

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal),
de 15 de noviembre de 2016
[ROJ: SAN 4038/2016]**

ABSOLUCIÓN DEL DELITO DE HUMILLACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO

1. ¿TUIITS DELICTIVOS O HUMOR NEGRO?

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2016 absuelve al acusado del delito de humillación a las víctimas del terrorismo del que se le acusaba por el envío de mensajes en *Twitter*. La Asociación «Dignidad y Justicia» presentó el 17 de junio de 2015 una querrela por delito de humillación a las víctimas del terrorismo, con motivo de la publicación en *Twitter* de un mensaje del siguiente tenor: «Han tenido que cerrar el cementerio de las niñas de Alcàsser para que no vaya Irene Villa a por repuestos». El presunto autor publicó en *Twitter*, además del mencionado mensaje, otros dos: «¿Cómo meterías a cinco millones de judíos en un 600? En el cenicero». Y: «rescateficción Rajoy promete resucitar la economía y a Marta del Castillo». Pese al repulsivo tenor de estos mensajes, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2016 absolvió al acusado del delito del artículo 578 CP, inciso segundo.

Con el delito del artículo 578 CP se trata de proteger el honor y la dignidad de las víctimas de delitos de terrorismo y sus familiares frente a conductas que no quedarían suficientemente castigadas como injurias. En él se tipifica el enaltecimiento o la justificación pública del terrorismo o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares (véase la STS 224/2010 de 3 de marzo de 2010 –[ROJ: STS 1418/2010](#)–, que señala que el enaltecimiento del terrorismo es una forma autónoma de apología). La conducta se agrava si se realiza «mediante la difusión de 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». En este caso, las penas previstas en el artículo 578.1 CP (prisión de 1 a 3 años y multa de 12 a 18 meses) se aplicarán en su mitad superior. Este precepto fue reformado por la [LO 2/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo](#). CASTELLVÍ MONTSERRAT, Carlos, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago (dirs.): «Artículo 578», en *Comentarios al Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, 1744-1746.

2. LA FALTA DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL ARTÍCULO 578 CP

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2016, en su FJ 2.º, afirma que «el elemento objetivo del artículo 578 CP requiere distintas expresiones», lo cual no concurre en el supuesto». En este sentido, la STS 846/2015 de 30 diciembre (ROJ: STS 5682/2015) expone la naturaleza de la conducta, consistente en la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas. La intervención del Derecho en estas situaciones no tiene por qué ser penal. De hecho, el carácter fragmentario del Derecho Penal y su consideración de *ultima ratio* aconsejan que la sanción penal se reserve para las acciones más graves, quedando expedita la vía civil para las intromisiones en el honor ([LO 1/1982 de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen](#)).

3. LA INEXIGENCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO EN EL ARTÍCULO 578 CP

Indica la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2016, en su FJ 2.º, que «no se percibe el ánimo injurioso, o maltratador, ante la falta de continuidad». A este respecto, convendría aclarar que, tal y como señala, por ejemplo, la STS de 18 de enero de 2017 ([ROJ: STS 31/2017](#), FJ 1.º), para la concurrencia de este delito «no se exige un dolo redoblado como elemento subjetivo. Es suficiente la concurrencia de un dolo básico». Esto, necesariamente, amplía el ámbito de aplicación de este tipo penal, al no requerirse para la consumación del delito del artículo 578 CP la presencia de un ánimo o elemento subjetivo del injusto añadido al dolo, de muy difícil o imposible prueba en el juicio. La citada sentencia reitera, en su FJ 3.º, que «el artículo 578 sólo exige el dolo, esto es, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo». La afirmación de que el autor «no perseguía la defensa de los postulados de una organización terrorista y de que tampoco buscaba desprestigiar a las víctimas, es absolutamente irrelevante en términos de tipicidad. La estructura típica del delito previsto en el artículo 578 del CP no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación» ([ROJ: STS 31/2017](#), FJ 3.º). Por consiguiente, la SAN de 15 de noviembre de 2016 que se comenta yerra en lo que respecta a la relevancia que otorga al elemento subjetivo, considerando que su inexistencia determina la atipicidad de los hechos, dado que el ánimo injurioso, como se ha mostrado, no es exigido por el tipo penal del artículo 578 CP ni por la jurisprudencia cada vez más abundante sobre el mismo, que requieren meramente que la conducta sea dolosa, sin ningún ánimo subjetivo añadido. La atipicidad sostenida por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 15 de noviembre de 2016 sólo podría asentarse, pues, en el entendimiento de que

los tuits presuntamente ofensivos para las víctimas se encuentran amparados por la libertad de expresión. Es decir, no en la falta de concurrencia de un elemento subjetivo del tipo, innecesario, como se ha expuesto, para la consumación del tipo delictivo del artículo 578 CP, sino, en su caso, en la carencia objetiva de entidad lesiva para la dignidad de las víctimas de los hechos enjuiciados.

4. MEDIDAS JUDICIALES PREVISTAS PARA EL ARTÍCULO 578 CP

El apartado 4 del artículo 578 CP prevé que si el delito se hubiese cometido «a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos». Según dispone el párrafo 2.º del apartado 4 del artículo 578 CP,

si los hechos se hubieran cometido a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o servicios de comunicaciones electrónicas, el juez o tribunal podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos. Subsidiariamente, podrá ordenar a los prestadores de servicios de alojamiento que retiren los contenidos ilícitos, a los motores de búsqueda que supriman los enlaces que apunten a ellos y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que impidan el acceso a los contenidos o servicios ilícitos

en las circunstancias legalmente previstas. Estas medidas también podrán acordarse de forma cautelar por el juez instructor (artículo 578.5 CP). Asimismo, el artículo 578 CP *in fine* prevé que el juez podrá acordar alguna/s de las prohibiciones del artículo 57 CP, que, a su vez, se contemplan en el artículo 48 CP, esto es: prohibición de residir en un determinado lugar, de aproximarse a la víctima o de comunicarse con ella. Por otro lado, conforme al artículo 127 CP, en relación con los arts. 8 y 11 de la [Ley 34/2002, reguladora de los Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico](#), se puede disponer la eliminación del perfil en la red social desde la que se hayan realizado los comentarios ofensivos.

5. LIBERTAD DE EXPRESIÓN *VERSUS* HUMILLACIÓN DE LAS VÍCTIMAS. LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La dificultad de interpretar un precepto como el artículo 578 CP ha sido destacada en la STS de 18 de enero de 2017 ([ROJ: STS 31/2017](#), Caso *Def Con Dos y Strawberry Harcdcore*, FJ 2.º), dado que remite a la equívoca y extendida locución «discurso del odio». La libertad de expresión, según esta sentencia, no debe ser «el único parámetro valorativo para discernir cuándo lo inaceptable se convierte en delictivo. No todo exceso verbal ni todo mensaje que desborde la protección constitucional pueden

considerarse incluidos en la porción de injusto abarcada por el artículo 578 CP». El bien jurídico protegido por este delito se ha descrito en la STS 812/2011, de 21 de julio (ROJ: STS 5176/2011) como la interdicción de lo que las SSTEDH de 8 de julio de 1999, *Sürek vs Turquía*, 4/12/2003, *Müslüm vs Turquía* y también nuestro TC (STC 235/2007) califican como el discurso del odio, «que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica» (Voto particular FJ 4.º o punto 8). En el mismo sentido, véase la STS 299/2011, de 25 de abril (ROJ: STS 3338/2011).

De un tiempo a esta parte, se han sucedido en las redes sociales declaraciones que pudieran entrañar humillación a las víctimas. En estos casos, la libertad de expresión puede operar como causa de exclusión de la antijuridicidad, a través del artículo 20.7.º CP (ejercicio legítimo de un derecho), que justificaría la conducta. En esta línea argumental, puede verse la STS de 2/11/2016 (ROJ: STS 4714/2016). Pero, en ocasiones, estos mensajes, pretendidamente amparados por una mal entendida libertad de expresión, son clara manifestación de lo que se conoce como «discurso del odio» y constituyen un escarnio a las víctimas, en modo alguno amparado por la libertad de expresión. Al igual que ocurre con otros derechos fundamentales, el derecho a la libertad de expresión no es absoluto y está sujeto a límites (véase la STS 13/7/2016 (ROJ: STS 3113/2016)). Hay que distinguir (como hace la STS de 4 de julio de 1994 ROJ: STS 5125/1994) entre la lícita apología o adhesión a una ideología y la apología ilícita o enaltecimiento del crimen y sus responsables. Muy atinadamente, la STS 539/2008, de 23 de septiembre (ROJ: STS 5168/2008), declara que determinadas restricciones a la libertad de expresión pueden ser no solo legítimas sino hasta necesarias, ante conductas que puedan, por ejemplo, implicar humillación a las víctimas. Otras veces, los tribunales consideran que los comentarios de mal gusto son solo reprobables en un plano distinto al de la legalidad penal (Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2016, ROJ: SAN 4038/2016). Por rechazables que a menudo resulten, la jurisprudencia viene apreciando, en más de una ocasión, que el humor negro, el sarcasmo y la crítica política están amparados por la libertad de expresión (Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de julio de 2016 ROJ: SAN 2767/2016). BAUTISTA SAMANIEGO, Carlos. 2016: «Comentario a la sentencia de 18 de julio de 2016 de la sección 1.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional». *Diario La Ley*, 27/12/2016, n.º 8889, LA LEY 9660/2016]. Sin embargo, como bien recuerda la STS de 18 de enero de 2017 (FJ 2.º), «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, con una sistemática singularizada frente al tipo previsto en el artículo 510 del mismo texto punitivo». Véase OLMEDO CARDENETE, Miguel. 2016: «Delitos contra el orden público». En *Sistema de Derecho Penal, Parte Especial*, 2.ª ed. Madrid: Dykinson, 1437-1441.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2016, objeto de este comentario, se inclina claramente a favor de la libertad de expresión. Contrasta

radicalmente con la Sentencia 25/2017 del Juzgado de Instrucción 8 de Cerdanyola del Vallès (Barcelona), de 15 de marzo de 2017, que ha condenado a ocho meses de prisión, sustituibles por un curso de derechos humanos y multa de cuatro meses, a un usuario de *Twitter* que publicó un comentario vejatorio en el que se burlaba de las víctimas catalanas del accidente aéreo de *Germanwings*. El Tribunal Supremo también condenó en la sentencia reiteradamente mencionada de 18 de enero de 2017 a un año de cárcel al cantante conocido con el nombre artístico de César Strawberry. Le consideró autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación de las víctimas por varios tuits en los que mencionaba a los GRAPO o a José Antonio Ortega Lara, funcionario de prisiones secuestrado por ETA. Así pues, hechos similares han dado lugar en los tribunales a sentencias muy dispares, que van desde la absolución a la condena. El Tribunal Supremo ha considerado delictivas afirmaciones vertidas en *Twitter* haciendo mofa del atentado de Carrero Blanco, Irene Villa o del asesinato de Miguel Ángel Blanco (STS 623/2016, de 13 de julio, [ROJ: STS 3113/2016](#)). Igualmente, en sentido condenatorio se manifestó el Tribunal Supremo en la STS 820/2016, de 2 de noviembre ([ROJ: STS 4714/2016](#)); la STS 948/2016, de 15 de diciembre ([ROJ: STS 5495/2016](#)); la 846/2015, de 30 de diciembre ([ROJ: STS 5682/2015](#)), y la STS 752/2012, de 3 de octubre ([ROJ: STS 6628/2012](#)). Como muy bien manifestaba el Tribunal Supremo en la sentencia 623/2016, de 13 de julio, y recuerda en la de 18 de enero de 2017, «la libertad ideológica o de expresión no pueden ofrecer cobijo a la exteriorización de expresiones que encierran un injustificable desprecio hacia las víctimas del terrorismo, hasta conllevar su humillación». También el Tribunal Constitucional, en las sentencias 136/1999, de 20 de julio; 177/2015, de 22 de julio, y 112/2016, de 20 de junio (*Caso Erkizia*), ha dejado claro que «los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos» no quedan amparados por la libertad de expresión. El TEDH acepta restricciones a la libertad de expresión cuando el mensaje supone un apoyo expreso al terrorismo que pueda considerarse incitación directa a la violencia (STEDH *Zana contra Turquía*, 25/11/1997 o *Leroy contra Francia* 2/10/2008). El Convenio Europeo de Derechos Humanos permite dichas restricciones solo y exclusivamente cuando se trate de medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional y la prevención del delito (véase STEDH *Handyside contra Reino Unido* 7/12/1976). Y en la ya citada STS de 18 de enero de 2017, en su FJ 6.º, con pleno acierto, a mi juicio, el Tribunal Supremo declara: «Tampoco la ironía, la provocación o el sarcasmo [...] hacen viable una causa suprallegal de exclusión de la culpabilidad». «La memoria de su propia tragedia no adquiere otra tonalidad cuando el dictamen pericial concluye que ha sido expresado con sátira o que es fruto de la crítica ácida». Según dicha sentencia, FJ 5.º, «no se trata de penalizar el chiste de mal gusto, sino que una de las facetas de la humillación consiste en la burla». Esta sentencia cuenta, no obstante, con un voto particular del magistrado D. Perfecto Andrés Ibáñez, quien mantiene que «ningún derecho penal de inspiración constitucional y democrática puede ser potestativamente expansivo» y

considera como «meros exabruptos sin mayor recorrido» las afirmaciones por las que la Sala condenó al autor de los tuits.

Por tanto, la controversia judicial continuará en torno a la interpretación de un precepto como el artículo 578 CP, y la unanimidad en los tribunales dista de alcanzarse, evidenciándose de manera notoria el eterno conflicto entre la libertad de expresión y, en este caso, el derecho de las víctimas del terrorismo a no ser humilladas. Buena muestra de ello es la SAN 12/2017 de 21 de marzo de 2017 (ROJ: SAN 505/2017), en la que se absuelve de un delito de enaltecimiento del terrorismo al autor de tuits de pésimo gusto y que contiene un voto particular discrepante del magistrado Grande-Marlaska. Esta sentencia sostiene, en su FJ 2.º, «que la compatibilidad del delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo con la Constitución requiere [...] que el discurso incite de alguna manera, aunque solo de modo indirecto, a la acción violenta, algo que no se puede identificar en los tuits inculcados». Por ello, absuelve al acusado «en la medida en que los mensajes que tuiteó objetivamente no enaltecen ni justifican el terrorismo, tampoco incitan, propician o alientan a la violencia terrorista, ni siquiera de manera indirecta, ni ponen en peligro a las personas, los derechos de terceros ni al sistema de libertades». Sin embargo, y no desacertadamente, el voto particular manifiesta que la conducta imputada al acusado «trasciende los límites de la libertad de expresión [...] derivando en una justificación y legitimación de la violencia como medio de alcanzar fines políticos». En definitiva, la aplicación de criterios de interpretación del artículo 578 CP claros y ciertos contribuiría a no enconar el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho de las víctimas a no ser humilladas.

Justa GÓMEZ NAVAJAS
Profesora Contratada Doctora (interina)
Universidad de Granada
justa@ugr.es