los que pueda estar en juego el ejercicio legítimo de las libertades de los apartados a) o d) del art. 20.1 CE , si los hechos exceden los márgenes del ejercicio de los derechos fundamentales que en ellos se protegen, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar, puesto que las libertades del art. 20.1 a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta (STC núm. 104/1986, de 13 de agosto , reiterada en las SSTC núm. 105/1990, de 6 de junio ; 85/1992, de 8 de junio ; 136/1994, de 9 de mayo ; 297/1994, de 14 de noviembre ; 320/1994, de 28 de diciembre ; 42/1995, de 18 de marzo ; 19/1996, de 12 de febrero ; ó 232/1998, de 30 de diciembre). Es obvio que, como se ha declarado, los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito (SSTC 2/2001, de 15 de enero ; 185/2003, de 27 de octubre).

En el caso de la humillación y menosprecio a las víctimas del terrorismo, el desvalor de la acción que sanciona el art. 578 CP tampoco 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.

En alguna ocasión ha dicho esta Sala (STS 752/2012, de 3 de octubre) que «mientras que el delito de enaltecimiento del terrorismo exige publicidad, (" ... por cualquier medio de expresión pública o difusión ... "), semejante requisito no resulta exigible en el tipo de humillación a las víctimas de aquél (" ... o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas ... ")».

Aunque pudiéramos no compartirlo, es lo cierto que, en nuestro caso, se ha producido sobradamente tal publicidad en la acción que se reprocha a la acusada, hoy recurrente.

QUINTO.- Entrando en el análisis del caso concreto enjuiciado, es indudable que se cumple el requisito objetivo del delito de enaltecimiento del terrorismo y de humillación a las víctimas, tanto por las acciones en alabanza del terrorismo (Viva ETA, o la "Lucha es el único camino. Dale duro hasta ganar", etc.) como en las expresiones correspondientes relativas a la humillación de las víctimas del terrorismo, focalizadas en Emma o en Romeo . Las expresiones siguientes: "¿Cómo monta Emma a caballo? Con velcro"; "¿De qué tiene la frente morada Emma ? De llamar a las puertas", "El humor negro mola, pero el summum son los de Emma . Son la bomba", etc. O las expresiones relativas a Romeo : "¿Qué le regalarán al sobrino de Romeo por Navidades? Un tiovivo". O bien: "¿En qué se parece Romeo a un delfín? En el agujero de la nuca", son incuestionablemente constitutivas del concepto de humillación a las víctimas.

No se trata de modo alguno de penalizar el humor negro, simplemente de comprobar si las expresiones que se difunden por la acusada 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 esa comprobación en sentido afirmativo nos corresponde aplicar la respuesta penal que ofrece el Código Penal en represión de una acción típicamente antijurídica y culpable, esto es, de un delito.

El elemento subjetivo se encuentra fuera de toda duda. La difusión de tales expresiones son consecuencia del conocimiento de lo que se transmite, y que lo que se transmite es una ofensa pública a víctimas del terrorismo, debe deducirse del talante cultural de quien lo ha escrito y enviado a la red a través de su cuenta de twitter.

Finalmente, se alegado error de prohibición de tal conducta, en el motivo cuarto de su recurso, pero basta con que el autor tenga motivos suficientes o posibilidades para saber que su actuación se halla prohibida, por ser el hecho cometido contrario a elementales normas de común conocimiento, para su desestimación, y desde luego, tal circunstancia concurría en la acusada, pues es algo sobradamente conocido la tipificación de los actos de enaltecimiento del terrorismo, máxime puede suponerse en cualquiera que es un acto prohibido mofarse públicamente de quien ha sufrido un acto terrorista, burlándose de sus consecuencias.

SEXTO.- Finalmente, en el motivo sexto del recurso, y por estricta infracción de ley, se denuncia la desproporcionalidad de la pena impuesta, mediante la invocación de diversos preceptos penales, y en suma, por el camino de la motivación, que se sienta como principio informador de la individualización penológica en el art. 72 del Código Penal .

En efecto, la sentencia recurrida, a la hora de concretar la dosimetría penal aplicable al caso enjuiciado, no hace sino asumir acríticamente la petición del Ministerio Fiscal, que era la máxima penalidad imponible, y ello -se dice- porque perpetró todas las conductas punibles reflejadas en el art. 578 del Código Penal , de forma reiterada y firme.

Olvida la Sala sentenciadora de instancia que este delito no puede ser sancionado en continuidad delictiva, por tratarse el tipo que lo define de un concepto global que abarca diversos grados de ilicitud, aunque se trate de acciones reiteradas de humillación a las víctimas del terrorismo.

De cualquier forma, el mensaje de la desestimación del recurso interpuesto por la acusada condenada en la instancia no es tanto la pena de privación de libertad con que el legislador amenaza estas conductas, cuanto la proscripción de este tipo de acciones en desprecio, deshonor, descrédito, burla y afrenta de aquellas personas que han sufrido el zarpazo del terrorismo, cuya dignidad debe ser protegida, y castigadas con una pena proporcionada tanto al desvalor de la conducta como a las condiciones personales de la persona infractora, en el caso de autos, una joven estudiante en el momento de cometer estas acciones.

Téngase en cuenta que el legislador de 2015, mediante la consensuada LO 2/2015, de 30 de marzo, al modificar el art. 578 del Código Penal , elevó su penalidad, disponiendo una pena aun más alta, concretamente de uno a tres años de prisión, más una multa de doce a dieciocho meses, aumentando las penas a su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información, como ha sucedido en este caso.

En razón de las circunstancias del caso enjuiciado, a las que ya hemos hecho referencia, hemos de casar la sentencia recurrida y decretar una penalidad más proporcionada a las condiciones personales del

culpable, que fijaremos en la segunda sentencia que hemos de dictar al efecto en la pena mínima de un año de prisión.

Como antes hemos expresado la penalidad en este tipo de delitos ha de ponderarse no solamente en función de las expresiones que conforman el tipo objetivo del delito, sino sustancialmente con base en la personalidad y en este caso juventud de la autora de esta infracción criminal, cuyo comportamiento debe condenarse, siendo así que deberá proclamarse en este tipo de acciones un ejercicio de ciudadanía responsable.

SÉPTIMO.- Al proceder la estimación parcial del recurso, se está en el caso de declararse de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR por estimación parcial** al recurso de casación interpuesto por la representación legal de **la acusada Ariadna** , contra Sentencia núm. 6716, de 29 de enero de 2016 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Francisco Monterde Ferrer

Luciano Varela Castro Ana María Ferrer García

291/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar

Vista: 23/06/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA Nº: 623/2016

Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D^a. Ana María Ferrer García

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Julio de dos mil dieciséis.

El Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional incoó P.A. núm. 135/2014 por delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo contra Ariadna , nacida en Valencia el día NUM000 de 2001, hija de Emilio y Frida , con DNI núm. NUM001 , y una vez concluso lo remitió a



la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que con fecha 29 de enero de 2016 dictó Sentencia 6/16 , la cual ha sido recurrida en casación por la representación legal de dicha recurrente, y ha sido casada y anulada en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo argumentado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de condenar a Ariadna en los propios términos de la instancia, pero reduciendo por razón de proporcionalidad la pena impuesta a la de un año de prisión

III. FALLO

Que debemos **condenar y condenamos** en los propios términos dispuestos en el pronunciamiento de instancia a **Ariadna** a la pena de un año de prisión, manteniendo las inhabilitaciones decretadas en la sentencia recurrida, y costas procesales de la instancia.

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

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Francisco Monterde Ferrer

Luciano Varela Castro Ana María Ferrer García

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