



Jdo. Instrucción Nº 2
c/ San Roque, 4 - 3ª Planta
Pamplona/Iruña

Teléfono: 848.42.42.03
Fax.: 848.42.42.14

Sección: A
Procedimiento: **DILIGENCIAS PREVIAS**
Nº Procedimiento: **0008774/2015**

NIG: 3120143220150027468
Resolución: Resolución: Auto 000429/2016
C1003

A U T O 000429/2016

EL/LA MAGISTRADO-JUEZ
D./D^a. **FERMIN OTAMENDI ZOZAYA.**

En Pamplona/Iruña, a 10 de noviembre del 2016.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- El presente procedimiento se incoó en virtud de querrela criminal interpuesta por la Asociación de Abogados Cristianos por la comisión de presuntos delitos contra los sentimientos religiosos y de odio, acumulándose al mismo una denuncia interpuesta por el Arzobispado de Pamplona y Tudela, habiéndose practicado todas las diligencias que se han estimado pertinentes para el dictado de la presente resolución, no considerándose necesario la práctica de ninguna otra.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Lo primero que se hace necesario en las presentes actuaciones para determinar qué resolución, de las previstas en el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es procedente es determinar con exactitud cuáles son los hechos debidamente acreditados tras la instrucción realizada; y ello por cuanto la reacciones sociales que la exposición organizada por el Ayuntamiento de Pamplona en la que el investigado puso la obra presuntamente constitutiva de delito han favorecido una cierta dispersión de los hechos objeto de valoración judicial.

En efecto, tras las diligencias acordadas por este instructor, se ha constatado que lo que fue expuesto en la sala de la Plaza de la Libertad, fueron cuatro fotografías en las que se veía al investigado, Abel Azcona, conformando sobre una superficie colocada sobre el suelo la palabra "PEDERASTIA" con unos objetos blancos y redondos de pequeñas dimensiones, acompañándose esas cuatro fotografías con un cuenco colocado sobre una columna situada delante de aquellas en el que se contenían formas como las usadas para formar la palabra antes mencionada. El contenido de dicho cuenco fue sustraído por una persona desconocida días después de abrirse al público la exposición.

Las fotografía referidas venían acompañadas con un cartel explicativo del proyecto artístico diseñado y gestado por el investigado Abel

Azcona denominado “La Sombra”, cuyo contenido ha sido remitido a este juzgado por el Ayuntamiento de Pamplona y obra en las actuaciones.

Como es de ver, en ningún lugar de la exposición se indicaba que las formas con las que se había formado la palabra “PEDERASTIA” eran hostias consagradas. Es conveniente hacer constar esto último por cuanto en la querrela interpuesta por la Asociación de Abogados Cristianos se dice que, junto a dichas fotografías, también se exponían fotos y videos de cómo el querrellado sustrajo las formas; hecho que ha quedado acreditado no ser cierto.

No obstante, el querrellado sí explicó en redes sociales el origen de las formas con las que había formado la palabra “PEDERASTIA”, publicando fotos y videos en los que se le veía acudiendo a comulgar.

SEGUNDO.- Centrado y delimitado así lo que ha de ser objeto de valoración judicial para determinar si nos encontramos ante una conducta típica o, por el contrario, los hechos a los que se circunscribe el presente procedimiento carecen de relevancia penal, es hora ya de centrarnos en el estudio de los diferentes delitos que, según las acusaciones, constituirían los hechos cometidos por el querrellado.

Respecto del delito previsto en el artículo 524, no concurren los elementos típicos de dicha infracción penal que castiga al que, en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas, ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados. No concurre, en la conducta del querrellado, los elementos de este delito desde el momento en que, cuando obtuvo las formas consagradas acudiendo y comulgando en diferentes misas, el querrellado no realizó actos de profanación de las formas consagradas y ello porque, definiéndose la palabra “*profanación*” por el diccionario de la Real Academia Española como “*acción y efecto de profanar*” definiéndose en dicho diccionario el verbo “*profanar*” como “*tratar algo sagrado sin el debido respeto, o aplicarlo a usos profanos*”, no puede afirmarse que la conducta del querrellado, cuando se apoderó de las formas consagradas que luego utilizó para realizar su obra, implicara tratar algo sagrado (las formas consagradas lo son, sin duda, para los católicos) sin el debido respeto, puesto que no cabe confundir faltar al respeto con no realizar lo que la religión católica exige a sus fieles que hagan con las formas consagradas en el acto de la comunión. El Código Penal, en un sistema constitucional como el de nuestro país, que garantiza, no solo la libertad religiosa, sino también la libertad de no profesar religión alguna, no puede usarse para imponer coercitivamente a todas las personas el acatamiento o cumplimiento de las normas que una determinada religión da a sus fieles respecto de determinados actos, ceremonias o ritos. Es evidente que el querrellado no cumplió con esas normas canónicas reguladoras de la comunión puesto que, en vez de comerse las hostias que recibía de manos del sacerdote en cada una de las misas a las que acudió, se las guardó para sí, pero ello lo hizo de forma discreta, sin que su conducta pueda calificarse como irrespetuosa, ofensiva o irreverente. Al menos, no existe prueba de que ello ocurriera, pues en las fotografías que el propio

investigado colocó en las redes sociales no se observa ningún comportamiento irrespetuoso por parte de éste.

Ciertamente, es claro que el querellado aplicó dichas formas consagradas a un uso profano, pues así debe calificarse el destino que dio el investigado a dichas formas, pero ello no es suficiente para apreciar la existencia de este delito puesto que dicho uso profano no se llevó a cabo en templo, lugar destinado al culto o en una ceremonia religiosa, tal y como exige el tipo que ahora se estudia (a diferencia del antiguo artículo 208 del Código Penal de 1973, donde los actos de profanación eran punibles, cualquier que fuera el lugar donde estos se habían llevado a cabo) por lo que, en conclusión, ha de descartarse la aplicación de este precepto penal a los hechos cometidos por el querellado para crear la obra que, parcialmente y mediante fotografías, fue expuesta en el Monumento a los Caídos, de Pamplona.

TERCERO.- Excluida la existencia del delito previsto en el artículo 524 del Código Penal, ha de estudiarse ahora si los hechos investigados en la presente causa pudieran constituir el delito previsto en el artículo 525, que castiga al que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante de cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los procesan o practican.

Como se ve, el tipo penal viene integrado por diversos elementos, unos objetivos y otros subjetivos, todos los cuales, por exigencias del principio de tipicidad penal, deben concurrir para apreciar la existencia del delito en cuestión. La acción típica es doble y consiste, por un lado, en hacer escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa, tanto de palabra como por escrito o mediante de cualquier tipo de documento; y, por otro, vejar a quienes practican o profesan dicha confesión religiosa. En ambos casos, es imprescindible que los actos típicos de escarnio o vejación se hagan públicamente, es decir, no de forma privada o particular sino accesible a una generalidad de personas.

En el caso que nos ocupa, parece claro que la acción u obra expuesta por el querellado colmaría la exigencia del tipo de que la acción típica se realice mediante cualquier tipo de documento, pues es claro que unas fotografías lo son, a los efectos penales, conforme al concepto amplio de documento que se contiene en el artículo 26 del Código Penal. Y también concurriría el requisito de publicidad, pues la obra del investigado estaba exhibida en una exposición abierta al público.

Sin embargo, en opinión de este instructor, la obra expuesta en el Monumento a los Caídos de Pamplona no constituye un escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de la Iglesia Católica ni tampoco una vejación de quienes profesan o practican dichas creencias. En efecto, escarnio es una *"burla tenaz que se hace con el propósito de afrentar"*, según el diccionario de la Real Academia, quien también define la palabra *"burla"* como *"acción, ademán o palabras con que se procura poner en*

ridículo a alguien o a algo". Escarnecer, en definitiva, supone ridiculizar, burlarse, parodiar, caricaturizar, satirizar, en definitiva, reírse o mofarse de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa y es claro que la obra realizada por el querellado, ni en su estado original ni en la forma resumida y fotográfica que se exhibió en el Monumento a los Caídos, constituye nada de lo ya dicho respecto de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de la Iglesia Católica.

Tampoco cabe considerar que la acción ejecutada por el querellado constituya una vejación para los que profesan o practican la religión católica. El tipo que ahora estudiamos castiga al que veje, es decir, al que moleste, ofenda, humille o ultraje, también públicamente, no los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa sino a las personas, en particular o en general, que profesan o practican dicha religión. Pero dicha vejación tiene que ser directa, no indirecta. Si se admitiera que la vejación de las personas que profesan una determinada religión, lo que constituye una de las acciones típicas en este delito, pudiera consistir en realizar actos de profanación fuera de un lugar de culto (lo que, sin duda, molestaría o vejearía a quienes profesaran esa determinada religión, pues para dichas personas los actos de profanación siempre son vejatorios de sus creencias, sea cual sea el lugar donde dichos actos se produjeran) estaríamos penalizando algo que el legislador, expresamente, quiso despenalizar en 1995, tal como hemos argumentado con anterioridad, lo que no tiene sentido alguno. Es por ello que ha de concluirse que los actos de vejación de las personas que profesan una determinada religión han de ser directos sobre dichas personas (insultos, humillaciones u ofensas, de palabra o de obra, dirigidos directamente a ellas), no indirectos, de forma que la obra o "performance" realizada por el querellado no tiene tampoco encaje en la segunda de las modalidades delictivas previstas en el artículo 525 del Código Penal.

CUARTO.- Pero es que, aunque no se compartieran los razonamientos anteriores y se estimara que los actos realizados por el querellado encajarían en las acciones típicas del delito previsto en el artículo 525, faltaría, para poder apreciar la existencia de dicho tipo penal, el elemento subjetivo del injusto que el legislador introdujo en este precepto y que se recoge en la expresión "*para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa*". En caso contrario, si para integrar el tipo delictivo sólo se exigiera, no ya el efecto subjetivo en determinadas destinatarios, sino, incluso, la mera idoneidad objetiva de la conducta para herir los sentimientos religiosos de la generalidad de los miembros de determinada confesión, prescindiendo de que esa acción constituya, precisamente, un escarnio y se realice justamente para ofender, el catálogo de posibles conductas típicas sería tan amplio como extenso lo es el de las confesiones religiosas y sus distintas corrientes, de modo que dejaríamos en manos de cada creyente la existencia o no del delito, atentando, sin lugar a dudas, contra los principios de legalidad y seguridad jurídica; de tal suerte que, por ejemplo, podría ser delito el sacrificio público de algunos animales, el consumo de alguna de sus variedades o el sacerdocio femenino para aquellos que, conforme a su religión o creencia, lo tienen prohibido.

Este elemento subjetivo del tipo ha sido definido por el Tribunal Supremo y la doctrina como el dolo específico que exige el tipo penal que nos ocupa, entendido este como ánimo deliberado de ofender los sentimientos religiosos legalmente tutelados. Es decir, es necesario que la acción ejecutada por el autor esté específicamente destinada a obtener o conseguir dicha finalidad, de forma que, por definición, no es posible cometer este tipo de delitos, no solo a título imprudente sino tampoco mediante otras modalidades del dolo, distintas al dolo directo, singularmente el dolo eventual, desde el momento en que dicho tipo de dolo es incompatible con la exigencia legal de que el sujeto actúe movido por una especial y concreta finalidad o intención, en el presente caso la de ofender los sentimientos religiosos de las personas.

Este elemento ha sido exigido reiteradamente por la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales, para apreciar la existencia del delito que nos ocupa; elemento que, en supuestos con una potencialidad ofensiva mucha mayor que en el presente caso, no fue apreciado por los Tribunales, singularmente por la concurrencia de otros "ánimus" que excluían la existencia de la intención de ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa.

Así, en la sentencia del Tribunal Supremo número 668/93, de 25 de marzo, se enjuiciaba la emisión, en un programa de televisión dedicado a la información musical, de un video grabado por un grupo, en el que aparecía la figura de un crucificado con la cabeza de un carnero. Se enjuició a la presentadora del programa y el Tribunal Supremo confirmó el sentido absolutorio de la sentencia argumentando que faltaba en su conducta la intención de ofender con el siguiente argumento: *"el elemento intencional de la procesada no fue el antijurídico exigido en el precepto penal que se cita como infringido, cual es el ánimo de ofender los sentimientos religiosos de los cristianos, por lo que, aun cuando hipotéticamente se admitiera la concurrencia del elemento objetivo o el soporte material de la ofensa, al no poder deducirse de los hechos que ha concurrido el elemento psicológico o la intención de ofender, al menos por parte de la procesada, en cuanto que la proyección del video se hallaba enmarcada en la actuación de un grupo musical que intervenía en un programa realizado con la finalidad que se dice en la sentencia recurrida, como era la de dar a conocer las tendencias musicales de vanguardia, ha de concluirse en el sentido de que los hechos narrados como probados en la sentencia dictada por el Tribunal a quo no pueden estimarse constitutivos del delito por el que la procesada fue acusada como se entendió, acertadamente, por el Tribunal de instancia, por lo que no procede la solicitud de casación de la misma y sí, en cambio, la desestimación del motivo"*.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta, número 367/2005, absolvió también al acusado que había exhibido en época de Semana Santa y en el recorrido de la procesión una pancarta con la imagen de la Virgen María y de Jesús con la leyenda "Adúltera con su bastardo". En este caso se concluyó que la conducta *"no estaba dirigida a lesionar los sentimientos religiosos ajenos, sino a su deseo de expresar y exteriorizar opiniones discrepantes"* (FJ 2º). Y la

sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sec. 2ª) nº 251/11, de 9 de junio, archivó la querrela presentada contra un intérprete que en una actuación humorística parodió al Papa y a la curia, puso en duda ciertos dogmas de la religión Católica y repartió preservativos, argumentando la Sala que *"los hechos que aparecen en el visionado, y en los que se pretende fundar dicho comportamiento delictivo, lo que ponen de relieve es un posicionamiento laico y, si se quiere, anticlerical del conferenciante, sin que ello constituya realmente escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de la religión católica, ni vejación de quienes los profesan o practican, y tampoco apreciamos un dolo de ofender los sentimientos religiosos de tal confesión."*(FJ 3º).

QUINTO.- El Tribunal Supremo, desde siempre y de manera constante, ha declarado que, como la intención es algo que por pertenecer a lo más recóndito del alma humana no es perceptible por los sentidos, nunca puede ser objeto de prueba directa, por lo que, necesariamente, lo ha de ser de prueba indirecta o indiciaria, debiendo deducirse o inferirse el «animus» del conjunto de las circunstancias fácticas objetivas que, por serlo, hayan podido quedar cumplidamente acreditadas.

Cuando el querrellado declaró ante este instructor afirmó que la finalidad de su obra no era la de ofender los sentimientos religiosos de los católicos, aunque fuera consciente de que con la misma podía molestar a estos o a una parte de ellos, sino la de criticar públicamente, de una forma que provocara reacciones en la sociedad, el problema de la pederastia entre algunos miembros de la Iglesia Católica; problema, no hay que olvidarlo, cuya existencia ha sido reconocida por las más altas jerarquías de la Iglesia y ha originado ríos de tinta e, incluso, de metraje televisivo y cinematográfico.

Otro dato a tener muy en cuenta radica en la propia configuración de lo expuesto por parte del autor. No se indica en ningún lugar de la exposición (ni siquiera en el texto que acompaña a las fotografías) que los objetos con los que se forma la palabra pederastia sean formas consagradas o que lo fueran las que se encontraban sobre una repisa o columna enfrente de las fotografías y que tras la apertura de la exposición fueron sustraídas por una persona desconocida. Ninguna referencia se hace a tales extremos en la exposición abierta al público, que es lo que tiene que ser valorado en el presente procedimiento. Y aunque es cierto que en las redes sociales el investigado hizo referencia a los objetos con los que realizó su obra, también lo es que cuando se trata de publicitar la exposición "Desenterrados" ninguna alusión se hace a dicha cuestión, que no aparece en ninguna de las publicaciones que, en las redes sociales y con carácter previo a la inauguración, hacían publicidad de dicha exposición que iba a desarrollarse en el Monumento a los Caídos de Pamplona.

Finalmente, en las propias redes sociales el investigado afirmó que su intención no era ofender sino criticar la lacra de la pederastia en la Iglesia (v. tuit publicado a las 14:48 del 27 de noviembre de 2015: *"Y si no ha quedado claro, lo vuelvo a decir. EN NINGÚN MOMENTO ERA MI*

INTENCIÓN OFENDER A NADIE. *Únicamente denunciar una situación real").*

Ciertamente, el medio elegido por el investigado para denunciar dicha lacra podrá ser criticado y no compartido, en la medida en que se ha utilizado uno de los signos más sagrados de la religión católica, pero la presencia de dicha finalidad en la actuación del querellado excluye la existencia del elemento subjetivo del tipo penal previsto en el artículo 525 del Código Penal y, por lo tanto y conforme a lo razonado, el delito mismo que se le imputa por las acusaciones.

QUINTO.- Resta por determinar si los hechos podrían constituir un delito de odio del artículo 510 del Código Penal; precepto que ha sido modificado recientemente por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio de 2015, ampliando de forma importante los comportamientos típicos de este delito, yendo, incluso, más allá de la Decisión Marco 008/913/JAI, del Consejo de 28 noviembre 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal, antecedente de esta reforma.

Pues bien, en mi opinión, y por mucha amplitud que el legislador español haya dado a los comportamientos típicos tras la referida reforma y a falta de una jurisprudencia interpretadora del nuevo tipo penal (pues la anterior ha quedado, en principio, desfasada, sobre todo en lo relativo al alcance de la acción típica, que anteriormente se centraba en el verbo "provocar", de clara significación jurídico penal), la actuación del querellado, exponiendo un resumen fotográfico que recoge el proceso de elaboración de la obra o "performance" titulada "AMEN", realizada por éste en otro lugar (desde luego, no en un templo, lugar destinado al culto o en ceremonia religiosas) fuera del partido judicial de Pamplona, con la intención de denunciar la lacra de la pederastia en la Iglesia Católica, no tiene encaje, en modo alguno, en ninguna de las modalidades del delito de odio tipificado en el artículo 510 del Código Penal.

Que no encaja en el apartado c) del número 1 ni en las dos letras del número 2 del artículo 510 es evidente y no necesita mayor fundamentación.

La duda podría plantearse (a efectos meramente dialécticos y para ser exhaustivo en la fundamentación de esta resolución) respecto de las letras a) y b) del apartado 1 de dicho precepto. En la letra a) se castiga a *"quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad"*. Entiendo que no concurren los elementos de este tipo penal desde el momento en que ni las fotografías ni el texto que acompañaba a aquellas en la exposición organizada en Pamplona pueden ser interpretadas como una acción de fomento, promoción o incitación, ni

directa ni indirectamente, al odio u hostilidad contra la Iglesia Católica en su conjunto o los miembros individuales de esta y, ni siquiera, contra los curas que hayan podido cometer los execrables actos que quería denunciar el investigado a través de su obra sino, pura y simplemente, una acción crítica frente a dicha realidad, reconocida, como ya se ha dicho anteriormente, por las más altas jerarquías de la Iglesia Católica; crítica que, obviamente, se encuentra amparada por el derecho fundamental a la libertad de expresión que consagra el artículo 20.1.a) de nuestra Constitución. Interpretar el precepto que ahora se comenta en el sentido de que cualquier crítica u opinión contraria a una realidad o, incluso, a una creencia, constituye una acción que incita al odio contra dicha realidad o creencia o contra las personas que sostienen dicha creencia o afirmaran dicha realidad supondría, en mi opinión, un claro ataque contra el derecho fundamental a la libertad de expresión y, en definitiva, una limitación constitucionalmente inadmisibles de uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos más importante en una sociedad democrática como la española.

El mismo razonamiento cabe aplicar respecto del delito previsto en el apartado b), que castiga a *"quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad"*. En ningún caso puede considerarse que la obra ejecutada por el querellado, tanto la parcialmente expuesta a través de fotografías en Pamplona como, incluso, la original ejecutada por el querellado fuera de esta ciudad, sea idónea para fomentar, promover o incitar al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, en este caso la Iglesia Católica o sus miembros, pues ni siquiera en la obra objeto de valoración el autor propone a quienes la observen acción alguna a tomar en relación a la realidad que denuncia, más allá de la de tomar conciencia o posicionarse respecto de la lacra de la pederastia.

SEXTO.- En definitiva y conforme a todo lo argumentado considero que la actuación del querellado en relación a los hechos objeto de las presentes diligencias no es constitutiva de delito alguno y, por tanto, procede sobreseer libremente las presentes diligencias, conforme lo dispuesto en el artículo 779, en relación con el 637.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acordando el archivo de las mismas.

En consecuencia, procede, igualmente, inadmitir a trámite la ampliación de querrela presentada por la Asociación de Abogados Cristianos contra la concejal del Ayuntamiento de Pamplona Mainer Beloki, pues no siendo constitutivos de delito los hechos atribuidos al inicial querrellado, tampoco lo serán los imputados por la querellante a la referida concejal.



PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda el **SOBRESEIMIENTO LIBRE** y el **ARCHIVO** de la presente causa.

Notifíquese a las partes, a quienes pueda causar perjuicio y al Mº Fiscal, haciéndoles saber que contra el auto cabe interponer, ante este Juzgado, **RECURSO DE REFORMA** en el plazo de los **TRES DÍAS** siguientes a su notificación y/o **RECURSO DE APELACIÓN**, subsidiariamente con el de reforma o por separado, en este caso, dentro de los **CINCO DÍAS** siguientes a la notificación.

Así por este Auto lo acuerdo, mando y firmo.

El/La Magistrado-Juez.

DILIGENCIA.- Seguidamente la extiendo yo el Letrado de la Administración de Justicia, para hacer constar que la anterior resolución la ha dictado el/la Magistrado-Juez que la firma, para su unión a los autos, notificación a las partes y dar cumplimiento a lo acordado. Doy fe.