

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 7 - 28035

Teléfono: 914934582,914933800

Fax: 914934584

GRUPO DE TRABAJO ZRR3

audienciaprovincial_Sec15@madrid.org

37051030

N.I.G.: 28.079.00.1- [REDACTED]/0171210

Recurso de Apelación [REDACTED]/2022

Origen:Juzgado de Instrucción nº 15 de Madrid

Diligencias previas 1016/2021

Apelante: D./Dña. [REDACTED]

y D./Dña. [REDACTED]

Procurador D./Dña. VIRGINIA SANCHEZ DE LEON HERENCIA

Letrado D./Dña. LAIA SERRA PERELLÓ

**Apelado: ASOCIACIÓN HISPEROAMERICANA DE HOMBRES MALTRATADOS y
MINISTERIO FISCAL**

Procurador D./Dña. [REDACTED]

Letrado D./Dña. A [REDACTED]

AUTO N° 162/22

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. LUIS CARLOS PELLUZ ROBLES (ponente)

Dª. MARIA ESTHER ARRANZ CUESTA

Dª. MARIA DEL PILAR CASADO RUBIO

Madrid, a 21 de febrero de 2022.

HECHOS

PRIMERO.- En el expresado procedimiento seguido ante el Juzgado de Instrucción que se

indica “ut supra” se dictó con fecha 9.08.21 auto que acordaba la admisión a trámite de la querrella presentada por la ASOCIACION HISPANOAMERICANA DE HOMBRES MALTRATADOS por un delito de odio. Resolución contra la que [REDACTED] e [REDACTED], interpusieron recurso de reforma, solicitando la nulidad del auto.

SEGUNDO.- El 22.09.21, la ASOCIACION HISPANOAMERICANA DE HOMBRES MALTRATADOS, presentó escrito solicitando la medida cautelar de prohibición y cancelación de la obra “NO SOLO DUELEN LOS GOLPES”.

TERCERO.- El 18.10.21, se dictaron dos autos el primero denegaba la medida cautelar solicitada por la ASOCIACION HISPANOAMERICANA DE HOMBRES MALTRATADOS. Y el segundo estimaba parcialmente el recurso de reforma y manteniendo la admisión de la querrella, consideraba a la querellante como acusación popular, fue objeto de solicitud de aclaración, lo que fue denegado por auto de 11.11.21. Contra este, y por ende contra los autos de 9.08.21 y 18.10.21 [REDACTED] e [REDACTED], interpusieron recurso de apelación. Fue admitido a trámite el recurso de apelación, al que se opuso el Fiscal fue remitida la causa a esta Sección, donde tras designar Magistrado Ponente al Ilmo. Sr. D. Luis Carlos Pelluz Robles, han quedado los mismos pendientes de resolución.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Plantea el recurso en primer lugar que la resolución cuestionada ha infringido el derecho de defensa, y de forma indebida exime de la prestación de fianza a la acusación popular.

La querellante no tiene un “ius ut procedatur”, esto es un derecho a la instrucción de la causa, sino que ostenta el derecho a obtener una resolución fundada en derecho que dé respuesta positiva o negativa a su solicitud.

Como indica el Tribunal Supremo en el Auto de 18/02/2015: “Conforme venimos señalando (ver autos de 18/6/12 y 21/1/15, entre otros), el art. 313 LEcrim. El artículo 313

de la LECRIM ordena al Juez de Instrucción rechazar la querrela cuando no sea competente, o cuando los hechos no sean constitutivos de delito. Ha de considerarse que los hechos no son constitutivos de delito en aquellos casos en que:

a) Los hechos contenidos en el relato fáctico de la querrela, tal y como esta viene redactada, no sean susceptibles de integrarse en un precepto penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente. En estos casos, carece de justificación alguna la apertura de un proceso penal para comprobar unos hechos que, de ser acreditados, en ningún modo serían constitutivos de delito.

b) Cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querrela, no se ofrezca en ésta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, limitándose el querellante a afirmar su existencia, sin ningún apoyo objetivo atinente a los propios hechos. En este segundo supuesto, una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común conduce a sostener que no se justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos meramente sospechosos, por si los mismos pudiesen ser constitutivos de delito, es decir, una investigación prospectiva, sin aportar un indicio objetivo de su realidad de conocimiento propio del querellante. De modo que la presentación de una querrela no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal, sino que se precisa la realización de una inicial valoración jurídica de la misma, de conformidad con las consideraciones expuestas, que puede conducir a su inadmisión a trámite sin más. Y tal inadmisión no vulnera la tutela judicial efectiva del querellante en su vertiente de acceso a la jurisdicción, dado que es doctrina constitucional reiterada la que señala que el ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación (STC núm. 31/ 1996, de 27 de febrero, que se hace eco de las SSTC núm. 111/1995, de 4 de julio; 157/1990, de 18 de octubre; 148/ 1987, de 28 de septiembre; y 108/1983, de 29 de noviembre)".

La instrucción penal, según el art. 299 de la LECRIM, comprende el conjunto de diligencias y actuaciones tendentes a averiguar y hacer constar los hechos con todas las circunstancias que pudieran determinar la calificación como delictivos, así como establecer la persona a quien se puede atribuir la culpabilidad, asegurando las responsabilidades a que

hubiere lugar. La instrucción penal no puede configurarse como una causa general, sino que debe tener una finalidad objetiva y concreta, de modo que si el instructor, en cualquier momento aprecia que no hay indicios racionales de delito o que avalen la participación de algún denunciado en los hechos denunciados, procede el sobreseimiento respecto de este, sin que esto vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva, pues como ha señalado el Tribunal Constitucional, entre otras en la sentencia 163/01 de 11 de julio: “este Tribunal Constitucional tiene establecido que el ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena substanciación del proceso, sino sólo a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, en la que indudablemente cabe la consideración de su irrelevancia penal y la denegación de la tramitación del proceso, o su terminación anticipada según las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (STC 191/1989, de 16 de noviembre, FJ 2), expresando, en su caso, las razones por las que inadmite la tramitación (STC 148/1987, de 29 de septiembre, FJ 2), por lo que tampoco se garantiza el éxito de la pretensión punitiva de quien la ejercita, ni obliga al Estado, titular del "ius puniendi", a imponer sanciones penales en todo caso, con independencia de que concurra o no alguna causa de extinción de la responsabilidad penal (STC 83/1989, de 10 de mayo, FJ 2); en tal sentido, como hemos declarado recientemente, no forma parte de los derechos fundamentales sustantivos el derecho de acción penal (STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 2). O sea, que no puede confundirse el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación del "ius puniendi", que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el derecho material a penar, de exclusiva naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado (STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4). Dicho con otras palabras: "El particular no tiene un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona (SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4 1/1996, de 27 de febrero, FJ 10; 77/1996, de 11 de noviembre, FJ 11; 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 5; 41/1997, de 10 de marzo, FJ 7; 74/1997, de 21 de abril, FJ 5; 116/1997, de 23 de junio, FJ 5; 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 2; 138/1999, de 22 de julio, FJ 5); sino que a la víctima del delito le asiste el "ius ut procedatur", es decir, el derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho (por todas STC 218/1997, FJ 2, en sentido similar 41/1997, FJ 5)" (STC 120/ 2000, de 10 de mayo, FJ 4)”.

SEGUNDO.- La ASOCIACION HISPANOAMERICANA DE HOMBRES MALTRATADOS presenta su querrela imputando un delito de odio a Pamela , en su condición de actriz realizando el monólogo de la obra “NO SOLO DUELEN LOS GOLPES”, y ae ██████████ , en su condición de productor de la misma.

Como expone el auto del Tribunal Supremo de 21/06/2021:

“En relación al delito de odio contemplado en el *art. 510 del CP* , señalábam^{os} en el *auto de esta Sala de fecha 8 de noviembre de 2018, Rec. 20439/2018*, con referencia expresa a la *STS 09/02/2018 Recurso de Casación 583/17*, que "El elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del "discurso del odio", que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren la antijuricidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo. El tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad. Y presenta una problemática relacionada con la colisión de su punición con el derecho fundamental a la libertad de expresión. El *Tribunal Constitucional, en su Sentencia 112/2016, de 20 de junio*, perfiló los límites de esa colisión. Tras destacar el carácter fundamental y preeminente que tiene la libertad de expresión, señala el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión, singularmente por las manifestaciones que alienten la violencia, afirma que puede considerarse necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir formas de expresión que propaguen, promuevan, o justifiquen el odio basado en la intolerancia. La función jurisdiccional consiste, en estos casos, en valorar, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la expresión de las ideas verdaderas y las circunstancias concurrentes esto es, si la conducta que se enjuicia constituye el

ejercicio legítimo ilícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad o, por el contrario, la expresión es atentatoria a los derechos y a la dignidad de las personas a que se refiere, situación que habrá de examinarse en cada caso concreto.

Respecto a la tipicidad subjetiva, no requiere un dolo específico, siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico que ha de ser constatado a partir del contenido de las expresiones vertidas. El dolo de estos delitos se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar.

En el supuesto examinado no se aprecia la existencia de esa incitación al odio o a la violencia, ni, consecuentemente, la presencia de un riesgo real, aun en el marco del peligro potencial, para los bienes jurídicos protegidos”.

Los hechos de la querrela y las expresiones en ella recogidas, no pueden considerarse constitutivos de delito de odio del art. 510 CP, examinados carecen de relevancia penal. El monólogo de ██████████, es una producción artística, que como suele suceder con cualquier obra teatral, intenta concienciar, orientar, dirigir, e incluso exigir al espectador, un pronunciamiento sobre la violencia sexista, señalando con toda su crudeza la realidad de este tipo de violencia. Sin perjuicio de la mayor o menor calidad, y del mejor o peor acierto, no es nueva en la literatura ese tipo de acciones, siguen una tradición, que tuvo su punto de inflexión en Aristófanes, cuando pone en la boca de Lisístrata (en el año 411 a.c.) o en el verbo de Praxagora (La Asamblea de las Mujeres año 392 a.c.), expresiones que cuestionan la prevalencia del varón, y ponderan las iniciativas femeninas.

Los querrelados ejercitando el derecho fundamental a la libertad de expresión, expresan en el monólogo cuestionado, una visión determinada de la realidad de la violencia sexista, lo que podrá ser criticado, y cuestionado, pero que no puede ser cercenado, pues ello atentaría contra ese derecho fundamental, que ampara la libre expresión de ideas, y que es uno de los pilares del Estado de Derecho. Como expone el Auto del Tribunal Supremo de 10/05/2021 “la libertad de expresión comprende, junto con la mera expresión de juicios de valor, la crítica de la conducta de otros, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática. En el marco amplio que

se otorga a la libertad de expresión quedan amparadas, según nuestra doctrina, "aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público" (por todas, *SSTC 107/1988, de 8 de junio*).

En conclusión, del examen que este Tribunal realiza de la querrela, no resulta ningún ilícito penal, ni motivos que justifiquen la prosecución de la causa por delito de odio. Y ello en aplicación de la máxima "rescriptum principis in odiosis stricte interpretandum".

TERCERO.- No siendo la finalidad del proceso penal una causa general, es procedente la inadmisión de la querrela, sin que sea pertinente la práctica de diligencias cuando no existen los indicios de delito que es un presupuesto de procedibilidad. Todo ello determina la estimación del recurso y la REVOCACION de la resolución recurrida.

No se realiza expresa imposición de las costas en la presente instancia.

PARTE DISPOSITIVA

En atención a los artículos citados y demás que sean de general y pertinente aplicación la Sala **ACUERDA: ESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por [REDACTED] e [REDACTED], contra los autos de 9.08.21, 18.10.21 y 11.11.21, dictados por el Juzgado de Instrucción nº 15 de Madrid, resoluciones que se REVOCAN en su integridad, acordando **NO HABER LUGAR A LA ADMISIÓN DE LA QUERRELLA** presentada por la **ASOCIACION HISPANOAMERICANA DE HOMBRES MALTRATADOS**, sin expresa imposición de las costas procesales de la alzada.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y efectos.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados de la Sala.

Diligencia. La extiendo yo la Letrada de la Administración de Justicia para hacer constar que en el día de hoy, me ha sido entregada la anterior resolución. Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.