

En la Villa de Madrid, a tres de Octubre de dos mil doce.

En el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de Eneko-Andoni, contra sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, que condenó al acusado como autor criminalmente responsable de un delito de humillación a víctimas del terrorismo; los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la Vista bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, siendo parte el Ministerio Fiscal, estando representado el recurrente por el Procurador Don Javier J. Cuevas Rivas, siendo parte recurrida Asociación Víctimas del Terrorismo Verde Esperanza (Voces contra el Terrorismo), representada por el Procurador Don José Pedro Vila Rodríguez.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 6, incoó procedimiento abreviado núm. 337/2010 contra Eneko-Andoni, por delito de menosprecio a víctimas del terrorismo y, una vez concluso, lo remitió a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, que con fecha veintinueve de febrero de dos mil doce, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados: “El día 29 de junio de 2010 el hoy acusado Eneko-Andoni, mayor de edad y sin antecedentes penales, usando en su domicilio de la c/ T., núm. ... de Vitoria (Álava) donde convive con su compañera sentimental Eva, el ordenador portátil Acer, modelo Aspire One 532H-2BB núm. de serie ..., dotado de disco duro Toshiba, modelo MK1655GSX, núm. de serie ..., y desde la dirección IP ... asociada al servidor de internet YA.COM que el acusado tenía concertada desde el 22 de junio de 2010 y cuyo acceso lo es a través de enrutador Astoria Network, modelo ARV4518PW-A-LF-LT, núm. de serie ..., con indicador de red WLANED2217, cuya señal se encuentra cifrada o protegida con contraseña tipo WEP 128 bits, dentro de la sesión iniciada como usuario “KARMAKULIA” y con el navegador Mozilla Firefox a las 21,13 horas, concluyendo a las 23,21 horas, accedió reiteradamente al perfil de Facebook asociado a Hala Bedi, busca en google “N.”, visita distintas páginas de información en contra de la inseminación in vitro de Nadia enlazando con noticia publicada en ABC sobre el desacuerdo de la Cargo000 por el P.P. D^a Isabel con la decisión tomada por el Servicio Andaluz de Salud de financiar la fertilización de aquella condenada por acciones terroristas, visita a las 22,38 la sección “actualidad” de la página web de D^a Isabel <http://...eu>, a las 22,52 accede al formulario de contacto de dicha cuenta de correo que cumplimenta con nombre de usuario “kaka kulo”, dirección de e-mail “kakakulo@gmail.com” y el siguiente texto:

“A ver si con un poco de suerte te pegan un tiro antes de la tregua definitiva y así te reúnes con “los tuyos”, so zorra... un besito”, mensaje tipo “post” que envía a las 22,55 accediendo seguidamente a la sección de tal página dedicada a su hermano D. Antonio asesinado en Sevilla el 30 de enero de 1998 junto a su esposa D^a Ana Belén por miembros del comando Andalucía de la organización terrorista ETA. A las 22,59 consulta un artículo sobre la inseminación de Nadia publicado en la web

<http://webprisionesopositor.com> titulado "la inseminación de las etarras podría realizarse el próximo mes de julio y escribe el post-comentario: PERROS. ... SEGURO QUE VA A SALIR PRECIOSO, COMO SUS AITAS. ... NO COMO LOS VUESTROS, LLORONES, LLORONES, KAGONES Y LLENOS DE GRANOS. ... KE ASKO...", ello con el nombre de usuario "kakakulo" y mail "kakakulo@gmail.com".- El post remitido a la página web de la Cargo000 D^a Isabel fue conocido por los dos colaboradores de la misma en el Parlamento Europeo a la mañana siguiente, día 30 de junio de 2010, al consultar el correo oficial con el que está asociada la página personal, imprimiéndolo y así comunicándose a D^a Isabel al acudir a su despacho".

SEGUNDO.- La Audiencia dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallamos: Que debemos condenar y condenamos al acusado Eneko-Andoni, como autor criminalmente responsable de un delito de humillación a víctimas del terrorismo ya definido y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad, a las penas de un año y seis meses de prisión y nueve años y seis meses de inhabilitación absoluta y prohibición por tiempo de cinco años superior al de la prisión de acercarse o comunicarse en cualquier forma con D^a Isabel, así como al pago de las costas procesales incluidas las correspondientes a la acusación popular.- Para el cumplimiento de las penas será de abono el tiempo de privación de libertad ya sufrido por esta causa.- Reclámese en su caso del Instructor la pieza de responsabilidad civil debidamente tramitada y concluida".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de Eneko-Andoni, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente, alegó los motivos siguientes:

Primero.- Al amparo de lo establecido en el núm. 4 del artículo 5 de la L.O.P.J. por infracción de precepto constitucional, en concreto por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24.2 C.E., al condenar a mi representado sin que exista prueba de cargo suficiente.

Segundo.- Al amparo de lo establecido en el núm. 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de ley al entender que se ha realizado aplicación indebida del artículo 578 C.P., al no concurrir los elementos del tipo.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Vista, se celebró la misma el día 19 de septiembre de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por sentencia de 29 de febrero de 2012, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 3ª) condenó al hoy recurrente como autor penalmente responsable de un delito de humillación a víctimas del terrorismo del art. 578 C.P. Frente a dicha condena ha formulado el penado recurso de casación, invocando un primer motivo en el que, al amparo del art. 5.4 LOPJ, denuncia la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al estimarse condenado sin prueba de cargo suficiente; en el segundo motivo, articulado por vía de infracción de ley (art. 849.1 LECrim), denuncia indebida aplicación del art. sustantivo citado más arriba.

SEGUNDO.- En el plano del derecho a la presunción de inocencia, alega el recurrente que no ha sido practicada prueba de cargo capaz de despejar las dudas existentes acerca de si fue él o, por el contrario, su compañera sentimental -con quien convive en el mismo domicilio- quien el día 29 de junio de 2010, tras haber accedido al apartado de actualidad de la página web correspondiente a la Cargo000 del Partido Popular Dª Isabel, a las 22.52 procedió a completar el formulario de contacto y le envió el “post” cuyo contenido motivó la apertura y seguimiento del presente procedimiento, que luego se analizará. Discute, igualmente, esta misma autoría que también le atribuye la Sala de instancia respecto del “post-comentario” que a las 22.59 habría insertado en la web <http://webprisionesopositor.com>, al hilo del artículo publicado en dicha página sobre la práctica de inseminaciones artificiales a mujeres encarceladas que así lo desearan mientras se encontraran cumpliendo prisión por causas relacionadas con la organización terrorista ETA, siendo éste el caso de Nadia.

1. Recordábamos en la STS núm. 35/2012, de 1 de febrero, como en otras muchas ocasiones anteriores, que el derecho a la presunción de inocencia se configura como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que exige una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos del delito y de la que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos, de modo que “sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado” (SSTC núm. 135/2003, de 30 de junio, FJ. 2; 137/2005, de 23 de mayo, FJ. 2; 26/2010, de 27 de abril, FJ. 6; 70/2010, de 18 de octubre, FJ. 3; 9/2011, de 28 de febrero; ó 25/2011, de 14 de marzo, FJ. 8, entre las más recientes).

También expresábamos en nuestra STS núm. 1017/2011, de 6 de octubre, que en un proceso penal la convicción judicial puede formarse sobre la base de prueba indiciaria, si bien esta actividad probatoria debe reunir una serie de exigencias para ser considerada como prueba de cargo suficiente para desvirtuar tal presunción constitucional. Se coincide en resaltar como requisitos que debe satisfacer la prueba indiciaria los siguientes:

1) Que los indicios, que han de ser plurales y de naturaleza inequívocamente acusatoria, estén absolutamente acreditados.

2) Que de ellos fluya de manera natural, con arreglo a la lógica y a las reglas de la experiencia humana, la participación del recurrente en el hecho delictivo del que fue acusado.

3) Que el órgano judicial explicita el razonamiento en virtud del cual, partiendo de esos indicios probados, ha llegado a la convicción de que el acusado realizó la conducta tipificada como delito. En definitiva, como ya señalaban las SSTC núm. 24/1997 y 68/1998, lo esencial es que la prueba indiciaria parta de hechos plenamente acreditados y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria. Razonamiento que debe estar asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común, es decir, “en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes, de modo que únicamente se habrá vulnerado el derecho a la presunción de inocencia cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada” (STS núm. 99/2012, de 27 de febrero).

2. Una simple lectura de la sentencia que aquí se combate permite constatar la recta aplicación en este caso de la doctrina que hemos dejado señalada sobre la idoneidad de los indicios valorados, cuya suficiencia e interconexión fluye con naturalidad de la fundamentación a través de la cual los Jueces “a quo” han expresado su convicción. Tal lectura despeja, asimismo, esos atisbos de insuficiencia probatoria y de falta de racionalidad que, sin verdadero fundamento, le imputa el recurrente.

Debemos aclarar, con carácter previo, los perfiles desde los que se formula la queja. De las alegaciones que expresa el recurrente en su escrito, resulta que en ningún momento cuestiona la realidad de los dos mensajes tipo “post” enviados aquella noche desde su ordenador portátil, como tampoco su contenido. De igual modo, acepta el conjunto de visitas o navegaciones vía internet que la Audiencia Nacional atribuye al manejo de dicho ordenador a lo largo de varias horas durante aquella noche, según mostró la pericial que rastreó los archivos, claves e historial del mismo. Acepta también que ambos “post” fueron enviados estando el portátil, al igual que el propio acusado, en su domicilio. Considera, no obstante, que al carecer el ordenador de un acceso protegido mediante contraseña u otro mecanismo similar, resultaba vulnerable en el sentido de accesible por cualquier otra persona que pudiese asimismo encontrarse en la vivienda, como bien pudo ser su pareja sentimental. Estima que tal extremo, no obstante su relevancia, no es objeto de estudio por la Sala sentenciadora, que obtiene así conclusiones de autoría insuficientemente fundadas, menospreciando parte del acervo probatorio practicado en el juicio oral.

Sin embargo, no se aprecia en la sentencia tal defecto de motivación. En el FJ. 2º, la Audiencia realiza un exhaustivo análisis de la prueba practicada, que conduce a estimar sólidamente acreditado en primer término que, en la fecha y hora en cuestión, en la web de Dª Isabel se recibió un mensaje cuyo texto rezaba: “A ver si con un poco de suerte te pegan un tiro antes de la tregua definitiva y así te reúnes con “los tuyos”, so zorra... un besito”, enviado bajo el nombre de usuario “kaka kulo” y con dirección de email “kagakulo@gmail.com”. La acreditación de este extremo no sólo dimana de la copia impresa aportada como documento por Dª Isabel al incoarse las actuaciones, sino también de cuantos datos aportó a las actuaciones la empresa que gestiona dicha web, siendo particularmente determinante la información así proporcionada, puesto que permitió llegar a la identidad de la persona que había contratado dicha dirección y era su usuario al tiempo de los hechos, quien no era otro que el acusado.

A continuación el Tribunal estudia, con alto grado de detalle, los resultados de las periciales realizadas por los especialistas del Grupo Técnico Informático del Departamento de Análisis Forense del Servicio de Información de la Guardia Civil, cuyos emisores fueron además sometidos al interrogatorio de las partes durante la vista oral para aclarar cualquier duda que pudiera surgir sobre sus conclusiones. Desde esta perspectiva, que se entrelaza con la anterior, vino a confirmarse que fue desde un portátil perteneciente al acusado y hallado en su domicilio desde donde se accedió a la web de la Dª Isabel, realizándose diversas visitas que comprendían la sección de artículos-actualidad, la sección de contacto y la sección dedicada a su hermano Antonio, fallecido junto a su esposa en un atentado atribuido al comando Andalucía de ETA y perpetrado en 1998. En toda esta navegación el internauta se identificó con el nombre de usuario y mail de contacto antes señalados. Iguales conclusiones se obtuvieron sobre el acceso a una segunda web (<http://webprisionesopositor.com>) escasos minutos más tarde y en la que, desde el mismo portátil y a propósito del artículo titulado “la inseminación de las etarras podría realizarse el próximo mes de julio”, relacionado con Nadia, se colgó el mensaje: “Perros... seguro que va a salir precioso, como sus aitas... no como los vuestros, llorones, kagones y llenos de granos... ke asco...”, usándose también en esta ocasión el nombre de usuario y mail de contacto antes vistos. Finalmente, las periciales mostraron también que el tan citado ordenador estuvo en uso entre las 21:13 y las 23:21 de la noche de autos para acceder, bajo sesión iniciada con el nombre “karmakulia”, al perfil de Facebook asociado a Hala Bedi; también se buscó en Google el término “N.” pasando, a través de sus resultados, a visitar diversas páginas que ofrecían información contraria a la inseminación “in vitro” de aquélla. Desde allí el internauta enlazó con la noticia publicada por el periódico ABC sobre el desacuerdo de la Cargo000 Dª Isabel con la decisión del Servicio Andaluz de Salud (S.A.S.) de financiar con fondos públicos la fertilización de Nadia, condenada por su participación en acciones terroristas. Fue después de visitarse esta noticia cuando se produjo, siempre desde el mismo ordenador y sin solución de continuidad, la navegación hacia la web de Dª Isabel.

No omite el Tribunal el análisis de autoría, que realiza acto seguido y en el que -en contra de lo que argumenta el recurrente- también valora la versión exculpatoria sostenida por el acusado, en el sentido de que pudiera haber sido cualquier otra

persona, incluyendo a su pareja sentimental, quien enviara esos "mails". No obstante, ha de convenirse con la Sala de instancia en que tal tesis, siendo comprensible en términos de defensa, no por ello deja de ser una mera especulación sin refrendo alguno, frente a la más sólida convicción de que fue el acusado quien realizó dichas visitas y envió dichos mensajes. Así, se destaca en la sentencia que, aun admitiendo que efectivamente el portátil carece de clave o contraseña de acceso, sin embargo sí dispone de ella el enrutador wi-fi, lo que ciertamente exige su conocimiento para poder estar conectado, circunstancia ésta que, en sentido inverso, lleva al Tribunal a excluir a terceros que eventualmente pudieren encontrarse aquella noche en la vivienda que el acusado y su pareja sentimental comparten. Podría pensarse que no excluye, en cambio, a su compañera, siendo éste el núcleo de la argumentación casacional; pero tampoco en este caso la inferencia del Tribunal carece de lógica, pues se afirma a tal fin que la navegación por internet de la noche del 29 de junio de 2010 de la que da cuenta el informe pericial (f. 410 y ss) acredita además reiteradas visitas al perfil de Facebook de Hala Bedi, siendo ésta una emisora con la que el hoy recurrente colabora, según él mismo reconoció. Habiendo constancia de las ya citadas consultas a artículos y noticias relacionadas con el previsible tratamiento de fertilización "in vitro" de la encarcelada Nadia, el propio acusado reconoció que mantiene relación con Nadia desde hace años, contacto que cabe estimar fluido desde el momento en que el registro de su domicilio propició el hallazgo de tres cartas dirigidas por aquélla a "Eneko".

Nada apunta, en cambio, hacia su compañera sentimental como posible usuaria del portátil en los términos expuestos y, por el contrario, todo apunta hacia el acusado, por lo que la inferencia que obtienen los Jueces de instancia, sustentada en el cúmulo de indicios destacados en la sentencia y de los que hemos dejado sucinta constancia, lejos de entenderse irracional ha de reputarse plenamente ajustada a las reglas de la lógica.

Por todo ello el motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- En el segundo motivo, canalizado como infracción en el derecho aplicado (art. 849.1 LECrim), se discute la catalogación de estos hechos como un delito del art. 578 CP, pues para el recurrente la modalidad comisiva consistente en la humillación y/o desprecio hacia las víctimas del terrorismo aparece necesariamente vinculada a la figura del enaltecimiento y precisa, por ello, para su comisión de cierta trascendencia social o mediática. El carácter privado que tenía el mensaje remitido a la Cargo000 afectada haría, pues, que en el presente caso tal conducta resultara atípica.

1. 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 (...).”.

2. No son muchos los pronunciamientos que hasta el momento ha emitido esta Sala de Casación sobre el precepto que se cuestiona, habiéndose abordado su contenido en la mayoría de las ocasiones a través de la figura del enaltecimiento del terrorismo. Sólo como “obiter dicta”, por derivación del examen de aquél, se ha mencionado su conexión legislativa con la humillación de las víctimas. Sin embargo, el criterio que de forma diáfana y uniforme resulta de todos esos pronunciamientos (ad exemplum, 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.

La amalgama de conductas que yuxtapone el primer párrafo del art. 578 CP no impide desentrañar su esencia diversa, para lo cual contamos con el auxilio de la Exposición de Motivos, antes vista, cuya lectura detenida permite vislumbrar en la decisión político-criminal el interés del Legislador por extender el radio de acción hacia dos esferas de

protección diferentes, que bien hubieran podido merecer preceptos individualizados o, cuando menos, incisos separados. Algún sector doctrinal ha criticado esta mezcla legislativa, que entrelaza una conducta de connotaciones prioritariamente públicas, como es el enaltecimiento y/o justificación del terrorismo, con otra de contornos mucho más sutiles e íntimos, como es el menosprecio o humillación de las víctimas, cuya justificación material como delito y merecimiento de pena es considerada adecuada, cerrando el paso a toda impunidad respecto de aquellos actos ofensivos o despreciativos hacia las víctimas del terrorismo.

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 “perplejidad e indignación” que generan en la sociedad, razón que les hace merecedores de reproche penal.

A través del castigo del enaltecimiento del terrorismo se pretende la 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 también nuestro Tribunal Constitucional (STC núm. 235/2007, de 7 de Noviembre) y este mismo Tribunal de Casación (STS núm. 812/2011, de 21 de julio) califican como “discurso del odio”, consistente en la alabanza o justificación de acciones terroristas. Tal comportamiento de ningún modo puede quedar bajo 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 aquella comunidad que lo sufre, basándose su discurso “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 núm. 224/2010, de 3 de marzo). Como también destacaba la STS núm. 676/2009, de 5 de junio, no se trata de criminalizar opiniones discrepantes, sino de combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, atentando de este modo contra el sistema democrático establecido.

En cambio, la humillación o desprecio a las víctimas afecta directamente, como antes señalábamos, a su honor como víctimas y, en último término, a su dignidad, valores que tienen reconocida igual 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. No en vano, estas libertades encuentran su límite en el propio texto constitucional: 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). 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.

No es ésta la única ocasión en la que el Legislador se ha encontrado ante la dificultad de ubicar una conducta cuyo marco de protección afecta a diferentes ámbitos, que exceden del estricto campo del honor. Así sucedía, por ejemplo, a propósito del desaparecido delito de desacato, que desde 1850 tradicionalmente había estado tipificado en el Código Penal (no así en el actual CP de 1995), y respecto del cual esta Sala había destacado el dolo específico del elemento subjetivo del injusto, consistente en la intención de vilipendiar, agraviar o lesionar el honor de la persona escogida, manteniendo una relación directa con el “animus iniuriandi” de los delitos de injurias y calumnias, viniendo a ser “una manifestación cualificada de aquellas infracciones en la que ese elemento subjetivo del injusto se completa, a la vez, con el deseo de atacar al principio de autoridad”, intención “pertenciente a la más estricta intimidad del sujeto activo”, por lo que “normalmente ha de deducirse, por lógicos criterios humanos, de los actos y hechos externos configuradores del propósito de ofender” (STS de 14 de febrero de 1991, rec. 2241/1988).

Igual sucede, en el caso del actual Código Penal de 1995, con las injurias graves vertidas contra las Cortes Generales o Asambleas Legislativas autonómicas, cuando se

encuentren reunidas en sesión, o bien contra alguna de sus Comisiones en los actos públicos en que las representen (art. 496 CP). También en los delitos contra el honor que afecten a la Corona, particularmente previstos en los arts. 490.3 y 491.1 CP. En todos ellos nos encontramos ante un ataque al honor merecedor de una protección singularmente reforzada, al verse atacados no sólo los concretos sujetos pasivos afectados a título particular, sino muy especialmente la figura de las Instituciones que representan.

Precisamente analizando un supuesto de injurias al Rey, resaltaba la STS núm. 1284/2005, de 31 de octubre, siguiendo para ello la doctrina marcada por el Tribunal Constitucional en su STC núm. 39/2005, de 28 de febrero, que, si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del "animus iniuriandi" tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos que ahora, con arreglo a la doctrina de este Tribunal, no basta por sí solo para fundar una condena penal por un delito de injurias (SSTC núm. 104/1986, de 17 de julio; 107/1988, de 25 de junio; 105/1990, de 6 de junio; 320/1994, de 28 de diciembre; 42/1995, de 18 de marzo; 19/1996, de 12 de febrero; 232/1998, de 30 de diciembre; 297/2000, de 11 de diciembre; y de 15 de enero de 2001).

Ello entraña la necesidad de que el enjuiciamiento se traslade a un plano distinto, 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 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.

Por otro lado, ha de convenirse con lo expuesto en su informe por el Ministerio Fiscal, y en contra de lo afirmado por el aquí recurrente, en 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...”). Como antes referíamos, esta segunda figura ostenta una naturaleza más íntima y personal, que afecta directamente al honor de las víctimas de acciones terroristas, por el hecho de serlo, y que en último término supone un ataque a su dignidad humana, violada con el menosprecio que supone el comportamiento querido, directa o indirectamente, por el sujeto activo. De este modo, la ofensa privada, aislada a una sola persona, puede dar lugar al delito que aquí se tipifica, sin perjuicio de que también pueda observarse su concurrencia en el caso de una pluralidad de afectados. En suma, la figura no precisa de la difusión pública, porque no tendría sentido, que, en cambio, resulta difícilmente deslindable del enaltecimiento. Y se consuma con la simple recepción efectiva de la ofensa por la víctima del terrorismo que sufre un acto humillante o despreciativo que sea a tal fin idóneo, subjetiva y objetivamente.

En cualquier caso, como también subraya la STS núm. 224/2010, de 3 de marzo, con cita de la STS núm. 585/2007, de 20 de junio, se requiere en estos supuestos de un análisis judicial particularmente riguroso, examinándose caso a caso las concretas circunstancias en las que el acto humillante, hostil o vejatorio se produce, las frases y/o acciones en que queda materializado, la ocasión y escenario en que se desarrolla, etc. Aunque referido al enaltecimiento, procede traer a colación lo que también señalaba la STS núm. 812/2011, de 21 de julio, por remisión a la STS núm. 31/2011, de 2 de febrero, en el sentido de 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 utilizados, 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.

3. Tal es el enfoque que seguiremos en el supuesto que nos ocupa. No es ocioso recordar, con carácter previo, que la cuestión que se nos plantea debe ser analizada desde el más absoluto respeto del relato fáctico, pues, según constante doctrina de esta Sala Casacional (víd. SSTS núm. 297/2009, de 20 de marzo; 952/2008, de 30 de diciembre; 924/2008, de 22 de diciembre; ó 841/2008, de 5 de diciembre), la infracción de ley no puede suponer otra cosa que la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal. Y esa labor necesariamente ha de partir de la intangibilidad de la narración de hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, a partir de la convicción que haya alcanzado acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración directa del material probatorio que le es propia.

Como expresa la Audiencia Nacional en el FJ. 1º de la sentencia, la condición de víctima del terrorismo de la Cargo000 afectada -hermana de Antonio y cuñada de Ana Belén, matrimonio que fue asesinado en Sevilla por miembros del comando Andalucía

de ETA en la noche del 30 de enero de 1998- no sólo es públicamente conocida, sino que era patente para el remitente del mensaje en el momento de enviarlo, como lo demuestran tanto los textos de los enlaces que previamente había consultado el emisario, como el propio texto del “post” que envió a D^a Isabel, deseándole en él que sufra el mismo aciago infortunio que sus familiares directos. El propio remitente incluso se encargaba de resaltar este parentesco entrecomillándolo: “...a ver si con un poco de suerte te pegan un tiro antes de la tregua definitiva y así te reúnes con “los tuyos” so zorra... un besito”.

La idoneidad subjetiva de la conducta desplegada por el acusado es también evidente. Al margen del ataque injurioso que representa el insulto vertido en su final, a nadie escapa el enorme desprecio implícito en la frase previa que el acusado dirigió a D^a Isabel, no sólo referido a su persona, sino a la de sus familiares asesinados por la banda terrorista, cuya vida y memoria se minimizan como valores dignos de respeto.

Incluye también el deseo expreso hacia quien lo recibe de un mal tan grave como es la muerte. De hecho, el efecto que el “mail” causó en su receptora fue tal que incluso refirió al Tribunal -y así se recoge en el FJ. 1º, último inciso- que sintió temor por su propia seguridad, y ello es objetivamente comprensible no sólo por ser recibido por quien ya ha padecido la brutal pérdida de dos de sus seres queridos como consecuencia de la acción terrorista de ETA, sino porque el “deseo” que emanaba del mensaje traslucía un contenido gravemente intimidatorio hacia su propia persona, capaz de generar inquietud y zozobra en cualquier ciudadano, máxime en la medida en que provenía de alguien que se ocultaba bajo una identidad desconocida y que aprovechaba deliberadamente el anonimato que esto le proporcionaba.

Tal y como interpretó la Sala de procedencia, semejante conducta tiene claro encaje en la figura que analizamos y por sí sola contiene el tipo penal aplicado.

Hay un segundo “post” donde se recoge la opinión disidente del acusado respecto del tema objeto de consulta en dicha página web, nuevamente relacionado con la conveniencia o no de que desde el sistema público de salud se proporcionen tratamientos de fertilización a mujeres que se encuentren encarceladas por su vinculación con el terrorismo de ETA. Los términos que aquí utiliza el recurrente son, ciertamente, hirientes y desproporcionados como simple ejercicio de la crítica. Pero desde su solo y literal contenido no pueden estimarse humillantes para las víctimas del terrorismo, ya que se dirigen hacia una ciudadanía difusa -no necesariamente víctima del terror- que simplemente discrepe de su forma de pensar en este punto tan concreto. Por ello mismo, ha de entenderse que estos excesos verbales del segundo mensaje pueden quedar bajo la cobertura de la libertad de expresión, sin perjuicio de valorar tal hecho como refuerzo del desprecio que el acusado exterioriza hacia quienes no compartan sus planteamientos proclives al entorno etarra.

El motivo también por infracción de ley debe ser desestimado.

CUARTO.- Ex artículo 901.2 LECrim. las costas del recurso deben ser impuestas al recurrente.

FALLO

Que debemos declarar no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional dirigido por Eneko Andoni, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Penal, Sección Tercera, de la Audiencia Nacional, en fecha 29/02/2012, en causa seguida al mismo por delito de menosprecio a víctimas del terrorismo, con imposición al mencionado de las costas del recurso.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia a los efectos oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz.- Perfecto Andrés Ibáñez.- José Ramón Soriano Soriano.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Antonio del Moral García.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Saavedra Ruiz, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.