



AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
SECCIÓN SEGUNDA

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

ROLLO DE SALA: APELACION CONTRA AUTOS 176/2016

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

ÓRGANO DE ORIGEN: JUZGADO CENTRAL INSTRUCCION nº: 1

A U T O N º 316/2016

MAGISTRADOS

Ilmos. Sres.

D^a CONCEPCIÓN ESPEJEL JORQUERA (Presidenta)

D. JOSÉ RICARDO DE PRADA SOLAESA

D. ENRIQUE LÓPEZ Y LÓPEZ (Ponente)

En Madrid, a seis de Julio de dos mil dieciséis.

ANTECEDENTES PROCESALES

PRIMERO.- El día 7 de marzo de 2016, 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 reforma y subsidiario de apelación por la representación procesal de la **ASOCIACIÓN DIGNIDAD Y JUSTICIA**, y en apelación directa por el **SINDICATO MANOS LIMPIAS**.

SEGUNDO.- El Juzgado instructor mediante auto de 1 de abril de 2016 desestimó el recurso de reforma y admitió a trámite los recursos de apelación y se remitieron las actuaciones a esta Sección para resolución.



En el traslado del recurso, lo impugnó el Ministerio Fiscal y la representación procesal de **GUILLERMO ZAPATA ROMERO**.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en la Sección, se formó rollo, se asignó la ponencia al Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique López López y se señaló para su deliberación.

CUARTO.- Por la representación del investigado fue deducido incidente de recusación en los Rollos de Apelación contra Autos nº 97 y 111/20016, respecto de los Magistrados de esta Sección D^a Concepción Espejel Jorquera y D. Enrique López López, que fue inadmitido a trámite por acuerdo del Instructor de fecha 31 de mayo de 2016.

RAZONAMIENTO JURÍDICO

PRIMERO. - Objeto del recurso e *iter* procesal

1.-El objeto del presente recurso es el auto de fecha 7 de marzo de 2016 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.

2.- El juez inicia su auto poniendo de manifiesto que el presente procedimiento se incoó en virtud de lo ordenado por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional mediante auto de 9 de diciembre de 2015; efectivamente en esta resolución se resolvió acordar la continuación del procedimiento ordenado por los trámites de los arts. 780 y ss de la LECrim., sobre la base de los hechos descritos por el juez en el auto revocado, y por un delito previsto en el art. 578 inciso 2 del Código Penal, debiéndose practicar con carácter previo las diligencias de investigación que se determinaban en la propia resolución. La Sala revocó el

previo auto de sobreseimiento dictado por el Juez, y ordenó la transformación del procedimiento, y ello en atención a lo previsto en el art. 779 regla cuarta de la LECrim., y así lo expresó en el auto; en definitiva, la Sala en su labor de revisión de la instrucción, determinó con claridad que la frase "han tenido que cerrar...", está revestida objetivamente de relevancia penal, y por ello se entendió que la única resolución que cabía era la prevista en la regla cuarta del artículo 779 de la LECrim.

3.- El Juez, como consecuencia de lo dispuesto por esta Sección dictó un auto de fecha 12 de febrero de 2016, donde se daba cumplimiento a lo resuelto por la Sala y se ordenaba seguir las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado contra el imputado por un delito previsto en el art. 578.2 del Código Penal, aunque no se hizo mención alguna a los hechos; con posterioridad el Juez ha entendido, y así lo expresa en su auto, que el art. 783 de la LECrim le permite estimar que concurre lo previsto en número 2 del art. 637 de la misma ley, esto es que los hechos no son constitutivos de delito, y por ello acordar el "archivo", entendemos que se refiere a un sobreseimiento definitivo, por carecer los hechos objeto de la querrela criminal de relevancia penal. La Sala en su momento, no es que adelantara criterio alguno a modo de *obiter dicta*, sino que, como consecuencia de un recurso contra el previo auto de archivo, entendió haciendo un juicio de indicios y también de acusación que los hechos revestían la naturaleza de delito, y en su consecuencia ordenaba la prosecución de las actuaciones, tesis que de forma mayoritaria se sigue manteniendo hoy en día. Con esta introducción, bastaría la mera repetición de lo razonado en el auto de fecha 15 de diciembre para estimar el recurso planteado. No obstante, se deben hacer una serie de argumentaciones de diferente naturaleza.

SEGUNDO. - Cuestiones previas

4.-Debemos detenernos en primer lugar en una serie de consideraciones de carácter general sobre la función de las salas de apelación, y cuál es el límite revisorio de la misma en cuanto al juicio indiciario y al juicio de acusación. Hacemos nuestros los argumentos desarrollados por la Audiencia Provincial de Baleares en Auto de fecha 2/06/2015 en el cual se estudia la función del Auto transformador de la causa en procedimiento abreviado, y afirma que *"Por lo expuesto, al estar sustentado el auto transformador sobre una probabilidad de acusación, en el contexto de situaciones de dudosa imputación no rige el principio in dubio pro reo, pues este se halla reservado al ámbito propio y específico del plenario, una vez se haya practicada la prueba propuesta, sino que la duda que pueda existir, siempre que la acusación esté dotada de un mínimo fundamento, de base o sustento, a fin de evitar que la presunción de inocencia pueda resultar frontalmente vulnerada, debe resolverse decidiendo a favor de continuar el procedimiento y de ordenar la celebración del juicio oral, rigiendo ya entonces una vez éste haya tenido lugar, si las dudas acusatorias se mantienen y persisten, el indicado principio por acusado haciendo que la balanza probatoria se incline a su favor"*.En al misma línea, el Auto 3766/2010 del TS Sala 2ª de fecha 7 de abril de 2010 recuerda que *"el denominado juicio de acusación no le incumbe establecer con certeza las afirmaciones fácticas que fundan la imputación. Le corresponde únicamente la determinación de una veracidad probable de las afirmaciones sobre los datos históricos, únicos verificables, y respecto de los cuales una valoración jurídica pueda concluir que son constitutivas de delito. Es decir, que procede dictar esta resolución cuando no concurren los supuestos de sobreseimiento previstos, por un lado, en los artículos 637 1.º y 641 1º y, por otro lado, en el artículo 637.2º, todos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En definitiva, cuando existe en la acusación un mínimo de seriedad y fundamento, el criterio ha de ser siempre depurar*



las eventuales responsabilidades penales en sede de juicio oral y el sobreseimiento tiene carácter residual, siendo por tanto en esos casos la excepción frente a la regla general: el juicio oral en donde se garantiza que el enjuiciamiento de los hechos se verificará bajo los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción".

5.- Por ello podemos concluir que el alcance del juicio de acusación que ha de contener el auto transformador - a cuyo examen ha de ceñirse la actividad revisora de las salas de audiencia, es una convicción judicial provisoria o hipotética referida a la posibilidad o probabilidad de que se hayan podido cometer unos hechos provisionalmente subsumibles en unos tipos penales, cuyo cauce de enjuiciamiento esté previsto en el proceso abreviado y que en dicho delito o delitos hayan podido participar de alguna manera, directa o indirecta, los sujetos imputados. Lo dicho hasta ahora está refiriéndose a la mayoría de los casos, en los que el Juez ordena la transformación del proceso realizando el juicio de acusación, entendido en términos de mera probabilidad, pero no de certeza, de tal modo que lo que hay que excluir ante un recurso del investigado, es que en la resolución se plasmen un juicio patentemente erróneo, ilógico o equivocado o cuando las imputaciones que el auto vierte contra el o los apelantes sean absolutamente infundadas, voluntaristas, arbitrarias, o carentes de toda base o fundamento; en su consecuencia el juicio de probable acusación no precisa detenerse en la calidad y entidad de los indicios de criminalidad, ni tampoco en la determinación de una plena subsunción en el tipo penal con un examen detallado de todos los elementos del tipo, subjetivos, objetivos, positivos, negativos, etc. Lo que la Sala debe estudiar no es si las imputaciones que contempla el auto transformador alcanzan o no el canon de suficiencia constitucional requerido para obtener, más allá de toda duda razonable, un pronunciamiento de condena y desvirtuar la presunción de inocencia que ampara a toda persona imputada,



pues dicha presunción solo puede enervarse o destruirse a partir del actividad probatoria que se evacue en el acto del plenario con las debidas garantías procesales y pleno respecto a los principios.

6.- Recordemos que en el presente caso el inicial juicio de acusación lo hizo la Sala resolviendo un previo sobreseimiento decretado por el Juez. Los razonamientos antes expuestos, caben también predicarlos cuando el juicio revisorio de la Sala es como en este caso en sentido contrario, esto es, el Juez Instructor se decanta por una solución se sobreseimiento sobre las imputaciones realizadas por las partes acusadoras, a excepción del Fiscal, y ello porque entiende que no posee naturaleza penal alguna en los hechos imputados. En casos como éste, la Sala no solo no revisa un juicio indiciario, sino que le corresponde construirlo, ante el criterio del Juez que desde un inicio ha sido la categórica y palmaria falta de relevancia penal; en supuestos como este, la posible determinación de una estimación de los recursos planteados frente al auto de sobreseimiento, no solo se produce cuando por parte del Juez se haga una valoración patentemente errónea, ilógica o equivocada, que no es el caso, sino cuando a raíz del juicio de acusación aparecen motivos suficientes como para entender que se debe abrir el juicio oral.

TERCERO. - Tesis de la Sala

7.- En esta ocasión, el Juez entendiendo que la resolución anterior de la Sala era un mero adelanto de posición, y aplicando lo previsto en el art. 783 de la LECrim. resuelve el archivo de la causa. Para ello hace un estudio de los escritos de acusación realizados. Sostiene que en el escrito perteneciente a la acusación Manos Limpias no se describe acción penal alguna, y en este razonamiento la Sala coincide plenamente con el Juez Instructor, de tal suerte que en este



caso el Instructor se somete a lo adelantado-resuelto por la Sala de apelación en su auto de 15 de diciembre, donde se fija el objeto del proceso previo a la transformación en procedimiento abreviado y se centra en una frase, “han tenido que cerrar.....” como la única susceptible de generar un reproche penal, al margen de que pueda tener en cuenta el resto de frases para determinar el contexto subjetivo individual del sujeto activo.

8.-En cuanto al escrito de acusación de la Asociación Dignidad y Justicia, se centra en el objeto determinado por la Sala en su momento, y al margen de determinados extremos que el juez destaca en su auto, ya adelantamos que se debe abrir juicio oral sobre la base de este escrito de acusación. Como ya dijimos en su momento, la frase publicada por el investigado es susceptible de humillar a las víctimas del terrorismo; el juez recuerda el iter procesal que nos ha traído asta aquí; resumen que aunque en su momento estableció la Sala con claridad que la valoración del elemento subjetivo del tipo penal le corresponde a la Sala de enjuiciamiento, pese a ello, dado el trámite establecido en el art. 783 de la LECRim , y con apoyo de lo manifestado por el ministerio Fiscal, y el voto particular cuya salvedad expresa en reiteradas ocasiones, se introduce en el estudio del elemento subjetivo, y concluye la licitud de la tan reiterada frase.

9.-La Sala respeta las opiniones que en derecho se viertan a favor y en contra de su decisión, pero al margen de este respeto, entiende que su actuación debe estar limitada por la ley, por el procedimiento y sobre todo por las reglas establecidas en una y en otro. El Juez hace un estudio muy interesante en su auto, que a buen seguro llamará el interés de la Sala de enjuiciamiento, pero la Sala de apelación sometiéndose a su criterio limita en su ámbito de conocimiento ello que se refiere al análisis del elemento subjetivo en este tipo de delitos, y por ello no entrará a contradecir en este



sentido los argumentos del Juez Instructor, sino únicamente a reiterar lo ya dicho al respecto, sin perjuicio de que se hagan una serie de precisiones finales.

10.- En nuestra resolución de 15 de diciembre se estableció con claridad que la frase vertida a través de un tuit rellena objetivamente el tipo penal previsto en el art. 578.2 del Código Penal y por ello a los efectos del juicio de acusación propio en de este trámite se produce la subsunción mínima que determinó en aquel momento la prosecución por los trámites del procedimiento abreviado, y ahora la apertura del juicio oral. Recordemos lo dicho en el auto de 15 de diciembre de 2015 plenamente de aplicación en este momento:

"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 porque, 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 entienda 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). Sin embargo, como se ha dicho, esta labor de subsunción ha de ser de una claridad meridiana, y mucho nos

tenemos que 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, y ello al margen de que el Juez pueda estar acertado; con esta argumentación no negamos que el Juez pueda tener razón, incluso hasta la podría tener, pero esto debe ser decidido 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 querrellado como imputado. No ha lugar a citar a los testigos que propone la parte querellante salvo que el juez la 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.”

11.-Tales argumentos sirven para estimar en parte los recursos con el alcance que luego se dirá. Todo lo relacionado con el grado de conocimiento público, así como el seguimiento en la red social previo del tuit, condicionado por el en aquel momento anonimato del autor, la intervención de un tercero que reenvía el mensaje de nuevo aprovechándose de la nueva condición de personaje público del investigado, la forma en la que funcionan estas redes sociales, etc., deberán ser objeto de estudio, planteamiento y consideración en a la fase del juicio oral. A los efectos que aquí nos trae la frase “ Han tenido que ...” es objetivamente humillante para las víctimas de terrorismo, y en este momento no se puede descartar, la no concurrencia del elemento subjetivo necesario para rellenar el tipo, puesto que la frase objetivamente considerada tiene plena idoneidad para ofender; insistimos en que en este momento no se puede descartar de forma suficiente como para provocar la decisión de sobreseimiento adoptada por el Instructor, y en su consecuencia debe ser abierto el juicio oral. En otros casos en los que esta Sala, en su actual composición, ha ratificado una decisión de sobreseimiento de un Juez Instructor, lo fue porque en aquel caso la ausencia del elemento subjetivo propio del tipo penal estaba totalmente acreditada, en este caso no es así. Decía Ernst von Beling, que existen delitos que desde el punto de vista típico precisan de una valoración, o sea, que su acción sólo puede ser estimada como delito si tiene un sentido determinado, y explicaba, que, en los delitos de incitación, en la injuria o en la amenaza hay que comprobar si las palabras encierran una incitación, una injuria o una amenaza, de modo tal que el autor conciba sus palabras dirigidos a estos fines, y esto es lo que le corresponde a la sala de enjuiciamiento.

CUARTO. - Cuestiones accesorias.

12.- En el auto recurrido se hace una reiterada y coherente apelación y salvedad al voto particular formulado frente a la decisión de la Sala de 15 de diciembre, lo cual desde un punto de vista de ejercicio dialéctico es positivo, no obstante lo cual debemos recordar en palabras de Tomas y Valiente que refiriéndose al Tribunal Constitucional, decía que «El voto [particular]... constituye... una ventana abierta al exterior por la que el Tribunal hace públicas sus propias dudas, aunque su fallo no pierda por ello rigor ni disminuya obviamente su eficacia. La autocrítica interna exteriorizada es así un poderoso instrumento de control además de ser, desde la subjetividad de los firmantes de cada voto, una vía de descargo».

13.-El Informe del Ministerio Fiscal es extremadamente interesante basándose en la carencia de medios para poder formular la acusación sobre la base del referido tuit, y que no se desprende indicios de la causa que permitan extender este a otros, lo cual también comparte la Sala, puesto que el objeto de enjuiciamiento está perfectamente definido, cuestión diferente es su plena idoneidad como elemento conformador de una condena, si bien a nuestro juicio, si la tiene como elemento configurador de una acusación.

14.- En relación con el sostenimiento de la acción por parte en exclusiva de dos acusaciones populares nos remitimos a lo que ya argumentamos en una resolución anterior sobre el carácter plurisubjetivo del bien jurídico protegido en esta clase de delitos, y en consecuencia que quepa el mantenimiento de la acción penal por parte de las acciones populares:

“La Sala coincide con las partes recurrentes en que el bien jurídico protegido por este tipo de delitos no es sólo de

carácter individual, sino y además colectivo, y por ello en determinados casos no dispone del mismo ninguna víctima en particular. El bien jurídico objeto de protección no sólo es el honor individual de una víctima en concreto, que lo puede ser, sino la dignidad de las víctimas del terrorismo y sus familiares como colectivo, y en su consecuencia lo ha convertido el legislador en un delito perseguible de oficio y en el que el perdón de una víctima en concreto, aun la directamente aludida, mas allá del gran ejemplo de generosidad desplegado por la misma, puede no tener relevancia. En este sentido la STS Sala 2ª de 28 Jun. 2013, establece lo siguiente: "Que, así mismo, no debe confundirse este delito de enaltecimiento o justificación, que es por el que aquí se condenó, con el de la realización de actos con el propósito de "desacreditar, menospreciar o humillar" a las víctimas del terrorismo, expresamente excluido por la resolución de instancia, modalidad alternativa y completamente independiente aunque contemplada en el mismo precepto, que requiere un dolo específico o ánimo directo de desprestigiar o rebajar la dignidad de las víctimas, cuya comisión no puede consistir en la ejecución de actos que, teniendo una finalidad específica distinta, de alguna manera y de forma indirecta, puedan producir dolor o angustia en las víctimas o sus familiares, cuyo sosiego y paz merece la consideración de bien jurídico protegido específico en esta concreta figura penal distinta de la del enaltecimiento". Esto es, se distingue las dos figuras delictuales que se describen el art. 578 del Cp. así como su diferente bien jurídico protegido; con los actos de humillación y desprecio se debe perseguir el rebajar o desprestigiar la dignidad de las víctimas, al margen de concreto dolor o angustia que puedan producir en concretas víctimas.

Por lo que se refiere al bien jurídico protegido por este delito, la propia Exposición de Motivos de la Ley 7/2000 nos ofrece un criterio negativo y otro positivo para su

determinación, cuando dice que "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 aún, 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. El delito de humillación de las víctimas incide en un bien jurídico autónomo, como es el dolor y afecto de los familiares de las víctimas y la dignidad de la propia víctima, cuando se deteriora su imagen para justificar los atentados contra ella, y esto cabe tanto utilizando o refiriéndose a una víctima en concreto o a todas en general, de tal modo que humillar a una víctimas es humillar a todas, y humillar a todas en general es humillar a cada una en concreto. En definitiva este tipo de actos atacan directamente el honor y la dignidad humana, por lo tanto es claro el ataque a bienes jurídicos dignos de protección en cuya defensa sale la modalidad delictiva que se comenta, que no entra en conflicto ni roza derechos de naturaleza constitucional como los de libertad de expresión o de opinión".

La duda que habrá que resolver es si se trata de un delito pluriofensivo en el sentido de que se puede atacar no solo al colectivo de víctimas y su familiares, sino y que además se puede atacar el honor de solo una víctima individualmente considerada, lo cual es posible siempre que este último ataque vaya dirigido a menospreciar o humillar en cuanto a su condición de víctima y no en otro aspecto de su vida. Este



tipo de injurias cualificadas por el sujeto objeto de descalificación no son extrañas en el Código Penal, y así podemos citar el art. 491, donde se castigan las calumnias e injurias contra personas relacionadas con la Corona, y sobre lo cual ya el Pleno de la Sala de lo Penal en la sentencia de 21 de mayo de 2013, se pronunció en este sentido " A este respecto no puede olvidarse que los delitos que integran el Capítulo II (Delitos contra la Corona) dentro del Título XXI (Delitos contra la Constitución) del vigente C.P son delitos especiales en cuanto al sujeto pasivo de los tipos descritos en los arts. 485 a 491, siéndolo exclusivamente las personas enumeradas en tales preceptos, no sólo el Rey, y son delitos pluriofensivos en cuanto que son dos los bienes protegidos jurídicamente: la dignidad personal de quien encarna la Corona y el respeto a la Institución que representa. Así las S.S del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1983 y 11 de mayo del mismo año señalan que los bienes atacados son dos, de una parte se lesiona el honor y la dignidad de la mas Alta Magistratura del Estado y, por otro, la fortaleza y el vigor que debe tener esa Magistratura como Institución básica y fundamental para el buen funcionamiento del Ente Público. Ahora bien y como recuerda la STS de 29 de noviembre de 1983 con cita de las de 21 de febrero y 31 de mayo de 1895 , 8 de julio de 1904 , 24 de marzo de 1953 , 16 de enero de 1958 , 20 de julio de 1962 , 7 de noviembre de 1975 y 21 de julio de 1983 , "la doctrina científica" y jurisprudencial son concordes en apreciar que, si bien los ataques a la persona del Rey descritos en dicho precepto y en los siguientes, en cuanto que aquel encarna la mas más alta Magistratura del Estado, símbolo de la unidad y permanencia según declara el art. 56.1º de la C.E . y son por esta especialidad tan relevante del sujeto pasivo delitos propios (delicta sui géneris) que los hace acreedores de una especial y grave valoración penal, no es menos cierto que en su interpretación típica y consiguiente aplicación es preciso partir de los correlativos delitos ordinarios que les sirven de base y sustento, puesto que el propio legislador los da por



sobreentendidos en la descripción de tales figuras penales, siendo ya una jurisprudencia constante que en el delito que ahora tratamos, la primera indagación que es preciso hacer es si los hechos son constitutivos de injuria con arreglo a su descripción del art. 457 (hoy art. 208) del Código Penal , con la subsiguiente conexión a toda la doctrina sobre la circunstancialidad de la injuria, clases de la misma, elementos que la configuran y cuanto contribuya a delimitar la esencia del delito. Puede concluirse así que en los delitos contra la Corona y en concreto en el tipo que aplica la sentencia del Juzgado Central de lo Penal el bien jurídico protegido lo es el honor de las personas reales allí enumeradas y además, la dignidad de la Institución, de manera que el dolo del agente debe abarcar ambos ataques, ya con dolo directo de primer grado, ya con dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias, lo que en manera alguna sin embargo modifica la estructura y naturaleza del delito base al que por definición legal se remite, el delito de injurias del art. 208 del Código Penal ." En estos casos el nivel de afectación de la persona en concreto también puede resultar irrelevante al objeto de perseguir el delito, esto es ni el propio titular de la Corona puede disponer de la defensa de la buena imagen de la misma.

Algo similar ocurre con lo previsto en el art. 496 del Código Penal en el cual se castiga las injurias graves a las Cortes Generales o a una Asamblea Legislativa hallándose en sesión, así como con otros órganos constitucionales en el art. 504, si bien aquí se prevé la posibilidad de ejercitar la exceptio veritatis, la cual quedará reducida a cuando la injuria se refiera a un concreto actuar de los órganos constitucionales y no al órgano en general. Pero a lo que aquí importa, el que un diputado o senador, u otro miembro de estos órganos no se sienta agraviado, no quiere decir que no se haya cometido el delito de injurias graves a los referidos órganos. A mayor abundamiento, hacemos cita de la reciente STC



177/2015, que resuelve un recurso de amparo contra nuestra sentencia de 5 de diciembre de 2008, en relación a la quema de unas fotos de los Reyes D. Juan Carlos y D^a. Sofía, y en la que de forma expresa se dice "En primer lugar, conviene subrayar la singular y reforzada protección jurídica que el legislador penal otorga a la Corona, al igual que hace con otras altas Instituciones del Estado, para defender el propio Estado Constitucional, pues así lo corrobora el hecho de que el delito de injurias a la Corona no figure en el título XI del Código penal, relativo a los delitos contra el honor, sino en el título XXI, dedicado precisamente a los delitos contra la Constitución. Por consiguiente, en lo que ahora exclusivamente nos importa, el art. 490.3 del Código penal (CP) tipifica un delito de naturaleza pública, a cuyo través se protege el mantenimiento del propio orden político que sanciona la Constitución, en atención a lo que la figura del Rey representa. No obstante, el honor y la dignidad del monarca también forman parte del bien jurídico protegido por el precepto, siempre que la ofensa tenga que ver con el ejercicio de sus funciones o se produzca con ocasión de dicho ejercicio".

No cabe duda de que el delito aquí tratado posee una naturaleza más íntima y personal, que afecta directamente al honor de las víctimas de acciones terroristas, por el hecho de serlo, pero 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, pero también cabe un perjuicio a una pluralidad de afectados, y al colectivo en general, si bien no precisa de la difusión pública, alcanzando su consumación 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.

Por ello debemos concluir que habida cuenta la naturaleza del bien jurídico protegido, la concreta actitud de alguna de las víctimas aludidas en este tipo de comentarios no obsta para que pueda proseguir una investigación criminal, como tampoco que ante un determinado tipo de manifestaciones el concreto estado de ánimo que genera en una víctima en particular determine la continuación del procedimiento. En su consecuencia, en este tipo delitos la declaración de las víctimas no resulta indispensable, aunque a veces oportuna, dado que la valoración de la conducta ha de hacerse de una manera objetiva en función de las circunstancias del caso, y analizar si alcanzan de aquella manera objetivamente adelantada la suficiente entidad como para rebajar y humillar a las víctimas en general y a sus familiares. Habrá pues que analizar cada caso en concreto.”

15.- Recordemos como ha interpretado el Tribunal Supremo, habiendo sido sancionado por el Tribunal Constitucional, lo previsto en el art. 782 de la LECrim. *“Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los artículos 637 y 641, lo acordará el Juez ...”*. Recordemos como la STS de 10 de abril de 2008 sancionaba la plena legitimidad para el mantenimiento de la acción penal por una acusación popular en un caso de un delito de desobediencia, en contra de lo que mantuvo en la STS de 17 de diciembre de 2007, donde por tratarse de un delito contra la hacienda pública se decidió lo contrario. La cuestión fue resuelta por la STC 205/2013, donde se dijo que no existía afección alguna al derecho a la igualdad en aplicación de la ley *“Pues bien, en atención a lo expuesto debe concluirse que, en los términos en que ha sido desarrollado el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley en la doctrina de este Tribunal Constitucional, no cabe apreciar su vulneración en el presente caso. En efecto, la Sentencia impugnada, no sólo desarrolla ampliamente las*

razones en virtud de las cuales cabe llegar a una interpretación diferente a la realizada en la STS de 17 de diciembre de 2007, sino que además pone de manifiesto la notable diferencia que se da entre los supuestos analizados en cada una de las resoluciones, lo cual por sí mismo, elimina cualquier atisbo de vulneración del derecho de igualdad. Además, el criterio sentado en la Sentencia impugnada en este amparo ha tenido su continuidad en resoluciones posteriores como es la STS de 20 de enero de 2010. Por tanto, no puede afirmarse ni que en la Sentencia impugnada haya llevado a cabo un cambio irreflexivo o por inadvertencia respecto de un precedente idéntico, ni que haya desarrollado una ratio decidendi sólo válida para este caso concreto, sin vocación de permanencia o generalidad, ni que los casos resueltos sean sustancialmente iguales, por lo que este concreto motivo de amparo también debe ser desestimado."

16.-La propia sentencia del Tribunal Constitucional resumía aceptándolos la doctrina del Tribunal Supremo "A esos efectos, se destaca que la doctrina que inspira dicha Sentencia centra su *thema decidendi* en la legitimidad constitucional de una interpretación con arreglo a la cual el sometimiento de cualquier ciudadano a juicio, en el marco de un proceso penal, sólo se justifica en defensa de un interés público, expresado por el Ministerio Fiscal, o un interés privado, hecho valer por el perjudicado, de modo que fuera de estos casos, la explícita ausencia de esa voluntad de persecución convierte el juicio penal en un escenario ajeno a los principios que justifican y legitiman la pretensión punitiva. En ese sentido, se destaca que este efecto no se produce en aquellos casos en los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral, ya que, en tales supuestos, el Ministerio Fiscal no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien

jurídico. De ese modo se señala que esta conclusión se obtiene no ya del tenor literal del art. 782.1 LECRim, sino del significado mismo del proceso penal, ya que éste se aparta de los fines constitucionales que lo legitiman cuando la pretensión penal ejercida por la acusación popular se superpone a la explícita voluntad del Ministerio Fiscal y del perjudicado. Pero esa misma pretensión instada por la acción popular recupera todo su valor cuando la tesis abstencionista es asumida, sólo y de forma exclusiva, por el Ministerio Fiscal.”. En este caso están plenamente legitimadas las acciones populares para el ejercicio de la acción penal, por la propia naturaleza del bien jurídico protegido y la posición del Ministerio Fiscal.

QUINTO.- Obiter Dicta

17.- En la resolución recurrida se insiste en que se trata de una frase por la que no se persigue la intención de humillar las víctimas, y esto como se ha dicho le corresponderá determinarlo a la sala de enjuiciamiento, siendo suficiente en este momento procesal la literalidad de la frase para poder estar subsumida provisoriamente en tipo penal que describe el delito aquí perseguido. Ahora bien, se desliza un obiter dicta una tanto singular “se trata de palabras que no pueden como tales criminalizarse, a salvo, las dictaduras que criminalizan las palabras como si fuesen hechos y no distingue entre ellas(Las palabras son hechos, y por tanto se puede procesar a la gente por lo que dice, y no por lo que hace); luego se introduce en una tesis tan interesante como innecesaria en el momento en el que estamos, y es que se expresa de forma categórica y dogmática que sin lugar a dudas no existe un derecho a no ser ofendido. Finaliza con una conclusión, y es que ante una situación en la que alguien es encausado por un delito de este tipo, y luego es absuelto, quedaría comprometido el derecho a a la libertad de expresión. Respecto a esto último, debemos recordar que el juicio de



acusación es un juicio en este tipo de delitos y en todos, un juicio provisorio, y como tal susceptible de provocar una condena o una absolución, y esta provisionalidad conlleva este riesgo. Parece un tanto paradójico que el normal funcionamiento del proceso penal pueda en si mismo dañar o afectar en la forma puesta de manifiesto a un derecho fundamental en su esencia como es el derecho a la libertad de expresión, y prueba de ello es que la decisión recurrible en amparo y susceptible de generar esta reparación sólo lo sería la sentencia condenatoria firme.

18.- Los delitos cometidos en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión o con ocasión de la misma, aparecen en cualquier código penal democrático; la expresión entendida como representación, con palabras o con otros signos externos, de un pensamiento, una idea, un sentimiento, es un instrumento objetivamente idóneo para la comisión de delitos en cualquier democracia, el caso más claro son los delitos contra el honor o los delitos de odio. La denominación de delitos de expresión ha ido desapareciendo de los códigos penales, precisamente para eliminar la posibilidad de que el derecho a la libertad de expresión pueda tener cómo limite general y en todo caso la represión penal; si hay una actuación humana sobre la que el carácter fragmentario del Derecho Penal debe tenerse en cuenta con mayor intensidad es precisamente el ámbito de los delitos que puedan cometerse en el ejercicio de la libertad de expresión; pero debemos convenir que la expresión, y en concreto la palabra, pueden lesionar bienes jurídicos esenciales para una sociedad, y por ello este tipo de delitos que pueden cometerse abusando de la libertad de expresión, se encuentra dispersos por diferentes capítulos en función del bien jurídico al que afecten.

19.- A nadie le puede caber duda de que la libertad de expresión es un derecho fundamental de las personas que además ejerce una función social esencial para la democracia: la

formación de una opinión pública diversa y plural, como tal es un derecho fundamental y consiste en la libre expresión y difusión de las ideas, pensamientos y opiniones a través de cualquier medio de comunicación. La libertad de expresión ha sido entendida de manera muy amplia, de tal suerte que no solamente ampara la manifestación de ideas u opiniones inofensivas o indiferentes, sino que extiende su cobertura a lo que se denomina discurso ofensivo; se admiten las ideas que "contrarían, chocan o inquietan al Estado", puesto que en España no se impone la idea de 'democracia militante' sino que se pueden sostener valores opuestos a los consagrados por la Constitución, lo cual es considerado una característica de las democracias avanzadas. Ahora bien, no se puede negar que existan límites cuya trasgresión puede dar lugar a la generación de responsabilidad civil, y en menor medida penal. Los límites primarios son los valores democráticos, y sin ánimo de ser exhaustivos el TEDH, a través de sus diferentes sentencias, ha ido definiendo los criterios de compatibilidad de un discurso con los derechos fundamentales y ha marcado dos tipos de límites el abuso de derecho y el criterio de la sociedad democrática. El artículo 17 del CEDH se refiere a los 'abusos de derecho' y tiene por objetivo la preservación del régimen democrático. Según esta cláusula, la libertad de expresión - o cualquier otro derecho reconocido por el Convenio - no puede ser utilizada para destruir los valores fundamentales del mismo, tales como la tolerancia, la paz social y la no discriminación. La tolerancia absoluta conlleva al riesgo de favorecer la difusión de ideas que preconicen la intolerancia, susceptibles de destruir el régimen democrático. Por otro lado, el artículo 10, que consagra el derecho a la libre expresión, define las condiciones en las que un Estado puede legítimamente imponer límites en su ejercicio. El propio Convenio establece criterios para definir estos límites, que la medida limitativa ha de ser prevista por la ley, y que perseguía uno o varios objetivos legítimos, definidos en el artículo 10.2 lo cual incluye, entre otros, la defensa del

orden y la prevención del delito, así como la protección de la reputación y de los derechos ajenos, y por último que la medida ha de ser necesaria y proporcional en una sociedad democrática. Todo ello está recogido en nuestra legislación, y así se ha interpretado por nuestro Tribunal Constitucional.

20.- En una sociedad democrática como la nuestra nos encontramos con en el Código Penal con tipos penales en los que el ejercicio de la palabra puede acarrear consecuencias penales, incluso ejerciendo el derecho a la libertad de expresión. El artículo 18 del Código Penal define la apología como la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor.; la razón de ser de este delito es clara, la libertad de expresión no puede amparar la lesión de bienes jurídicos superiores; cuando la libertad de expresión se convierte en un instrumento al servicio de los que atentan contra la vida y la libertad, debe actuar el derecho penal. En la misma línea el artículo 510 tipifica los denominados delitos de odio, en los cuales el uso de la palabra suele ser el principal instrumento criminal; lo mismo cabe decir de lo previsto en el art 607 del CP, matizado por la STC 535/2007; tampoco podemos olvidar los más tradicionales delitos contra el honor: calumnia e injuria.

21.- Dentro de estos límites a la libertad de expresión plasmados negativamente en tipos penales, se encuentra el caso que nos concita, el previsto en el art. 578. 2 del Código Penal, y tanto esta, como las anteriores previsiones son plenamente democráticas y respetuosas con el derecho a la libertad de expresión, así como con el resto de bienes y valores protegidos por nuestra Constitución.

SEXTO. - *Thema decidendi*

22.-Después de todo lo razonado solo queda declarar la estimación parcial de los recursos interpuestos, de tal modo que se revoca la decisión de sobreseimiento adoptada por el Juez, y en su lugar se debe dictar la resolución prevista en el art. 783. 1 de la LECRM., decretando la apertura del juicio oral. Los hechos objetos de acusación, toda vez que en el auto de transformación en procedimiento abreviado no se hace alusión a los mismos, serán los que describe el escrito de acusación de la Asociación Dignidad y Justicia, en concreto la frase "siguiente **"Han tenido que cerrar el cementerio de las niñas de Alcacer para que no vaya Irene Villa a por repuestos"**, y ello, se debe aperturar el juicio oral por un delito previsto en el art. 678. 2 del Código Penal, y sobre la base de este escrito deberá formalizarse la resolución de apertura de juicio oral.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Se debe estimar en el recurso de apelación interpuesto por las representaciones procesales de la **ASOCIACIÓN DIGNIDAD Y JUSTICIA** y el **SINDICATO MANOS LIMPIAS** contra el auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 1 de 1/04/2016, que desestima el recurso de reforma contra el auto de 7/03/2016 debiéndose acordar en su lugar la apertura de juicio oral contra D. Guillermo Zapata Romero, de conformidad con lo previsto en el último fundamento jurídico de esta resolución.

Notifíquese esta resolución al apelante y al Ministerio Fiscal, 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.

VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO JOSE RICARDO DE PRADA EN RELACION CON EL AUTO DICTADO EN EL RECURSO DE APELACION 176/2016 EN LAS DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 86/2015 DEL JUZGADO CENTRAL INSTRUCCION N° 1, SEGUIDO CONTRA GUILLERMO ZAPATA ROMERO.

PRIMERO.- Discrepo igualmente en el presente recurso de apelación en el mismo procedimiento que se sigue contra D. Guillermo Zapata del auto de la mayoría, que revoca el auto del juzgado de archivo de las actuaciones, por considerar que los hechos imputados no son constitutivos de delito.

Las razones que se dan en dicho auto de la mayoría son en esencia las mismas que se dieron en el anterior, que transcribe en muchos de sus pasajes, por lo que el presente voto particular recoge lo que también ya dije en el anterior y que resulta perfectamente aplicable punto por punto a la actual resolución de la mayoría, por lo que a él íntegramente me remito.

SEGUNDO.- El argumento central del auto es que se dan los elementos objetivos del tipo de humillación a las víctimas en la frase que atribuye al Sr. Zapata como tuiteada por él en 2011 y que en el auto se cita de manera abreviada en varias ocasiones “*han tenido que cerrar...*”, aunque al final del auto la mayoría del tribunal haya decidido que debía hacer la cita de la frase completa con todos los elementos que entiende que son humillantes para las víctimas. Considera que en este momento no son valorables los elementos subjetivos, intencionales, etc., determinantes de la infracción penal, que deberán ser apreciados en el momento del enjuiciamiento.

TERCERO.- Discrepo de este planteamiento, que en mi opinión pretende hacer una aproximación puramente formal, externa, hipotéticamente desprovista de valoraciones a un tipo penal que, por su naturaleza y características, su

esencia delictiva, es todo lo contrario. Se trata ni más ni menos que de la criminalización de la opinión y de la expresión, como límite jurídico penal impuesto por el legislador ordinario a la libertad de expresión como derecho constitucional.

El supuesto de hecho en el que nos encontramos es un tuit con un determinado contenido. Se trata de una conjunción de palabras, una expresión, una frase, emitida en un determinado contexto, divulgado a través de un determinado medio, inserto probablemente en una conversación y dentro de una determinada cultura, con un determinado significado dentro de ella, dirigido a previsiblemente un colectivo de seguidores que participan de la misma cultura y que como destinatarios del mismo, son los que interpretan y dotan de sentido al mensaje, etc.. . En definitiva, un mensaje comunicacional, respecto del que se supone que se tiene que determinar por el tribunal su significado probable y si éste tiene o no un significado ofensivo de la víctima o víctimas, en grado suficiente y suficiente intensidad, como para constituir un límite admisible del derecho constitucional a la libertad de expresión (art. 20 de la CE), además de constitutivo de delito que lleva aparejado, además de penas privativas de libertad, graves penas privativas de derechos.

Corresponde en primer lugar a los jueces y tribunales la labor de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, discriminando y ponderando derechos e intereses cuando se dan situaciones de conflicto entre ellos. Los tribunales no pueden inhibirse en esos casos ya que dejan de dar la tutela judicial que les es exigible. Hacer una aproximación puramente formal al caso, negándose a hacer una valoración aunque sea en grueso de los sus elementos objetivos, subjetivos y contextuales esenciales, hasta el punto de no poder concluir mas que la posibilidad, y no la probabilidad de que pueda existir delito, lo único que jurídicamente ampararía que se llegara a juicio, implica en este momento mantener sin justificación suficiente una situación de injerencia en un

derecho fundamental con un efecto desalentador o disuasorio de su ejercicio, además de la imposición de una pena cuando menos de carácter simbólico.

Se afirma el carácter objetivamente ofensivo de la frase que se imputa al encausado. Pero esta afirmación es tautológica y está plagada de subjetivismo. Para que sea algo “objetivo”, como se afirma, cuando menos tendría que ser evidente que se trata para la generalidad de personas de una situación ofensiva y esto no se corresponde con la realidad. La magistrada y el magistrado que constituyen la mayoría del tribunal opinan que sí lo es, en tanto que este magistrado opina que no. También opina esto mismo el magistrado que dictó la resolución recurrida. Los recurrentes que sí que lo es, el encausado recurrido, que no, como también el Ministerio Fiscal es de esta misma opinión y, por último, ni tan siquiera la persona a la que se refiere el tuit se da por ofendida. La evidente pregunta es donde está lo objetivo de la situación que se afirma. Lo que es evidente para unos no lo es para otros y debemos recordar que estamos en derecho penal, pero también en limitación de ejercicio de derechos fundamentales. La aplicación del *in dubio pro reo* opera en el momento de establecer la convicción judicial definitiva, cierto, pero ya en situaciones como las que se dan en estos casos en que existen comprometidos derechos fundamentales, para llevar a alguien a juicio deben establecerse elevados estándares de probabilidad de comisión del delito.

Es evidente, por tanto, que la valoración de la frase requiere de su adecuada contextualización. No vale extraerla y dotarle de un significado ofensivo al margen, y menos el propio que cada sujeto quiera darle de acuerdo a su propia ideología o escala de valores morales. Aparte de que por sus términos y su significado aparente pueda parecer ofensiva, la objetividad que se predica requiere además de una determinada intensidad, que no permita poner razonablemente en duda la ofensividad del mensaje. El texto legal habla de “*la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las*

víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares”. Para ello, una vez más, el contexto, los elementos acompañantes al texto son cruciales.

En el presente caso, y así ya se afirmó en el anterior voto particular, se trata de una única frase en evidente tono jocoso, pero que no se dirige a nadie en concreto, que hace un chiste fácil, de mal gusto, con referencia a las graves secuelas físicas padecidas por un personaje público, que es una víctima del terrorismo de ETA, pero que está inserta claramente en la subcultura del humor negro, de los chistes crueles y macabros que utilizan estereotipos humanos, personas o de grupos, como símbolos, pero no auténticas personas, no en su dimensión humana. Pretenden ser procaces, incívicos, contraculturales, alternativos, romper la línea del pensamiento correcto, pero en general no buscan la ofensa, el daño moral de personas concretas ni de colectivos a través de la humillación, el descrédito o menosprecio, que requiere mecanismos de acción diferentes. Este tipo de humor puede no ser compartido, rechazado e incluso censurado por la mayoría de la sociedad que no participa de dicha cultura, pero no puede afirmarse que objetivamente ofendan a nadie ni nadie tendría que darse por ofendido excepto que quiera expresamente hacerlo. La persona a la que se refiere el tuit así lo ha manifestado incluso públicamente. Es un ejemplo de superación personal y no es en absoluto una mujer débil que no sepa gestionar un aspecto tan relevante de su vida como es el de su honor, pública consideración o autoestima. Por supuesto, ello no da derecho a trivializar sus secuelas físicas y es merecedora del máximo respeto, lo único que la utilización de su imagen estereotipada como objeto de humor negro no debe entenderse como objetivamente actos de humillación dirigidos a ella. El sujeto colectivo víctimas tampoco puede pretender legítimamente sentirse afectado por algo por lo que el sujeto individual directamente concernido no se siente afectado. La negación de la ofensa individual implica la negación de la ofensa colectiva. No hay nada en la conducta atribuible al encausado que objetivamente pueda entenderse como promoción del discurso del odio o que pueda afectar a

ningún valor social relacionado o no con víctimas del terrorismo, mas allá de un sentir colectivo de rechazo o de afectación del pudor social. Esto último y no otra es la razón de ser de las llamadas culturas alternativas, romper o poner en cuestión críticamente la solidez de los valores sociales imperantes. Lo que claramente queda fuera del ámbito de protección del tipo penal imputado.

TERCERO.- Tampoco puedo compartir el criterio subsiguiente de que el tribunal no puede entrar en los aspectos subjetivos referidos a la intención del sujeto.

En mi opinión, los aspectos subjetivos, junto con los contextuales, lo son todo, y creo que es muy fácil entender por qué. La propia resolución de la mayoría de la Sala reproduce al final del auto el texto que se dice objetivamente ofensivo. Siguiendo su lógica eso es suficiente para apreciar el posible delito y es en función de ello, por lo que entienden procedente la apertura del juicio oral contra el Sr. Zapata. Pero no cabe ninguna duda y no entra en ninguna lógica interpretar que los magistrados pretendieran, haciendo expresión de dicho texto, humillar a una víctima del terrorismo, por más que pueda considerarse innecesario, y personalmente discrepe de ello, hacer una reproducción textual del texto controvertido. Por tanto, la intencionalidad del sujeto, deducible en gran medida del contexto, es un elemento fundamental y, aunque el ejemplo que se ha puesto pueda considerarse extremo, hay muchas situaciones en que también es fácilmente deducible cual es la auténtica intención del sujeto. El juzgado y el Tribunal deben indagar sobre ello, y si es descartable, como considero que ocurre en este caso, que el Sr. Zapata tuviera alguna intención de ofender personalmente a la víctima o al colectivo de víctimas, debería haberse desestimado el recurso y confirmado la resolución de archivo del juzgado instructor.

Reitero que es evidente que el tuit del Sr. Zapata es una manifestación de humor negro, sin más, que se produce en una única ocasión, que no se reitera,

que no se dirige a nadie en concreto, que su comportamiento posterior pone de manifiesto que se trata de un acto único, de una persona actualmente inserto en la institucionalidad, con una actividad cultural reconocida como guionista de televisión, cortometrajista y novelista y que desempeña un cargo público como Concejal presidente de los distritos Fuencarral-El Pardo y Villaverde en el Ayuntamiento de Madrid.

Estimo, por lo dicho que existe un amplio elenco de elementos que permite sin ningún esfuerzo concluir, como presunción más probable, que no tenía ninguna intención de ofender personalmente a ninguna víctima o al colectivo de víctimas, elemento imprescindible para el delito, tal como ya hemos visto; por lo que reitero que el Tribunal debería haber tutelado su derecho a la libertad de expresión y no haber dado lugar a la continuidad de la causa.

CUARTO.- FALTA DE COMPETENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL EN RELACIÓN CON DELITOS DE ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO Y DE HUMILLACION A LAS VICTIMAS (ART. 578 CP).

Aunque no ha sido objeto del recurso, este es un tema de orden público (la jurisdicción es improrrogable –art 9.6 LOPJ-), por lo que considero que debe ser necesariamente abordado:

1. La gravedad del terrorismo y de la actividad terrorista ha justificado en nuestro país, y también en el de otros de nuestro entorno, que fuera objeto de un tratamiento jurídico especial, tanto en los aspectos sustantivo penales como en los procesales, con posibilidad de derogación individual, en las investigaciones, de derechos fundamentales, exigiendo una previsión normativa expresa respecto de estas constitucionalmente posibles excepciones (art. 55.2 CE: “*Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual*

y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los arts. 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas...).

Una de las especialidades procesales, que tiene igualmente repercusión en derechos fundamentales, es la del tribunal competente para el enjuiciamiento de los delitos terroristas.

El art. 24.2 de la CE establece el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley¹. El art 6.1 del CEDH en términos similares, habla de tribunal independiente e imparcial establecido por ley. En nuestro sistema no habría en puridad un derecho al “juez natural” equivalente al “juez del lugar” del hecho, sino exclusivamente al juez ordinario legalmente predeterminado.

2. En nuestro sistema orgánico procesal existe una regulación de tribunales en los que su vinculación con el territorio, el lugar –la proximidad y la inmediación- cobra una importancia singular, estableciéndose grados de jurisdicción por territorio con una cúspide jurisdiccional que la constituye el Tribunal Supremo. Junto con ellos, la Audiencia Nacional tiene competencia exclusiva sobre determinados delitos sin importar el lugar de comisión. La forma de establecer en nuestro derecho cuál es el tribunal natural (legal) es a través del sistema de atribución legal de la competencia². El criterio general de territorialidad, convive con el de competencia objetiva o por razón de la materia en específicos casos.

3. Es a través del art 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en que el legislador ha decidido establecer los delitos que quedan bajo la competencia de

¹ Los arts. 117.3 y 4 de la Constitución desarrollan el principio consagrado en el art. 24.2 de la misma en relación con el «derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley»,

la AN, sin que entre sus múltiples reformas haya incluido los delitos de terrorismo.

Sin embargo, la atribución de competencia en materia de terrorismo a la Audiencia Nacional se produjo a través de una norma contenida en la disposición transitoria a la Ley Orgánica 4/1988³⁴, con clara vocación de excepcionalidad y transitoriedad expresada en la misma (*"La legislación que pueda modificar esta atribución de competencias se inspirará en el principio de inmediación judicial"*), establecida como indica expresamente para aquellos delitos *"cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes"*.

Esta norma es consecuencia directa de la importante Sentencia del Pleno del Tribunal, S. 16-12-1987, núm. 199/1987, que determinó el alcance de las posibilidades derogatorias de derechos fundamentales que confería el art. 55.2 de la CE al legislador, refiriéndolas precisamente a esa clase de delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes⁵.

² *La interpretación sistemática entre el art. 24.2 y el 117.3, ambos de la Constitución, pone de manifiesto que la garantía de la independencia e imparcialidad de los Jueces... radica en la Ley. Sentencia del Pleno del Tribunal, S. 16-12-1987, núm. 199/1987.*

³ La disposición transitoria de Ley Orgánica 4/1988 establece: *"Los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional continuarán conociendo de la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos. Conocerán también de los delitos conexos con los anteriores.*

La legislación que pueda modificar esta atribución de competencias se inspirará en el principio de inmediación judicial".

⁴ El art. 11 de la Ley Orgánica 9/1984 (derogada por la Ley Orgánica 4/1988) relativo a los órganos judiciales competentes para conocer de los delitos de terrorismo establecía: *"La instrucción, conocimiento y fallo de las causas criminales por los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley corresponde en la jurisdicción ordinaria a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional"*.

⁵ *"..El concepto de «bandas armadas» ha de ser interpretado así restrictivamente y en conexión, en su transcendencia y alcance, con el de «elementos terroristas» mencionado en el precepto constitucional. En esta misma línea la jurisprudencia penal también ha definido de forma restrictiva el tipo delictivo contemplado en el art. 7 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, haciendo referencia no sólo a la nota de permanencia y estabilidad del grupo, y a su carácter armado (con armas de defensa o de guerra, y también con sustancias o aparatos explosivos), sino también a su entidad suficiente para*

Las Leyes Orgánicas 3⁶ y 4 /1988, ambas de 25 de Mayo, fueron las que derogaron y sustituyeron a la parcialmente declarada inconstitucional por dicha Sentencia, LO 9/1984, de 26 de Diciembre. El texto normativo y la propia disposición adicional a la LO 4/1988 deja clara su voluntad de ser la norma de desarrollo del art. 55.2 de la CE ("*Las referencias a la norma de desarrollo del art. 55.2 de la Constitución se entenderán hechas a esta Ley Orgánica*"), por lo que el ámbito de aplicación de su contenido derogatorio de derechos fundamentales, y al que la propia norma anuda de forma indisoluble en su disposición transitoria el del Tribunal competente para el conocimiento de los asuntos a que se refiere, es el de los delitos terroristas, con el contenido y alcance que confiere la sentencia del TC 199/1987 ("*cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes*" o quienes cooperen o colaboren con ellos). Hemos de entender que se trata de un ámbito de aplicación fijado legalmente, de ninguna manera ampliable por vía interpretativa a situaciones legales que nada tienen que ver con las que se contenían en las LO 3 y 4 /1988.

4. Destacamos la situación paradójica de que el legislador ordinario del momento opta por la técnica legislativa de introducir en la legislación procesal penal común los supuestos excepcionales que permiten la derogación de derechos fundamentales recogidos en los arts. 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3 de la CE; sin embargo, no hace lo propio con la norma de atribución de competencia en favor de la AN, que queda como una mera disposición transitoria, a la que da con ello, si cabe, mayor excepcionalidad y sentido de transitoriedad, es decir con vocación de que tuviera una duración limitada,

producir un terror en la sociedad y un rechazo de la colectividad, por su gran incidencia en la seguridad ciudadana, que suponga así también un ataque al conjunto de la sociedad democrática. Cualquier otra interpretación más amplia de la expresión bandas armadas, que permitiera la aplicación de la Ley Orgánica 9/1984 y singularmente de los preceptos de su Capítulo Tercero a personas o grupos que actuar con armas, sin provoca el terror en la sociedad ni pretender alterar el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho y sin ponerlo objetivamente en peligro, carecería de la cobertura constitucional del art. 55.2..."

⁶ En su Disposición Final deroga la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución.

previendo que “*la legislación que pueda modificar esta atribución de competencias se inspirará en el principio de inmediación judicial*”, atendiendo con ello a las críticas de inconstitucionalidad planteadas en el recurso de inconstitucionalidad que se resuelve en la sentencia del TC 199/1987.

5. Sobre la base de lo hasta ahora dicho, estimo que existen fuertes razones de índole variada para considerar la ausencia de competencia de la AN para la investigación y enjuiciamiento de los delitos previstos en el art 578 del CP⁷.

En primer lugar debemos tener en cuenta la literalidad del propio texto de atribución de competencia para los delitos terroristas en favor de la Audiencia Nacional. Reitero el texto de la disposición transitoria de la LO 4/1988 que se refiere a “*delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos*”. Claramente los delitos del art 578 CP no entran en ninguna de estas categorías que conectan con el concepto de banda o grupo organizado como elemento definidor más claro del contenido del injusto de los delitos terroristas (M. Cancio) y que constituye el elemento justificador en función de su peligrosidad y dañosidad potencial de su tratamiento procesal y sustantivo excepcional⁸.

La excepcionalidad de la jurisdicción (especialización) de la Audiencia Nacional sobre la ordinaria viene reconocida desde antiguo por la jurisprudencia

⁷ La Sentencia del TC 199/1987 en su RJ 4. Dice:

“La manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos.”...

“Por todo ello, debe considerarse contraria al art. 55.2 de la Constitución la inclusión de quienes hicieran apología de los delitos aludidos en el art. 1 de la Ley en el ámbito de aplicación de esta última en la medida en que conlleva una aplicación a dichas personas de la suspensión de derechos fundamentales prevista en tal precepto constitucional”.

⁸ Nota anterior.

del TS en resoluciones delimitadoras de la competencia de este órgano en relación con el resto de órganos judiciales. Así, por ejemplo, el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 23.11.1998 (Ponente Sr. Delgado García) que viene a establecer que la "*...equiparación a efectos penales de orden sustantivo no debe extenderse a la materia procesal relativa a la fijación de competencia , pues las reglas que determinan los asuntos de que ha de conocer la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales de Instrucción, son una excepción a las normas generales que al respecto ordenan la competencia de los demás órganos judiciales, y como tales han de ser objeto de interpretación restrictiva.*"

6. Es cierto que nada obsta a que el legislador ordinario pueda desarrollar dentro de sus facultades el concepto de terrorismo y que quiera conferir el carácter de terroristas a determinadas conductas que excedan de las descritas o caracterizadas como tales, que puedan tener alguna clase de relación, pero ello no permite que en dicho desarrollo pueda ampliar o rebasar los límites establecidos por dicho legislador constitucional para restringir los derechos fundamentales contenidos en el art. 17.2 y 18.2 y 3 de la CE, dando la consideración de terroristas a conductas o situaciones que claramente nunca habrían tenido tal consideración para el legislador constitucional, por su falta de relación con "hechos terroristas" o personas pertenecientes a bandas armadas o grupos terrorista; es decir, con el núcleo duro de lo que puede entenderse por actividad terrorista - Sentencia del Pleno del Tribunal, S. 16-12-1987, núm. 199/1987-.

Esta relación con delitos terroristas permitiría que el legislador pudiera realizar cierta asimilación en su tratamiento, y para ello ubicar estos delitos dentro del CP bajo la categoría de los delitos terroristas, pero de ninguna manera permitiría una completa identificación con aquellos⁹, hasta el punto que fueran

⁹ El Tribunal Supremo en Auto del 14 de junio de 2002, Ponente Sr. Andrés, en recurso contra previo Auto de 23 de mayo de 2002, realizó importantes consideraciones en relación a la verdadera

objeto del mismo tratamiento en materia de persecución internacional (por no ser de acuerdo con las normas internacionales en la materia), o procesal excepcional al que se refiere el art 55.2 CE. Pero su mero etiquetaje como terroristas, además de no permitir la restricción de los derechos fundamentales de los arts. 17.2 y 18.2 y 3 de la CE, tampoco, estimo, faculta *per se* a forzar su cabida por vía interpretativa en la norma precisa de atribución de competencia a la Audiencia Nacional en materia de terrorismo.

7. Vemos pues, que el régimen de su enjuiciamiento a través del juez ordinario legalmente establecido está igualmente sometido al principio de legalidad y requiere de una específica norma de atribución de competencia en dicho sentido. El legislador ha decidido mantener hasta el momento que la norma de atribución de competencia en materia de terrorismo sea la disposición transitoria de la L. O. 4/1988, de 25 de mayo, pero estimo que, ni por su redacción, ni por su ubicación, ni por las circunstancias de su génesis, entre otros argumentos hermenéuticos, puede llevarse mas allá de los hechos netamente terroristas *“cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o*

naturaleza de los delitos del art. 578 Cpenal, que ” no son delitos de terrorismo, en el sentido profusamente ilustrado en esta resolución y en la recurrida, y conforme resulta del propio precepto legal que acaba de citarse. Ahora bien, unos y otros son delitos que guardan evidente relación. Tanta, que los primeros no podrían producirse, y ni siquiera explicarse, sin los segundos. Los de apología, son, pues, delitos estrechamente relacionados con los de terrorismo, que es lo que puede explicar su inclusión en la misma sección del Código Penal, por más que este dato carezca de la eficacia transformadora en el orden conceptual y de la tipicidad, que ha querido atribuirsele”. .. *“Y porque, además, el legislador de 2000, por operar en el plano sustantivo de la manera que acaba de ilustrarse, hizo difícil la comprensión integradora del cuerpo legal resultante, al etiquetar formalmente de "delitos de terrorismo" conductas que morfológicamente no lo son y que él mismo presentaba como material y conceptualmente no terroristas. Lo que tiene claro reflejo en el tratamiento diferencial en tema de pena y en el mismo hecho de que los actos de nueva incriminación hubieran podido quedar impunes en la redacción original del Código Penal de 1995. Precisamente, porque -al contrario de lo que se dice en el escrito del recurso- la capacidad lesiva de unos y otros modos de obrar no es en absoluto similar sino abiertamente disímil.”*... *“Pues, no hay más remedio que insistir: si el "enaltecimiento o la justificación" de acciones terroristas son acciones, por definición legal, de realización ex post y desde la falta de implicación en las primeras, es obvio que -por ineludible imperativo del principio de no contradicción- no se podrá decir del apologeta que está, a la vez, dentro y fuera del campo de aplicación del delito de terrorismo, tal y como éste debe entenderse en el marco legal de la Unión Europea, de la que España forma parte.”*

colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos” . Tratándose del derecho al juez ordinario legalmente predeterminado, que constituye un elemento estructural del debido proceso, tampoco admitiría interpretaciones extensivas ni desarrollos jurisprudenciales que ahondaran en lo que tiene vocación de excepcionalidad, aunque estemos hablando de una mera jurisdicción especializada

8. Pero es que es más, frente a los alarmantes argumentos¹⁰ que hacen referencia a la potencialidad del ataque o peligrosidad de estas conductas analizadas (las del art. 578 del CP) como razón de este posible tratamiento especializado, está el reverso de la moneda de que se tratan de delitos de opinión o que tienen relación con la libertad de expresión, por lo que se configuran como normas limitativas de derechos fundamentales que requieren de especial ponderación. Esta circunstancia hace a esta clase de delitos especialmente inidóneos para ser solventados en un tribunal especializado, centralizado, ajeno a la distribución ordinaria de la competencia y a los que, en terminología del legislador, se les está privando del deseable “principio de inmediación judicial”, al excluirlos del conocimiento de los juzgados y tribunales ordinarios. La propia naturaleza de estos delitos los diferencia de los netamente terroristas y hace que

¹⁰ Resulta cierto, que la Sala II TS en la STS 752/2012 de 3.10 se refiera a que “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”.

También ciertos sectores doctrinales (M. Dolz) han postulado en relación con el “delito del art. 578 CP, en su modalidad de humillación de las víctimas, como delito de terrorismo dando una nueva lectura a la hermenéutica de la Sala 2.ª del TS sobre dicho tipo delictivo, que sólo había tenido ocasión de pronunciarse en su modalidad de apología del delito de terrorismo descartando su naturaleza extraña al concepto de delito de terrorismo pero que no había contemplado la conducta de humillación a las víctimas, la cual cabe en el concepto de terrorismo acuñado por la ONU, dado que a través de la misma se perpetúa el terror. Téngase en cuenta que a pesar de que el Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 27 de enero de 1977 considera delitos de terrorismo los atentados graves contra la vida y la libertad de las personas y la utilización de explosivos que represente un peligro para aquéllas, entre otros de parecida significación, la Resolución 51/210 de la ONU dio una definición implícita de terrorismo al considerar por tales «(...) los actos criminales encaminados o calculados para provocar un estado de terror en el público en general, un grupo de personas o personas particulares para propósitos políticos...», en los que caben las vejaciones y humillaciones a las víctimas del terrorismo con objeto de perpetuar el terror”.



carezca de sentido las razones habitualmente dadas que justifican la especialidad del enjuiciamiento de los delitos terroristas.

9. En cualquier caso, dichos argumentos podrían tener únicamente sentido frente a las situaciones más graves y excepcionales, pero la realidad nos demuestra que lo que constituye en este momento el grueso de casos tiene unas características muy semejantes al presente, en que en nada se justifica la actuación de un tribunal especializado y centralizado, sustrayendo su conocimiento del juez próximo del lugar, lo que lleva consigo importantes consecuencias negativas para el justiciable, desde las simbólicas, a las materiales, incluso en detrimento de la confianza en el sistema judicial..

Mismo lugar y fecha.

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