



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

**AUDIENCIA NACIONAL
JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION UNO
D. PREVIAS 86/2015**

AUTO

En Madrid a 7 de octubre de 2015.

HECHOS

ÚNICO.- Con fecha 2 de julio de 2015 se dictó auto acordando el archivo de las presentes actuaciones al estimarse que los hechos denunciados no eran constitutivos de delito. Contra dicho auto se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal y la representación de la Asociación Dignidad y Justicia. La Sección 2ª de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional, con fecha 1 de octubre, ha dictado auto por el que, estimando en parte el recurso de apelación, acuerda revocar aquel auto, dejando sin efecto el archivo dispuesto y ordenando proseguir la investigación y en concreto se reciba declaración al querellado, Sr. Zapata Romero, como imputado; lo cual se ha llevado a efecto en el día de hoy.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La consideración jurídica fundamental en que se basa la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional para acordar la declaración del querellado, Sr. Zapata Romero, como imputado, se encuentra en el Razonamiento Jurídico Octavo del auto de 1 de octubre pasado:

Como consecuencia de todo lo anterior, se debe valorar el elemento subjetivo del tipo abandonando posturas que sólo admitan el dolo directo en este tipo de delitos, para poder dar paso al dolo eventual en algunos casos y según las circunstancias. Por este 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 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 lesionar la reputación. Sobre este tema hay que pronunciarse en un caso como el de autos, donde no solo 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.

Por 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.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Asimismo, en el Razonamiento Jurídico Cuarto del citado auto, se explicita 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.*

En definitiva, la Sección 2ª nos está diciendo que hay que oír al Sr. Zapata para saber si:

- su intención al publicar los tuits era desacreditar, menospreciar o humillar a las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares (**dolo directo**), o
- al publicar los tuits su intención era otra que la de desacreditar, menospreciar o humillar a las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares; mas secundariamente se representó seriamente como posible que los mismos pudieran humillarlas y a pesar de ello los publicó aceptando tales consecuencias (**dolo eventual**).

SEGUNDO.- Oído en declaración¹ el Sr. Zapata, manifestó lo siguiente:

Preguntado por la publicación de los tuits, manifiesta que la cuenta de Twitter era suya. No recuerda cuándo la abrió, pero un poco antes del momento de los tuits, que se publicaron en enero de 2011, activa hasta la tarde en la que salta la polémica, cree que el día de la investidura del Ayuntamiento de Madrid. En aquella época no llegaban a mil los seguidores de su cuenta.

Esas expresiones, la relativa a Irene Villa y los judíos, son citas de expresiones que en su momento recordó de cuando era pequeño, en un debate sobre libertad de expresión, que había expuesto como que habían circulado, y que si aparecían en la red sería intolerable por las características de la Red.

No sabía si esas expresiones se habían publicado antes en la Red.

La intención, en ese momento, quería señalar en este debate sobre la libertad de expresión, señalar las cuestiones donde no ofendes a nadie, en un contexto privado, que no generan polémica, y sin embargo, en la Red sí lo hacen.

Al publicar esos tuits buscaba señalar este punto. No pretendía vincularlo al objeto de las personas que podían sentirse ofendidas por los mensajes.

No pretendía lesionar la dignidad de las víctimas. Es bastante habitual en redes que si hubiera sucedido algo parecido, lo hubiera borrado inmediatamente. No lo habría mantenido. Como no pasó nada mantuvo su cuenta. A veces hay mención de qué se pretende con esos mensajes, te preocupa y lo borras. Pero en este caso no había habido ninguna mención.

No cree que iba a humillar a las víctimas. Son dos víctimas de dos momentos diferentes y su intención no era humillar a nadie. Es más se hubiera disculpado y hubiera expuesto cuál era su intención. La tarde aquélla, cuando supo que Irene Villa había leído el tuit, inmediatamente la escribió y la pidió perdón.

En enero de 2011 escribía guiones y proyectos de ficción. Ha sido profesor y daba talleres vinculados a su profesión.

Preguntado por el Ministerio Fiscal, qué punto pretendía señalar con la publicación de los tuits, manifiesta que señalar mensajes que dentro de la Red generaban una enorme polémica. Por eso, al no suceder nada posteriormente no los borró.

Preguntado qué problemática generaba el tuit de las niñas de Alcazar, manifiesta que en ese contexto había habido un ataque, una campaña contra un director de cine, Nacho Bigalondo, por hacer unos comentarios que banalizaban el Holocausto.

Preguntado por los tuits de Irene Villa y las niñas concretamente, manifiesta que en un contexto analógico la Red provoca peligros y en el contexto de la calle esos mensajes que

¹ La declaración no pudo gravarse al carecer la sala de declaraciones del equipo oportuno.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

son mensajes que circularon, insiste que los recuerda cuando era pequeño, no generan los problemas que pueden generar en la Red.

Lo que buscaba era señalar que en las redes y en la calle estaban funcionando normas distintas. Una cosa es la repercusión cuando hablamos en la Red y otra la que tiene cuando hablamos en la calle. El mismo mensaje dicho en la calle y dicho en la Red tienen significaciones y efectos distintos. Estaban definiendo las reglas de lo que se podía y no se podía decir.

Preguntado si este tuit (el de las niñas de Alcaeser y de Irene Villa) se puede decir, que no se pueden decir si causan dolor.

Lo que está diciendo en ese momento es que hay que tener cuidado con lo que se pone en la Red. En el tuit no lo pone porque la extensión es limitada. El espacio que tiene es el que es. Hay un contexto general de la conversación cuando habla en una comunidad reducida y la gente sabe de lo que estás hablando. No es que lo dejara intuir, y si hubiera tenido que explicarlo más lo hubiera hecho, porque cuatro años después lo hizo.

Preguntado si considera que esos tuits son ofensivos, manifiesta que no los inventó, ni continúa haciendo de esto una especie de campaña, ni menciona posteriormente a nadie. Cuando general dolor, pide disculpas y perdón a quien lo ha generado. Si hubiera sucedido entre medias lo hubiera hecho también. No tenía intención de generar dolor. En ese momento no era consciente, no estaba interpellando a otros. Hay una manera de funcionar en esa Red donde podía mencionar otra cuenta, personal o de víctimas. También podía haber utilizado un hashtack para que gente que no te está siguiendo lo lea. No lo hizo. Estuvo limitado a las personas que leían en ese momento lo que decía. Sabía que estas personas no iban a malinterpretar los mensajes. Hubiera pedido disculpas si hubiera sido agresivo y ofensivo. En las redes la dimensión de público no está tan clara. Hace cuatro años habría que haberlo buscado para hacerlo público. Una persona tiene posibilidad de borrar o de interpellar el mensaje.

Reconoce que el terrorismo ha sido sumamente duro en nuestra sociedad.

Los cuatro años transcurridos no han cambiado su posición respecto a las víctimas, que es de tremendo respeto, no ha cambiado la visión que él tiene ahora. En el momento en que se hace visible es concejal del Ayuntamiento de Madrid y tiene el mismo nivel de conciencia que entonces. Su posición en relación con las víctimas es la misma ahora que antes. De respeto absoluto.

Hoy día si hiciera cualquier tuit tendría que explicar muy bien qué quiere decir con esto. No sólo él. Todas las personas que utilizan Twitter, porque esta red ha cambiado mucho en cuatro años.

Las propias reglas de Twitter a lo largo del tiempo se han ido modificando.

A preguntas de la Acusación Popular, responde que los tuits generaban efecto distinto en la calle y en la Red. Era consciente de que había una discusión sobre el uso que hacemos de las redes. "Ojo con lo que publicamos en la Red". No tenía intención de humillar a nadie. No era consciente de que se hubiera ofendido a alguien, porque si hubiera sido así lo hubiera borrado inmediatamente. En ese contexto es imposible que esos tuits ofendieran a nadie en el momento de su publicación. La prueba de ello es que hasta cuatro años después no tienen repercusión, ni visibilidad. En el momento concreto en que se realizaba el tuit si hubiera habido mil personas conectadas, cosa que jamás sucede en la cuenta, habrían podido verlo de todas las personas que siguen.

Las mil personas que le siguen no pueden ver esos tuits. Los tuits van bajando. Si en un momento dado no lo ves, técnicamente lo puedes encontrar. Teóricamente puede hacerse, pero en la práctica no. En el momento en que se hacen, señalando el debate que había en la sociedad, no generaron el más mínimo ruido. El sentido de lo que ocurría en el debate tres meses o cuatro años después era distinto. Si una persona conversa con otra, esas conversaciones se quedan, y si genera ofensa lo hubiera borrado.

Preguntado por qué no consta el debate en los tuits, manifiesta que estaba en un contexto general: el despido de un director de cine. Que además estaba vinculado a su profesión en aquel momento, que tenía que ver con la Ficción.

Preguntado si recuerda que al margen de esos tuits existe esa explicación de que era peligroso colgar en la Red esos tuits, manifiesta que en esos días no lo recuerda porque no generaron polémica.

Preguntado por qué sólo existen los tuits, manifiesta que porque en una comunidad de confianza el contexto se sobreentiende.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Las redes generan comunidades de confianza. No podía acceder cualquier persona a este debate, sólo la comunidad de confianza. Eso le permite averiguar qué alcance tiene el debate. En ese momento el alcance era cero.

Ha dado numerosas explicaciones cuando se le han pedido. El 31 de enero de 2011 no dio explicaciones porque nadie se las estaba pidiendo. En un contexto de un debate citó unos mensajes. Su intervención en ese debate no recuerda si se limitó solamente a esos tuits, porque ocurrió hace cuatro años y no lo recuerda.

El Sr. Magistrado Juez le permite hacer uso de su smartphone para buscar un texto suyo, que no tiene efectividad porque no hay cobertura. Manifiesta haber escrito sobre el tema a lo largo del tiempo, con posterioridad.

Preguntado finalmente por su abogado defensor, manifiesta que no recuerda si en aquel momento dio una explicación, pero considera que la comunidad de confianza entendía el contexto. Nadie le ha pedido explicaciones y por eso no las ha dado.

Cuando hace referencia al término “mención” se refiere a lo que la comunidad de twitter es interpelar. No es decir el nombre, sino nombrar el usuario. Eso lo que hace es que la persona de quien se habla vea lo que estás haciendo. Nadie hizo esa mención.

Ratifica lo dicho en rueda de prensa el 15 de junio. Votó a favor en el Pleno de 9 de julio de 2015 del Ayto. de Madrid, sesión extraordinaria, donde daban apoyo y solidaridad a las víctimas del terrorismo, manifiesta que votó a favor y cada grupo tiene que defender su postura y apoyó ese voto.

La dignidad y memoria de las víctimas del terrorismo merecen especial protección. Es un asunto de Estado. Es una necesidad la de proteger ese dolor con todas las garantías.

Para finalizar, el compareciente quiere dejar constancia de que ha dado todas las explicaciones posibles en el momento en que se le han pedido. Si se le hubieran pedido antes las hubiera dado.

TERCERO.- Dolo directo. Así pues, según su declaración, su intención en modo alguno era lesionar la dignidad de las víctimas y no podía imaginar que pudiera humillar a algunas víctimas.

Pues bien, a tenor de tal declaración y el contenido de los tuits, hay que enmarcar la acción en un ejercicio del derecho de expresión y como señaló en términos de debate. No hay dato otro alguno que permita concluir otra cosa, ni se está en condiciones de obtenerlo. Ni aún los otros tuits publicados pueden avalar esa intención de lesionar la dignidad de las víctimas², pues sencillamente no se habla, ni directa ni indirectamente, de víctimas del terrorismo.

Se excluye así, por obvio, el dolo directo: la voluntad del Sr. Zapata no estaba dirigida –directamente- a humillar a las víctimas.

CUARTO.- Dolo eventual. Habrá que analizar, entonces, como exige la Sala, el dolo eventual. Esto es, si esas oraciones conllevan “eventualmente” aquella intención secundaria. Esto es, si el Sr. Zapata, se representó como posible y **seriamente** si con ese ejercicio podría humillar a las víctimas y pese a ello publicó los tuits.

Al efecto, hay que recordar que la oración “Han tenido que cerrar el cementerio de las niñas de Alcazar para que no vaya Irene Villa a por repuestos” (si se quiere también: “¿Como meterías a 5 millones de judíos en un seiscientos?, en un cenicero”) viene entrecomillada: no es una oración

² *Rajoy promete resucitar la economía y a Marta del Castillo Ser comunista nunca ha sido tan sencillo, es solo un poco más sencillo que ser de ETA Se confirma que ETA, además de criminal, era idiota, con la cantidad de simpatizantes y aliados que tenía, no fue capaz de tomar el poder.*



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

elaborada por el Sr. Zapata, sino según manifestó *son citas de expresiones que en su momento recordó de cuando era pequeño, en un debate sobre libertad de expresión*, oída en la calle hace tiempo. Ello es fácilmente constatable, pues si acudimos a internet aparecen esas frases y se han repetido desde hace años: han estado en la “calle”.

Ello conlleva que difícilmente el Sr. Zapata se pudiera representar “seriamente” ese posible daño a las víctimas, y su declaración en este sentido es coherente. Es más, teniendo en cuenta que publicó los tuits hace más de cuatro años, ¿acaso él sabía que iba a tener un cargo público, que alguien iba a “rebuscar” en su pasado “tuitero” y luego, por ser concejal, iba a tener la repercusión pública que ha tenido? De ahí que en el auto revocado se aludiera al derecho penal del enemigo, pues no consta se haya procedido contra otros por tales oraciones. Además, el Twitter de aquella época nada tenía que ver con el de ahora.

De cualquier forma no cabe que tal representación fuera **seria**. Cuando alguien realiza un acto desde luego puede imaginar que a consecuencia del mismo se produzcan muchas cosas (efecto mariposa); dependerá de su imaginación. Algunos se imaginarán que aquella frase pueda producir dolor en las víctimas, otros no. Pero no por habérselo imaginado tiene que ser castigado penalmente. Para mayor ilustración: para combatir el causalismo clásico (la causa de la causa es causa del mal causado) se ponía como ejemplo el caso de responsabilidad penal de aquel carpintero que construyó la cama donde se cometió un adulterio (era delito en aquella época). Desde luego que un carpintero se puede imaginar o representar como posible que en la cama que ha hecho se pueda cometer adulterio; **pero no es serio**; y la intención del carpintero no era ni principal ni secundariamente construir la cama para que se cometiera el adulterio.

QUINTO.- Culpa consciente. Es más, teniendo en cuenta que el delito de humillación de referencia es un **delito de naturaleza esencialmente dolosa o intencional**³ (STS 105/2015 antes referida), se excluiría incluso el supuesto de **culpa consciente**: el que actúa con dolo eventual programa su conducta dirigida a un fin (secundario), que incluye el resultado, que puede o no consumarse; por su parte el que actúa con culpa consciente esboza sus actos creyendo que de la manera en que los lleva a cabo, el resultado no sucederá.

Y, en todo caso, si se albergara todavía alguna duda sobre la verdadera intención del Sr. Zapata, baste recordar la STS 106/2015, de 19 de febrero (ponente Sr. Excmo. Joaquín Giménez): *... sin olvidar que el principio favor libertatis debe jugar, necesariamente en los casos de duda, ante la naturaleza constitucional de los derechos de libertad de expresión e ideológica que podrían quedar afectados por el tipo penal, derechos que constituyen una de las más acusadas señas de identidad de la Sociedad Democrática.*

Este principio, a falta de prueba en contrario, conduciría a entender que los tuits publicados se hicieron con la única intención manifestada por

³ ¿Excluye el dolo eventual?



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

el Sr. Zapata; que, aplicando la doctrina señalado en la sentencia de 15 de julio de 2015 de la Sección 3ª de esta Audiencia Nacional, excluye la tipicidad de la conducta (**ausencia de contexto literario, artístico o humorístico**).

SEXTO.- Como corolario: las SSTs 282 y 340/2013, como ya se recogió en el auto revocado por la Sala, señalan que el delito en cuestión exige 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 distinta⁴, de alguna manera y de forma indirecta, puedan producir dolor o angustia en las víctimas o sus familiares.*

TERCERO.- No cabe practicar diligencia otra alguna, ni aún las declaraciones testimoniales (víctimas) que propuso la acusación: la propia Sección 2ª las denegó en el auto de 1 de octubre. Y es que además no conducirían a resultado otro alguno: habrá víctimas que puedan sentirse humilladas y otras no (como la Sra. Villa). Lógicamente la acusación solo propondrá a las primeras. Y, en cualquier caso, baste recordar las SSTs citadas en el anterior Razonamiento.

De otro lado también deviene inútil la diligencia solicitada en la querrela de oficiar a la Guardia Civil como a la Policía Nacional a fin de que informen si los tuits estuvieron publicados en la cuenta de Twitter desde el 31 de enero de 2011 hasta el 13 de junio de 2015, la identificación del autor de la publicación y aquella información precisa que acredite y sirva para determinar los hechos de la querrela. Todo ello ya está acreditado: el Sr. Zapata reconoce que la cuenta es suya y que publicó los tuits en los que se sustenta la querrela.

TERCERO.- Practicadas por tanto las diligencias oportunas, de conformidad al artículo 779 Primera de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 637.2 de dicho texto legal, procede decretar el archivo de las presentes diligencia por no ser los hechos constitutivos de delito.

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.

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.

⁴ Véase la nota anterior.