

AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
SECCIÓN SEGUNDA

N.I.G.: 28079 27 2 2015 0001704

ROLLO DE SALA: APELACION CONTRA AUTOS 346/2015

PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 86/2015

ÓRGANO DE ORIGEN: JUZGADO CENTRAL INSTRUCCION nº 1

A U T O

MAGISTRADOS

ILMOS. SRES.:

D^a CONCEPCIÓN ESPEJEL JORQUERA (Presidenta)

D. JOSÉ RICARDO DE PRADA SOLAESA

D. ENRIQUE LÓPEZ Y LÓPEZ (Ponente)

En Madrid, a nueve de diciembre de dos mil quince.

ANTECEDENTES PROCESALES

PRIMERO.- El día 7 de octubre de 2015, el Juzgado Central de Instrucción nº 1 dictó auto que decretó el archivo de las actuaciones al no ser los hechos constitutivos de infracción criminal, que, notificado, era recurrido en apelación por la representación procesal de la **ASOCIACIÓN DIGNIDAD Y JUSTICIA**.

SEGUNDO.- Tramitado el recurso en el Juzgado, se remitieron las actuaciones a esta Sección para resolución.

En el traslado del recurso, se adhirió la representación del **SINDICATO COLECTIVO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS MANOS LIMPIAS** y lo impugnó la defensa letrada de **GUILLERMO ZAPATA ROMERO**.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en la Sección, por resolución procesal de 3 de noviembre de 2015 se formó rollo, se asignó la ponencia al Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique López López y se señaló para su deliberación.

RAZONAMIENTO JURÍDICO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso es el auto de fecha 7 de octubre de 2015 por el que el Juez de Instrucción dicta una nueva resolución de archivo de las actuaciones al no ser los hechos constitutivos de infracción criminal. El juez concluye en los fundamentos jurídicos del auto que tras las diligencias oportunas de conformidad con el art. 637.2 de la LECrim. procede decretar el archivo de las presentes actuaciones (sobreseimiento libre por no ser los hechos constitutivos de delito). El juez en esencia entiende que en la frase publicada en la red social twitter no concurre el dolo específico que requiere este tipo de delitos, y ello ni en forma directa ni eventual.

La parte recurrente Asociación Dignidad y Justicia solicita la revocación del auto para que se continúe con la instrucción de la causa y se practiquen las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos. Se argumenta que la decisión de archivo se adopta de forma exclusiva sobre la base de la declaración del imputado, el cual niega que su intención fuera lesionar la dignidad de las víctimas, enmarcando su actuación en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Además se alega que resulta necesaria la práctica de las diligencias de investigación

que fueron solicitadas en el escrito de la querrela, y en concreto los informes solicitados a la policía judicial; también sostiene que el auto ha sido dictado de forma prematura contraviniendo al auto dictado por esta Sección, en la que se resolvía que se debían practicar las diligencias solicitadas en la querrela admitida a trámite. Añade que los informes solicitados a la policía judicial son útiles y pertinentes. En otro orden de ideas la parte recurrente alega la vulneración del principio de igualdad por la forma de actuar por parte del Juez ante casos idénticos. Por último, alega que no se ha dado respuesta a la denuncia y querrela interpuestas en los juzgados de 41 y 26 de Madrid como consecuencia de los mensajes publicados por el imputado y cuya inhibición fue aceptada por el Juez. La representación del imputado solicita el mantenimiento de la resolución recurrida, manifestando su total acuerdo con el mismo. El Ministerio Fiscal se da por notificado y no hace manifestación alguna.

SEGUNDO.- Que de todo lo alegado por la recurrente nos centraremos solo en los aspectos relacionados con el presente caso, siendo totalmente ajenos al mismo otras decisiones que se hayan podido adoptar por parte del juez, así como otras actuaciones judiciales. En este caso, lo primero en lo que debemos entrar es la alegación concreta sobre que el Juez Instructor no ordenó la práctica de las diligencias de investigación solicitadas por la parte en su querrela, y así en concreto se refiere a los oficios que se debieron dirigir a la Guardia Civil y a la Policía Nacional. Efectivamente la Sala en el auto que resolvió el recurso contra al primero de los sobreseimientos decretados por el juez en esta causa, dijo expresamente “debiéndose practicar las diligencias solicitadas en la querrela admitida a trámite y en concreto la declaración del querrellado como imputado”; esto formalmente significa que el juez debió ordenar la práctica de todas y cada una de las diligencias solicitadas por la querellante en su escrito inicial de querrela, y entre las cuales se encuentra la emisión de sendos oficios a los fines que se describen la

referida querrella; en concreto se refería a la constatación de que los tweets objeto de la querrella han sido publicados en la cuenta de twitter del querrellado desde el 31 de enero de 2011 hasta el 13 de junio de 2015, la identificación del autor de la publicación, y en general todo aquello que acredite y sirva para determinar los hechos expuestos en la querrella. El Juez en su auto argumenta que no cabe practicar diligencia alguna, y en concreto se refiere a las testificales propuestas por la querellante, que por cierto, ya habían sido descartadas por la Sala en su anterior auto, y en lo que se refiere a estos oficios entiende que devienen en inútiles, al haber asumido el querrellado que la cuenta es suya, y que publicó los mensajes en los que se sustenta la querrella. No le falta razón al Juez, habida cuenta el reconocimiento del imputado y el carácter de publicidad y notoriedad que tienen en ciertos casos los mensajes enviados a la red social tan referida. Pero no debemos olvidar que a pesar de estos parámetros no es inútil de cara a la celebración de un posible juicio oral, y que todo ello esté documentado y contrastado, para así mantener la prueba objetiva de los hechos, al margen de la posible mutabilidad del testimonio del inculpado, explicable dentro de los límites del derecho a no declarar contra uno mismo del art. 24 de la CE, y la valoración interesada que sobre hechos notorios se pueda hacer en el futuro. Por ello bastaría lo hasta aquí expuesto para revocar el auto dictado.

TERCERO.- La parte recurrente en su escrito de recurso solicita que se practiquen las diligencias solicitadas, y se siga el curso de la investigación para esclarecer los hechos, solicitando de forma tácita la transformación del procedimiento y la apertura del juicio oral. El Juez en su auto de sobreseimiento hace un análisis sobre los hechos, una valoración de las diligencias practicadas (de forma abundante en lo que se refiere a la declaración del imputado), y realiza un labor de subsunción de estos hechos en el tipo penal aplicable, para llegar a la conclusión de que falta uno de los elementos esenciales del tipo, el elemento subjetivo, y por

ello concluye que los hechos no son susceptibles de merecer calificación penal alguna. La Sala no va a entrar a valorar si este juicio del Juez Instructor es acertado o no, sino si se encontraba en la situación de hecho y procesal para poder adoptarla.

El Juez instructor ha dictado un auto en aplicación de lo previsto en el art. 779 1ª de la LECrim., en relación con el art. 637.2 de la misma ley, y por ello lo que decreta en un sobreseimiento libre (definitivo), lo cual supone la terminación del proceso sin que el órgano que debe realizar el enjuiciamiento se pronuncie sobre el fondo del asunto, que en términos generales tiene los mismos efectos que una sentencia absolutoria, produciendo plenos efectos de cosa juzgada en definitiva. Como es sabido los motivos por los que puede decretarse el sobreseimiento libre están previstos en el art. 637, y descartado el tercero (“3º. Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores”), son en primer lugar la inexistencia del hecho punible. (“1º. Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa” – art. 637.1º LECrim –); atiende este criterio a la convicción del órgano jurisdiccional de que los hechos objeto de investigación no se han producido en la realidad, previa realización de un juicio sobre los hechos y la jurisprudencia establece que para que pueda acordarse el sobreseimiento libre, la inexistencia de indicios racionales debe ser indiscutible, inequívoca e indudable; el segundo supuesto es diferente y se centra en la inexistencia de delito (“2º. Cuando el hecho no sea constitutivo de delito” – art. 637.2º LECrim) este motivo se refiere al supuesto diferente de que, existiendo acreditadamente los hechos, sin embargo, no sean constitutivos de delito. A diferencia del caso anterior, aquí el hecho existe, pero no es punible al no subsumirse en el tipo penal, y sobre ello el órgano jurisdiccional de tener igualmente certeza absoluta; debemos partir de que si el hecho no es constitutivo de delito, es imposible justificar el enjuiciamiento de cualquier

persona por ese hecho, porque los juicios penales no se desarrollan en el vacío para obtener resoluciones teóricas sino para aplicar el derecho de penar en los casos concretos. Ahora bien, hay labores de subsunción penal que son claras y determinantes, (la cuantía en el delito fiscal, la edad en un delito sexual, el carecer oficial de un documento falsificado, etc.), pero en otros delitos, como es el caso, la labor de subsunción no es tan fácil y pacífica como se desprende de la rotundidad expresada el Juez en su auto. Esta labor reside en determinar si los hechos investigados pueden ser o no constitutivos de infracción penal teniendo en cuenta el fundamento de la imputación a la vista de los indicios racionales de criminalidad existentes en las diligencias (artículos 386 y 779.1 ambos LECrim.).

Partamos de que la existencia de indicios racionales de criminalidad sobre la participación de una persona en hechos presuntamente delictivos es suficiente para fundamentar la imputación frente a la misma, lo que en este caso equivale a acordar la apertura del juicio oral y por ello es preciso deslindar las funciones del instructor y las del tribunal al que corresponde el enjuiciamiento y la decisión, de forma que el primero, siempre que exista una acusación, no puede rebasar las funciones propias de la instrucción y adentrarse en cuestiones que afectan a la culpabilidad, como es el dolo, o a otros elementos del tipo, salvo casos de diafanidad y claridad manifiesta, entrando en juicios de inferencia, cuya decisión exige la celebración de verdaderos actos de prueba bajo el imperio de los principios que rigen el juicio oral, pues de lo contrario se está vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva con indefensión de la acusación que se ve privada además de su derecho a sostener la misma y a utilizar los medios de prueba pertinentes (artículo 24 C.E.). En este sentido cuando se hace referencia al Juez Instructor, se comprende la revisión de sus actuaciones llevada a cabo por esta propia Sala de apelación, pues nuestra función se inserta en la fase de instrucción y no en la de

enjuiciamiento. En este contexto debemos entender la función de un Juez Instructor cuando determina el sobreseimiento libre, e incluso el de la Sala si así lo hiciera sobre la base de un recurso.

Por el contrario, si nos enfrentamos a la regla 4.^a del artículo 779.1 LECrim., que manda seguir el procedimiento por el trámite de preparación del juicio oral cuando el delito que pueda constituir el objeto del proceso sea de los previstos en el artículo 757, nos adentramos en el llamado "*juicio de acusación*", que tiene únicamente el alcance de determinar una veracidad probable de las afirmaciones sobre los datos históricos del caso, verificados por el instructor, y proyectar sobre los mismos una valoración jurídica que permita concluir que son constitutivos de delito, lo que equivale a la procedencia de dictar esta resolución cuando no concurren los supuestos de sobreseimiento previstos en los artículos 637.1, 641.1 y 637.2, todos ellos LECrim. De ello se infiere que el juicio en ambas resoluciones es de naturaleza diferente cuando lo hace el Juez Instructor o la Sala en apelación, de tal suerte que mientras que el sobreseimiento libre requiere una claridad absoluta en el segundo caso nos movemos en el campo de la veracidad probable, que debe dar lugar a que el órgano de enjuiciamiento valore las pruebas, ofreciendo una igualdad plena y real de armas, y sobre todo dando lugar al principio de oralidad, inmediación y contradicción.

Es cierto que la resolución de sobreseimiento libre adoptada por el Juez Instructor, y no por la Sala de enjuiciamiento como ocurre en el proceso ordinario, en si misma no es vulneradora de derecho alguno, porque es posible legalmente, y así la doctrina del Tribunal Constitucional rechaza que acuerdo semejante del Juez instructor -reconocimiento de inexistencia de carácter delictivo de los hechos y consiguiente archivo de actuaciones- atente contra derecho fundamental alguno. Hace ya muchos años, y en concreto la sentencia del Tribunal Constitucional 71/1984 de

12 de junio, establece que corresponde a los Tribunales Penales la subsunción de las conductas en los tipos y tratándose de la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria el criterio sustentado por los órganos judiciales no puede ser sustituido por el Tribunal Constitucional, lo cual convertiría el amparo en una revisión que no es propia de su específica naturaleza. Del mismo modo la sentencia 203/1989 de 4 de diciembre, fijó que la decisión judicial de archivar las actuaciones penales, por estimar que los hechos objeto del proceso no son constitutivos de una infracción penal, no supone, en sí misma considerada, infracción de derecho a obtener la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución Española pues conforme ha afirmado reiteradamente este Tribunal, el ejercicio de la acción penal mediante querrela no es un derecho incondicionado a la plena sustanciación del proceso, sino que es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en fase instructora que le ponga término anticipadamente, e incluso con la misma desestimación de la querrela conforme al art. 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siempre que el órgano judicial entiende razonadamente que la conducta o los hechos imputados carezcan de ilicitud penal;(igual sentido STC 351/1993 de 29 de noviembre, y STC 199/1996 de 3 de diciembre). Si embargo, como se ha dicho, esta labor de subsunción ha de ser de una claridad meridiana, y no es el caso de autos. No se debe caer en el error de confundir la constatación de hechos con su calificación jurídica puesto que el primero concierne a la constatación del hecho: la inexistencia de indicios de su acaecer, que corresponde al campo histórico o empírico y el segundo a la certeza de la calificación jurídica de los que se tienen por existentes, siendo esa calificación un juicio posterior al primero.

CUARTO.- Solo a los efectos de justificar la dificultad jurídica de la labor de la subsunción en estos casos recordemos al igual que hicimos en el anterior auto, que la frase que en principio puede ser considerada como

objeto de una posible punición por un delito del art. 578 inciso 2 del Cp., en su versión dada por la ley 5/2010, aplicable a este caso, es la siguiente **“Han tenido que cerrar el cementerio de las niñas de Alcaser para que no vaya Irene Villa a por repuestos”**. El precepto penal tiene el siguiente tenor literal “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 resto de tweets ***“Rajoy promete recuperar la economía y a Marta del Castillo”, “Ser comunista nunca ha sido tan sencillo, es sólo un poco mas sencillo que ser de ETA”, “se confirma que ETA, además de criminal era idiota, con la cantidad de simpatizantes y aliados que tenia, no fue capaz de tomar el poder”*** y por último ***“¿ Como meterías a 5 millones de judíos en un seiscientos?, en un cenicero.”***, no encajarían en este tipo penal, si bien se pueden tener en cuenta a la hora de valorar el contexto del debate sobre el que se introduce el primero de los twuits.

La frase que se refiere a una víctima en concreto se considera de forma objetiva que es susceptible de entrañar descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares. Ya en el anterior auto se dijo que -“La Sala no puede compartir la decisión el Juez instructor, puesto que de la mera lectura de los mismos, se aprecia que objetivamente están revestidos de una relevancia penal, que cuando menos obliga a determinar la declaración del imputado para poder analizar con propiedad el elemento subjetivo del injusto, y la real voluntad del sujeto autor de tales mensajes, de tal suerte que lo que el Juez hace es desarrollar una serie de conjeturas y posibles interpretaciones de la voluntad y el dolo del sujeto, y ello obliga a practicar las diligencias de

investigación pertinentes, entre las cuales está la de oír en declaración al imputado”- .

A estas alturas, y tras la declaración del imputado, la Sala insiste en que la frase esta revestida objetivamente de relevancia penal, y tal y como hemos definido el juicio de acusación propio del art. 779 4ª “que tiene únicamente el alcance de determinar una veracidad probable de las afirmaciones sobre los datos históricos del caso, verificados por el instructor, y proyectar sobre los mismos una valoración jurídica que permita concluir que son constitutivos de delito”, y por ello entendemos que esta es la única resolución que cabe, puesto que la valoración que respecto al elemento subjetivo ha hecho el juez excede del estricto margen de la posibilidad que de dictar un sobreseimiento libre tiene el Juez Instructor, y máxime cuando el juicio de subsunción no se antoja tan claro; la Sala no entra en razonar si el Juez está acertado o no en su labor de subsunción penal, sino que lo que entiende es que esta labor debe ser desarrollada por la Sala de enjuiciamiento, y tras la práctica de la prueba pertinente en el juicio oral.

En la anterior resolución decíamos: *“OCTAVO.- Como consecuencia de todo lo anterior, se debe valorar el elemento subjetivo del tipo abandonando posturas que sólo admitían el dolo directo en este tipo de delitos, para poder dar paso al dolo eventual en algunos casos y según las circunstancias. Por ese motivo, la discusión se debe concentrar en decidir si el aspecto volitivo del dolo tiene que limitarse a querer realizar una conducta con conocimiento de la capacidad que posee para lesionar la reputación y la autoestima- en este caso el honor de las víctimas del terrorismo- o tiene que incluir, además, el deseo de lesión de la reputación y autoestima (ánimo que debe deducirse de las circunstancias). Si se exige objetivamente la producción de una lesión de la reputación y autoestima, el ánimo de que así acontezca será un elemento del dolo. El dolo se configura, en esta última*

opción, como la voluntad de lesionar la reputación a través de la realización de una conducta que se conoce que es capaz de ello. En caso contrario, el dolo se configura, como la voluntad de realizar una conducta que se conoce que es capaz de lesionar la reputación. Sobre este tema hay que pronunciarse en un caso como el de autos, donde no sólo se trata de la reputación o autoestima sino del honor de las víctimas de terrorismo y en el que puede tener cabida sin mayores problemas el dolo eventual. Para ello se debe oír al imputado e investigar estos hechos, y decidir si tal tarea se puede agotar en la fase de instrucción o se debe hacer en la fase de juicio oral, y esta es la labor que debe desarrollar el Juez de Instrucción. Como consecuencia se debe revocar el auto recurrido dejando sin efecto el archivo dispuesto y ordenándose que prosiga la investigación de las presentes diligencias previas, debiéndose practicar las diligencias solicitadas en la querrela admitida a trámite y en concreto la declaración del querrelado como imputado. No ha lugar a citar a los testigos que propone la parte querellante salvo que el juez los estima pertinente.”. La valoración del elemento subjetivo le corresponde a la Sala de enjuiciamiento tras la transformación del procedimiento en abreviado y lo segundo debe ser practicado por el Juez de Instrucción. Por ello se debe estimar el recurso planteado.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

Se debe estimar en el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la **ASOCIACIÓN DIGNIDAD Y JUSTICIA**, contra el auto de 7 de octubre de 2015, dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 1, debiéndose **acordar la continuación del procedimiento ordenado en los artículos 780 y siguientes** de la LECRm sobre a base de los hechos descritos por el Juez en el auto revocado y por un delito

previsto en el artículo 578 inciso 2 del Código Penal, **debiéndose practicar con carácter previo las diligencias de investigación descritas en esta resolución**

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma es firme, pues contra ella no cabe interponer recurso alguno.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado Instructor para constancia en las actuaciones.

De haber cantidades depositadas para recurrir, con el resultado de lo dispuesto en esta resolución, procédase por el Juzgado Central de Instrucción a darle el destino legal a dicha cantidad.

Una vez notificada la presente resolución, archívese el Rollo de Sala entre los de su clase, dejando nota en el correspondiente Libro Registro.

Así, por este nuestro auto, lo dictamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.

VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO JOSE RICARDO DE PRADA EN RELACION CON EL AUTO DICTADO EN EL RECURSO DE APELACION 346 /2015 EN LAS DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 86/2015 DEL JUZGADO CENTRAL INSTRUCCION N° 1 SEGUIDO CONTRA GUILLERMO ZAPATA ROMERO.

Las razones de mi discrepancia son las siguientes:

A) DE CARÁCTER PROCESAL:

1.- La mayoría de la Sala decide revocar la resolución del juzgado amparándose en primer lugar en razones procesales, por considerar que el auto incumple lo ordenado en anterior resolución de la Sala en auto de fecha uno de octubre de dos mil quince en el recurso contra auto de sobreseimiento del juzgado de instrucción por el que se decretaba el archivo de las actuaciones por no ser constitutivas de delito. Aquel auto establecía en su parte dispositiva: "se ordena que prosiga la investigación de las presentes diligencias previas, debiéndose practicar las diligencias solicitadas en la querrella admitida a trámite y en concreto la declaración del querrellado como imputado". El juzgado practicó la diligencia que "en concreto" le ordenaba el auto de la Sala y después volvió a acordar el archivo por considerar que los hechos no son constitutivos de delito. Sin embargo ahora la Sala entiende que ello no es suficiente y que debería haber practicado otras diligencias, "en concreto" .. "la constatación de que los tweets objeto de la querrella han sido publicados en la cuenta de twitter del querrellado". Pues bien, aunque el auto de esta Sala fechado uno de octubre de dos mil quince no mencionaba ni se refería en su fundamentación jurídica a ninguna diligencia mas que "en concreto la declaración del querrellado como imputado" como necesaria, imprescindible y determinante de la revocación del auto del juzgado, ahora parece que también se refería "en concreto", pero sin decirlo, a la constatación de que los tweets objeto de la querrella habían sido publicados en la cuenta de twitter del querrellado, por lo que entiende ahora que su omisión es sumamente relevante y suficiente para la revocación del auto del instructor. Pero la razón

que da, es que no es que se trate de una necesaria medida de investigación para la mejor averiguación de los hechos, que es lo que solicita la acusación popular única recurrente, que se refiere a la necesidad de que las diligencias se extiendan a aquellas otras que sirvan para determinar el contexto de la declaración sino de pura preconstitución de una prueba para un futuro juicio, para en el caso que el Sr. Zapata se desdijera, algo que ni tan siquiera es pedido por la parte como tal en el recurso, ya que únicamente esgrime como motivos del mismo: vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva por no haberse practicado las diligencias de investigación necesarias para la completa determinación del hecho y vulneración del derecho a la igualdad, por haber dado el juez a este asunto un trato diferente a otros. Por ello, el auto de la mayoría de la Sala parece que se refiere a otro recurso al interpuesto por la parte y claramente excede de los términos del mismo, hasta el punto de que afirma sin otro fundamento que el se quiera que sea así, que el recurrente solicita "de forma tácita la transformación del procedimiento y la apertura del juicio oral" (RJ Tercero). Ciertamente, la mayoría del tribunal puede imaginarse, probablemente con fundamento, que ese es el planteamiento que tendría la parte cuando llegara el momento, pero de momento se limitan a solicitar simplemente que se practiquen las diligencias de investigación que solicitaron en su querrela, porque no hacerlo entienden que vulnera su tutela judicial efectiva, e ir mas allá de lo pedido por el recurrente en perjuicio del reo es simplemente una "reformatio in peius" prohibida en la que el tribunal está asumiendo por su cuenta funciones de acusación. El recurso es mucho mas simple y se refiere a otros motivos de los que pretende el auto de la mayoría y se queda en mucho menos de en lo que finalmente entra a razonar y a decidir el auto al que se refiere esta opinión discrepante. El art. 779 de la LECrim., se refiere con carácter previo a la adopción de cualquiera de las decisiones que permite, a que se hayan practicado las diligencias pertinentes y a eso es precisamente a lo que se contrae el recurso y exclusivamente sobre lo que debió de pronunciarse el tribunal en el sentido de que efectivamente se habían practicado las diligencias necesarias para valorar la conducta del querrellado, que era fundamentalmente su declaración, como se colige de la

resolución de esta Sala, que ni consideró antes ni considera ahora necesarias otras diligencias de estricta investigación. Pero el tribunal no puede ir mas allá, porque los términos del recurso no lo permiten, y por ello debió haber desestimado el recurso sin mas.

2.- Mi segunda divergencia con el auto de la mayoría es que, el tribunal, además de entrar en el fondo de un tema de debate no suscitado por la parte, sin explicar en ningún momento por qué, utiliza criterios diferentes a la hora de determinar qué puede y qué no puede hacerse durante la instrucción –“deslindar las funciones del instructor y las del tribunal al que corresponde el enjuiciamiento” dice el auto-, de cara específicamente a valorar la concurrencia de los elementos o aspectos del tipo penal subjetivo, en relación con el utilizado por este mismo tribunal, es decir, con idéntica composición de magistrados, en otros asuntos, y me estoy refiriendo especialmente al Recurso de Apelación 336 /2014 en el asunto conocido por los “vuelos de la Cia”. En aquella ocasión, esta misma Sala, con también la opinión discrepante de este magistrado, exoneró de responsabilidad penal de forma radical y definitiva a los querellados por delitos de tortura, detención ilegal y otros, argumentando sobre la no presencia de dolo directo y haciendo consideraciones sobre otros tipos de posibles dolos existentes y su incompatibilidad con el tipo penal, rechazando incluso la práctica de otras diligencias de investigación, por innecesarias, tales incluso como la propia declaración de los querellados, que hasta el momento no lo habían hecho. El tratamiento que da la mayoría del tribunal a este caso es objetivamente diferente y al no explicarse porqué, deja la duda sobre las razones, aunque debe descartarse que puedan ser criterios objetivos tales como la gravedad del delito, incomparablemente de mayor gravedad en un caso que en otro, dificultad o imposibilidad de investigación del caso u otros de tenor semejante.

B) DE CARÁCTER SUSTANTIVO.-

1. Manifiesto igualmente mi discrepancia con la valoración de la conducta que se tiene hasta el momento por acreditada, que se hace en el Auto de la mayoría. Reitero que este no es un tema que haya sido objeto de recurso, pero en el que se decide en el auto de la mayoría entrar, interpretando que plantearlo es la voluntad tácita del recurrente.

Respecto al único tuit que se tiene por posiblemente delictivo que se refiere a una concreta víctima del terrorismo, se hacen unas consideraciones con las que en absoluto puedo estar de acuerdo referidas al significado de la conducta atribuida al Sr. Zapata en relación con el tipo penal de humillación a las víctimas del terrorismo que se contiene, junto con el de enaltecimiento del terrorismo, en el art. 578 del CP. Se trata claramente de dos tipos penales diferentes, que en algunos momentos pueden estar, por las características de las conductas, relacionados. Existirían, pues, múltiples modalidades de posible comisión. Pero en el presente sería, sin duda alguna, una situación que podría tener, en todo caso, relación con una genuina humillación a una exclusiva víctima del terrorismo que es a la única que nominativamente se refiere, sin que pueda ser extensible ni aplicable al autor de ese específico tuit ninguna de las consideraciones que se hacen en el auto de la mayoría de la Sala referidas a la trivialización del terrorismo, que por lo demás tampoco es una situación que se contemple como punible en el tipo penal mencionado, en que se habla claramente y específicamente o de enaltecimiento del terrorismo, de diversas formas o bien, referido a las víctimas, de humillación, personal o colectiva de las mismas, pero en ningún momento de que se dé mas o menos importancia o se trivialice.

Respecto del caso concreto nos encontramos con que el que podría ser afectado, es un bien jurídico eminentemente personal reforzado precisamente por las características de las víctimas a que se refiere, que de ninguna manera se podría desgajar de la víctima en concreto a la que afecta, que es la que puede ser humillada o vejada por un determinado comentario publicitado en una red social.

Pero el auto de la mayoría se esfuerza en poner en relación este específico tuit con otros, de los que se descarta que en si mismos sean delictivos, pero se tienen como contexto. Es mas, en el auto precedente de la Sala, de fecha uno de octubre de 2015, de la que formaron parte los mismos magistrados de la mayoría de la resolución que reproduce fundamentos de aquella, expresamente se dice: “En lo que se refiere al caso concreto, se debe tener en cuenta que **no estamos ante una sola expresión relacionada con una víctima de terrorismo,** sino ante varias manifestaciones que todas juntas como mínimo, **pueden indicar un cierto grado de desprecio a las víctimas del terrorismo,** y una cierta y bastante manifiesta trivialización del terrorismo que podría exceder de lo que es un mero ejercicio del humor negro como *animus iocandi* ” y específicamente transcribe los siguientes tuits: **“Rajoy promete recuperar la economía y a Marta del Castillo”, “Ser comunista nunca ha sido tan sencillo, es sólo un poco más sencillo que ser de ETA”, “se confirma que ETA, además de criminal era idiota, con la cantidad de simpatizantes y aliados que tenía, no fue capaz de tomar el poder”** y por último conocido **“Como meterías a 5 millones de judíos en un seiscientos?, en un cenicero.”**” No puedo compartir en absoluto dicha línea de razonamiento. Estos tuits no tienen nada que ver con el que se refiere a Sra. Villa y de su simple lectura se aprecia que el primero y el cuarto nada tienen que ver con el terrorismo ni con las víctimas del terrorismo y el segundo y el tercero mencionan a ETA, pero precisamente en plan jocoso y despectivo de dicha organización, pero nada mas, ni nada mas puede razonablemente colegirse de ello, ni en relación con el enaltecimiento del terrorismo ni la humillación genérica de las víctimas del terrorismo.

Por ello, en mi opinión resulta trascendental y es consecuencia necesaria del respeto, público reconocimiento y consideración mínima que merece la figura la Sra. Villa “Irene Villa”, tener en cuenta su opinión, su actitud y forma como aborda personalmente este tema, sin tenerse por afectada y menos humillada por este lamentable tipo de comentarios, por lo

demás plenamente incursos en el humor negro, pero de cuyo campo no se pueden sacar a conveniencia, por encima incluso de la voluntad de los propios afectados que así lo asumen, con resignación, pero con generosidad. En el caso de otra conocida víctima del terrorismo ha manifestado públicamente su desinterés por aquellos que se han convertido en sus defensores sin contar con él y no están en absoluto de acuerdo con la instrumentación política de lo que son sus sentimientos.

Reitero que la modalidad del tipo penal aplicable únicamente puede ser el de humillación de una víctima en particular y que por ello no deja de ser un delito de injurias cualificadas, en el que se da la circunstancia de que la persona afectada a la que expresamente se refiere el tuit controvertido ha manifestado expresamente que no se ha sentido desacreditada, humillada, menospreciada que son los verbos descriptores del tipo penal. Ni ella, por supuesto acusa, ni recurre el Ministerio Fiscal, que se limitó respecto al auto anterior a pedir una diligencia que aparecía como imprescindible para constatar a través de su propia manifestación cual era voluntad del Sr. Zapata con su tuit, en vez de limitarse a deducirla del conjunto de indicios que aunque fueran evidentes, quedaba la duda de lo que al respecto pudiera manifestar propio el propio autor, cuando era perfectamente disponible su declaración. Solventado este tema, el Ministerio Fiscal ha optado por no recurrir, manteniéndose la acusación, a través de un recurso y adhiriéndose al mismo, por terceros de ninguna manera afectados por la expresión, pero que ejercen de forma excesiva la acción popular en un delito, que por sus características, ante la falta de acusación particular de la víctima o del MF, carecerían de cualquier legitimación para plantear una acusación en juicio.

Debe concluirse por tanto que no se ha producido humillación de la víctima que podría haberse visto afectada por el tuit del Sr. Zapata, por lo que el delito simplemente no existe.

2.- Debo dejar también constancia sobre mi profunda discrepancia por la forma de abordarse estos casos por parte de la Sala. Se está debatiendo sobre límites penales del derecho constitucional a la libertad de expresión. El ejercicio de este derecho merece la correspondiente protección por parte de los tribunales e incluso por parte de éste y por ello, en primer lugar, es exigible que decida, como lo hizo el juzgado instructor, con la mayor diligencia y prontitud, en el sentido de pronunciarse consistentemente, sin ampararse en formalismos, sobre el fondo del asunto, despejando dudas sobre si el ciudadano querellado estaba en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, aunque el asunto pudiera ser controvertido. Los tribunales, incluso los penales, como primeros garantes también de ese derecho tienen la obligación de deslindar conductas, sin posponer decisiones a otras instancias que terminen reconociendo el derecho, porque el mantenimiento innecesario del propio proceso penal supone un factor de censura y una traba evidente a la libertad de expresión, por lo que está en su obligación legitimar sus resoluciones partiendo de su labor de garantes del derecho a la libertad de expresión, lo que nos lleva en segundo lugar al tema de los criterios para analizar y pronunciarse sobre la colisión de derechos en juego y sobre la verdadera relevancia penal de la conducta debatida.

Esta es igualmente una cuestión crucial, en la que el tribunal debe ser igualmente consciente de que es un tribunal de toda la sociedad, en que no puede hacer prevalecer los criterios personales o sesgos políticos o ideológicos de sus magistrados y de que debe tratar de buscar el consenso, que es transversal a toda la sociedad y tener en cuenta que la protección penal exclusivamente debe ser de los mínimos comunes infranqueables en los que existe ese consenso, so pena de convertirse en otro caso en una justicia sectaria que se impone a un sector de la ciudadanía que tiene simplemente otros valores sociales y formas de expresarlos que se salen de la ortodoxia, pero que no tiene verdadera capacidad de afectar a la convivencia, que es lo que debe protegerse penalmente, pero sin

imposición ni paternalismos innecesarios, ya que la sociedad tiene perfectamente capacidad para gestionar la diferencia, la disidencia y la heterodoxia. No podemos los tribunales penales convertirnos en meros censores de conductas atinentes a la libertad de expresión y ampliar a nuestro antojo los mínimos necesarios para la convivencia, porque no nos guste, nos moleste o detestemos lo que escuchamos. Ese no es el espíritu de ninguna norma en un sistema democrático referida a una sociedad plural, multicultural e hipercompleja, donde incluso se cuestiona el derecho a sentirse ofendido y donde la riqueza de manifestaciones sociales de la libertad de expresión y comunicación es extraordinariamente amplia, pero también extraordinariamente compleja, donde es sumamente difícil, pero importantísimo para calibrar el alcance y significado del mensaje, el contexto. Sobre todo, en relación con novedosas redes sociales con multitud de claves no uniformes de comunicación, donde la edad, grupo, destinatarios, posición social, profesional, tono, lenguajes de grupo, encubiertos, sobreentendidos, interrelaciones, etc., tienen importancia superlativa para poder determinar el auténtico significado de un determinado mensaje.

Por ello, estimo que la mayoría de la Sala no da una respuesta adecuada cuando efectivamente se plantea abiertamente el tema del humor negro en el significado del mensaje en forma tuit en un determinado momento de la vida del sujeto y en relación con su grupo, etc. Se trivializan estas dificultades y se da una interpretación extraordinariamente formal, a la vez que muy propia y condicionada por la propia posición y forma de entender la sociedad y eso es lo que en mi opinión no puede hacer un juez penal cuando aborda un tema de libertad de expresión, o de derechos fundamentales en conflicto, en que ante todo no debe olvidar que es juez de toda la sociedad. Nos corresponde a los jueces, como primeros aplicadores de la constitución, establecer y determinar el derecho de una manera precisa en situaciones en que parezca existir una colisión de derechos fundamentales, sin poder acogerse a planteamientos puramente formalistas, pero que a la postre son abiertamente en contra, como ocurre en el presente caso, de la libertad de expresión de un ciudadano.

Dado a veintidós de diciembre de 2015.