



Roj: **AAN 33/2016 - ECLI:ES:AN:2016:33A**

Id Cendoj: **28079270012016200002**

Órgano: **Audiencia Nacional. Juzgados Centrales de Instrucción**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/03/2016**

Nº de Recurso: **86/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **SANTIAGO JUAN PEDRAZ GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA NACIONAL

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN UNO

PROCEDIMIENTO ABREVIADO 86/2015

AUTO

En Madrid a 7 de marzo de 2016.

Dada cuenta con el anterior escrito de la Asociación Dignidad y Justicia únase a la causa de su razón, dando vista a las partes y Ministerio Fiscal, y

HECHOS

ÚNICO.- El presente Procedimiento Abreviado se incoó en virtud de ordenado por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional, la cual mediante auto de fecha 9 de diciembre de 2015 acordaba la continuación del procedimiento ordenado en los artículos 780 y siguientes de la LECRm sobre la base de los hechos descritos por el Juez en el auto revocado y por un delito previsto en el artículo 578 inciso 2 del Código Penal debiéndose practicar con carácter previo las diligencias de investigación descritas en esta resolución.

De conformidad con lo ordenado, una vez practicadas las diligencias señaladas, se dictó por este Juzgado auto de 12 de febrero de 2016 mediante el cual se acordó seguir el trámite establecido en los artículos 780 y siguientes de la LECrim ., ordenando dar traslado de las diligencias previas al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas, para que, en el plazo común de diez días, solicitaran la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa.

Por la representación respectiva del Sindicato Colectivo de Funcionarios Públicos Manos Limpias y de la Asociación Dignidad y Justicia se ha solicitado la apertura del juicio oral contra D. Jesus Miguel por un delito de humillación de víctimas del terrorismo, previsto y penado en el artículo 578.2 del Código Penal .

Por el Ministerio Fiscal se ha solicitado el sobreseimiento de la causa.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- De conformidad al artículo 783 de la LECrim solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, el Juez de Instrucción la acordará, salvo que estimare que concurre el supuesto del número 2 del artículo 637 o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponda conforme a los artículos 637 y 641.

Pues bien, a la vista de lo actuado y de los escritos de acusación y de sobreseimiento presentados, procede decretar el archivo de las presentes diligencias de conformidad al artículo 637.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , habida cuenta que efectivamente los hechos no pueden ser constitutivos de delito alguno. Y ello pese a lo considerado por la Sección Segunda, por cuanto, en su auto de fecha 9 de diciembre de 2015 , solo



ordenaba transformar las diligencias previas en procedimiento abreviado (seguir los trámites arts. 780 y ss), no vedando, por obvio, que el instructor pueda acordar lo oportuno en orden a decretar la apertura del juicio oral o el sobreseimiento (art 783), pues es de exclusiva competencia (a salvo luego de los posibles recursos) del juez instructor resolver sobre la apertura o sobreseimiento (art. 103 CE : sometido únicamente al imperio de la ley, en este caso el artículo 783 LECrim .).

No se puede obviar el trámite en el que ahora, nos encontramos; a la vista de los escritos de acusación y de sobreseimiento, por mucho que la Sala haya "adelantado" su criterio en el auto anteriormente citado, el instructor debe resolver conforme ordena el artículo 783 LECrim ., En definitiva, se ha dado cumplimiento a lo ordenado por la Sala, mas ahora al encontrarnos en otro trámite procesal debe resolverse en consecuencia.

SEGUNDO.- El escrito de acusación del Sindicato Colectivo de Funcionarios Públicos Manos Limpias basa su acusación en los siguientes hechos:

Se dirige la acusación contra Dan Jesus Miguel ...por haber injuriado y calumniado a través de su red social "@ DIRECCION000 " en Twitter, a sujetos y colectivos concretos, incitando con sus manifestaciones a la violencia al conjunto del pueblo español, en un claro ánimo de perturbar el correcto ambiente social, inculcando ideologías radicales tendentes a la comisión de ilícitos y actuaciones terroristas al conjunto de la sociedad española.

Así, desde la referida plataforma electrónica, de la que no cabe duda, dadas las diligencias practicadas en instrucción, su pertenencia al imputado, el mismo ha difundido a la sociedad numerosas publicaciones de contenido provocativo y discriminatorio hacia sujetos y razas concretas con un claro ánimo desprestigiador y con la finalidad de inferir sufrimiento y ofender a los afectados y víctimas de los acontecimientos a los que en sus comentarios hace referencia.

De tales manifestaciones se aprecia un absoluto desprecio sobre colectivos humanos concretos, como resulta ser el caso del pueblo judío, o como sujeto individual, Petra .

Que a través de sus manifestaciones en dicha plataforma de difusión eminentemente publica y dirigida a todos los públicos, el imputado incitaba a timar el poder a bandas terroristas y a mancillar y humillar a sus víctimas de manera jocosa y desvergonzada, cuando es un hecho más que cierto y probado que la sociedad Española con tales acontecimientos quedó sobrecogida, haciendo suyo el sufrimiento de las familias de las víctimas y el estado de inseguridad y desamparo que expresiones de semejante magnitud producen en el entorno social.

Pues bien, de tal escrito no puede seguirse comisión de delito alguno. Recuérdese que la única frase que puede constituir el delito es "Han tenido que cerrar el cementerio de las niñas de Alcazar para que no vaya Petra a por repuestos", no otra, dado lo considerado por la Sala en el auto citado (RJ 4º) que excluía las otras Como se observa el relato de hechos de dicho escrito no es tal, salvo el decir que el Sr. Jesus Miguel ha hecho manifestaciones (que no concreta) en su cuenta de Twitter, deduciendo genéricamente que hay humillación a las víctimas del terrorismo.

TERCERO.- El escrito de acusación de la Asociación Dignidad y Justicia basa su acusación en los siguientes hechos:

El encausado Jesus Miguel ... publicó y difundió en la red social Twitter diferentes mensajes, entre ellos el siguiente " Han tenido que cerrar el cementerio de las niñas de Alcazar para que no vaya Petra a por repuestos", el 31 de enero de 2015, a las 19:25 horas, con el nombre de usuario " Sardina " a través de la cuenta Twitter @ DIRECCION000 , con actividad desde poco antes de la publicación de dicho mensaje hasta el 14 de junio de 2015, el cual era un perfil abierto, a cuyo contenido se accedía de manera pública, y con algo menos de 1.000 seguidores al tiempo de publicar el mensaje referido, a través del cual humilló y vejó a las víctimas del terrorismo, así como otros mensajes que suponen una clara incitación al odio, y unas injurias colectivas e individuales, hacia víctimas como los judíos, Eloisa o las tres niñas de Alcocer asesinadas en 1992.

Dichos mensajes causaron gran alarma en ja sociedad y entre los usuarios de dicha red social, provocando la interposición de numerosas denuncias.

Así, entre los mensajes que publicó están: (reseña a continuación el resto de mensajes que ya constan en actuaciones).

De igual forma, como se verá, además de que no consta que el mensaje en cuestión causara gran alarma en la sociedad y entre los usuarios de dicha red social, pues no hay diligencia alguna que así lo acredite, tampoco puede seguirse comisión de delito alguno.

CUARTO.- Según la Sección Segunda (a salvo el voto particular) la frase publicada por el Sr. Jesus Miguel puede humillar objetivamente a las víctimas del terrorismo. Para que tal "objetividad" de lugar a apreciar la

comisión del delito se requiere (elemento subjetivo) indagar la intención del sujeto que las profiere y el contexto en el que las hace.

En consonancia con ello la citada Sección en su auto de 1 de octubre de 2015 acordó que se recibiera declaración al investigado. Recibida tal declaración, y como fijó la Sala analizando "con propiedad el elemento subjetivo del injusto, y la real voluntad del sujeto autor de tales mensajes" este instructor acordó el archivo de la causa, al no apreciarse intención alguna de humillación, ni el dolo directo exigido jurisprudencialmente, ni aún el eventual.

Sin embargo, la citada Sección (a salvo el voto particular), ante el recurso de apelación formulado contra dicho archivo, estimó en su auto de 9 de diciembre de 2015 que, en cambio, la valoración del elemento subjetivo le corresponde a la Sala de enjuiciamiento tras la transformación del procedimiento abreviado y no al instructor. Por ello ordenó la transformación en procedimiento abreviado para subsiguientemente dar cauce al juicio oral.

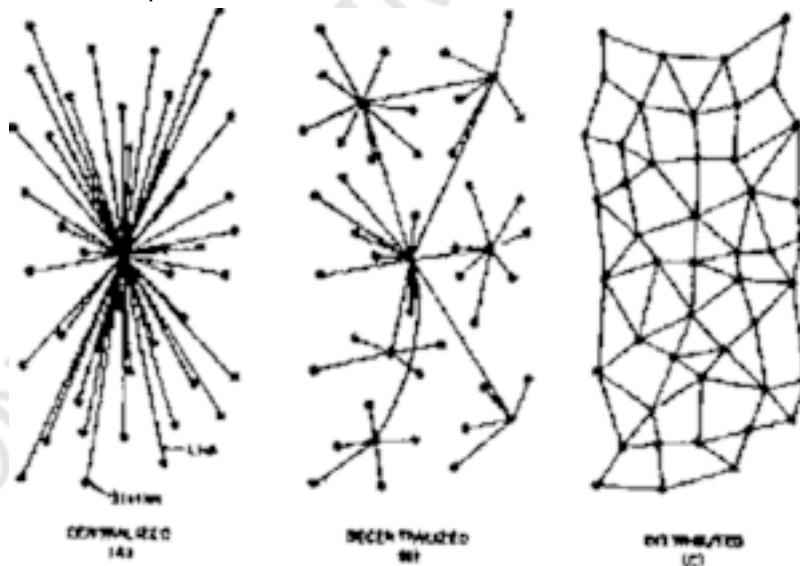
Pese a ello, como se ha dicho, dado el trámite actual en el que ahora nos encontramos, este instructor no puede "automáticamente" abrir el juicio oral, sino que -a la vista de lo practicado y de los escritos de acusación- debe decidir de conformidad al artículo 783 LECrim. (sobreseimiento o apertura del juicio oral).

QUINTO.- Pues bien, suscribiéndose íntegramente el informe del Ministerio Fiscal como el criterio establecido en el voto particular del Ilmo. Sr. Magistrado Sr. De Prada al auto de 9 de diciembre de 2015, de igual forma tampoco se sigue siquiera indiciariamente aquella intención: No hay víctima a la que se pueda humillar (dada además la declaración de Petra). No hay, como ha señalado la Sección Tercera de la Sala de lo Penal en otro supuesto, la necesaria reiteración y persistencia para sobrepasar los límites de la libertad de expresión.

Con ello bastaría para decretar el archivo de la causa, pero es que también, analizado el contexto, se confirma que tal frase no puede constituir un delito de humillación a las víctimas del terrorismo:

Al efecto, las otras frases publicadas nada tienen que ver con las víctimas del terrorismo (ni se habla de ETA, ni de acto terrorista alguno en el que haya sufrido víctima alguna), por lo que no cabe su "contextualización".

No hay que olvidar que la frase en cuestión fue publicada en Twitter, una red social. Si se observa el siguiente gráfico en que se siguen tres posibles topologías de red Twitter funcionaría como la tercera red (distribuida); lo que significa, a diferencia de las otras, que aunque se suprimiera uno o varios nodos lo publicado puede llegar de cualquier forma a cualquier usuario de la red:



La frase fue publicada por el Sr. Jesus Miguel el 31 de enero de 2011 permaneciendo "soterrada" entretanto para luego curiosamente ser "rescatada" (cuando el Sr. Jesus Miguel fue nombrado para un cargo público) cuatro años después por un usuario (Cebollero) el 13 de junio de 2015, lo que supuso que fuera ampliamente "retuiteada" dada la condición pública del Sr. Jesus Miguel (de no ser Concejal de Madrid obviamente no habría tenido tal repercusión), perdurando escasos días al ser borrada por el mismo (junio de 2015). La repercusión tan amplia del tuit no fue por tanto obra del Sr. Jesus Miguel y tampoco, por ello, la "alarma social" denunciada por Marco Antonio y Bernabe. En las redes sociales alguien "dice" y se suma quien quiere y la dimensión de la acción dependerá de las simpatías o rechazos y grado de acuerdo o desacuerdo que suscite lo que dice o de la persona de que se trate. Es un sistema de pluriarquía. Y, teniendo en cuenta la limitación a 140 caracteres en Twitter, no es posible explicar claramente lo que se dice y cuál es la verdadera intención; abriéndose así la puerta a posibles de motivos de ofensa. Cualquier frase, cualquier opinión puede ser motivo de ofensa. Sin



duda, por lo visto, lo publicado por el Sr. Jesus Miguel ha sido ofensivo para algunos y, sin embargo, para otros no. Prueba de ello es que a las acusaciones personadas y a parte de la Sección Segunda parece que sí; en cambio al Ministerio Fiscal (que representa el interés público) como a la propia "víctima" D^a Petra no. Y no se trata de un tema de mayorías por mucho que una mayoría crea que unas palabras sean humillantes, no por ello han de constituir delito no cabe retorcer un texto legal como es el artículo 579 del Código Penal para satisfacer una "justicia" mal entendida por un público expectante a su favor, o lo que es lo mismo "hacer justicia a pesar de la ley". Ello significaría moverse en el terreno de la incertidumbre que conllevaría un trato desigual entre aquellos que puedan presentar un caso como de escándalo social y quienes no, dando lugar a una justicia arbitraria.

Pero aún siguiendo en el terreno de la incertidumbre, el derecho penal valora decisiones de personas, tanto cuando se trata de delitos dolosos como imprudentes. Esas decisiones pueden darse en lo que podemos denominar situaciones transparentes o no transparentes. Lo que aquí nos interesa son las decisiones que se toman en situaciones no transparentes como es el presente caso (terreno de la incertidumbre), que en términos jurídico-penales son decisiones que afectan a la imprudencia, al dolo eventual, a los delitos de peligro y, en determinadas ocasiones, a la valoración del riesgo en la imputación objetiva. Por tanto no al dolo directo (situación no transparente) que como ya se expuso en el anterior auto de archivo se exige jurisprudencialmente para el delito que analizamos. No cabe el dolo eventual, pues de aceptar esta tesis puede ocurrir, como ya señalaba Gimbernat, que el juez decida sobre la culpabilidad del acusado en base a una valoración de la probabilidad de producción del resultado que el acusado nunca se planteó.

SEXTO.- Nos encontramos, pues, ante una frase de la que no se sigue la intención de humillar a la víctimas. Se trata de palabras que no pueden como tales criminalizarse, a salvo de 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, no por lo que hace).

Sencillamente el Sr. Jesus Miguel publicó una frase que ha ofendido a unos; mas NO EXISTE un derecho a no ser ofendido. Al menos, y en favor de la libertad de expresión, en las democracias no aparece tal derecho en el catálogo de los derechos fundamentales.

En definitiva, estamos dentro de los límites del derecho fundamental de libertad de expresión. Derecho fundamental que sin duda queda truncado en los supuestos de que a una persona que luego resulte absuelta se le ha sometido previamente a un proceso involucionado hacia una aparente presunción de culpabilidad, como acontece en los casos en que se sufren "penas" anticipadas: la pena de "telediario", la pena de "paseillo" y la pena de "banquillo". Así, estos casos, además de suponer que el investigado se transforme en víctima de sus propias palabras (proferidas en el ejercicio de su libertad de expresión), se pueden convertir en "ejemplarizantes" para otras personas, dando lugar a la "autocensura" ante el eventual temor de que le acontezcan lo mismo.

La consecuencia es obvia: quedará comprometido seriamente aquel derecho fundamental. Pese a haberse alcanzado un Estado social y democrático de Derecho, no habrá forma de garantizar por igual el derecho fundamental a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (art 20.1 a) CE) de TODOS los ciudadanos, y, lo que es peor, a ello habrá contribuido un poder judicial que no cumple su función constitucional al retorcer el derecho en favor de una justicia "material" que no "legal".

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

DISPONGO:

Decretar el archivo de las presentes actuaciones al no ser los hechos constitutivos de infracción criminal alguna.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe recurso de reforma y apelación.

Una vez firme esta resolución archívese la presente causa.

Lo acuerda y firma el Ilmo. Sr. D. Santiago J. Pedraz Gómez, Magistrado- Juez del Juzgado Central de Instrucción número Uno. Doy fe.