

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA. SECCIÓN TERCERA - UPAD

ZULUP - GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIKO HIRUGARREN ATALA

SAN MARTIN, 41-2ª planta - CP/PK: 20007

TEL.: 943-000713 FAX: 943-000701

Correo electrónico/ Helbide elektronikoa: audiencia.s3.gipuzkoa@justizia.eus / probauzitegia.3a.gipuzkoa@justizia.eus

NIG PV / IZO EAE: 20.05.1-18/010346

NIG CGPJ / IZO BJKN : 20069.43.2-2018/0010346

RECURSO / ERREKURTSOA: Rollo apelación autos / Autoen apelazioko erroilua 3138/2020- - C

Proc. Origen / Jatorriko prozedura: Diligencias previas / Aurretiazko eginbideak 2074/2018

Juzgado de Instrucción nº 2 de San Sebastián - UPAD Penal / Zigor-arloko ZULUP - Donostiako Instrukzioko 2
zenbakiko Epaitegia

Atestado n.º/ Atestatu-zk.:

590A1803224

Apelante/Apelatzailea: AGENTE 22125 ERTZAINZA DONOSTIA

Abogado/a / Abokatua: JORGE FRANCISCO ARANA DE LA CAL

Procurador/a / Prokuradorea: EMMA GUERRERO AZAÑEDO

Apelado/a / Apelatua: FISCALIA AUDIENCIA PROVINCIAL GIPUZKOA

Apelado/a / Apelatua: LANDER ARBELAITZ MITXELENA

Abogado/a / Abokatua: NORA ESNAOLA BARRENA

Procurador/a / Prokuradorea: SAIOA ETXABE AZKUE

AUTO N.º 231/2020

Ilmos./Ilmas. Sres./Sras.:

PRESIDENTE: D^ª. JUANA MARÍA UNANUE ARRATIBEL

MAGISTRADA: D^ª. MARÍA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI

MAGISTRADA: D. JORGE JUAN HOYOS MORENO

En DONOSTIA/SAN SEBASTIÁN, a 29 de septiembre de 2020

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERA.-Que con fecha 2 de enero de 2020, se dictó auto por el Juzgado de Instrucción nº 2 de San Sebastián en cuya parte dispositiva se acuerda:

"Se acuerda el sobreseimiento PROVISIONAL de la causa".

SEGUNDO.- Contra dicha resolución por la representación del Agente de la

Ertzaintza 22125 se interpuso en tiempo y forma Recurso de Apelación, impugnado el mismo el Ministerio Fiscal.

Recibidos los autos en esta instancia, se formó el presente rollo, con designación de ponente, y no habiéndose practicado prueba en esta instancia se señaló día para deliberación y votación el 21-9-2020 y pasaron los autos al Magistrado Ponente para dictar resolución.

TERCERO.- Es ponente en esta segunda instancia el Magistrado D. JORGE JUAN HOYOS MORENO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Debate jurídico.

I.- La representación procesal del agente de la Ertzaintza con nº profesional 22125 interpone recurso de apelación contra el Auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Donostia/San Sebastián, de fecha 2 de enero de 2020, por el que se acordó el sobreseimiento provisional de las Diligencias Previas.

Argumenta LA recurrente que hay indicios suficientes de la existencia de un delito del art. 210 del Código Penal. Así señala:

El derecho de rectificación al que alude el Auto es una figura prevista para formas de comunicación del siglo pasado y es afuncional en la actualidad, al menos, cuando se trata de herramientas/medios que ofrecen las redes sociales. Las imputaciones que se han hecho a los agentes de la Ertzaintza han sido graves: hubo miles de reproducciones y generó alboroto entre personas y organizaciones euskaltzales; los agentes vieron perjudicada su reputación con consecuencia tanto en el entorno privado y familiar como en el ámbito profesional.

Se adelanta a la fase de instrucción la valoración de la prueba, lo cual corresponde al juicio oral. La versión del denunciado ha quedado desacreditada con las grabaciones de la actuación judicial. Por los agentes se procedió a la identificación de quién había convocado la concentración, quien obstruía la labor policial de identificación y a quienes estaban grabando por el uso inadecuado que pudiera hacer de lo grabado.

El investigado incumplió el deber de diligencia porque es obvio que tuvo la posibilidad de contrastar la información antes de publicarla y no lo hizo: dio amplia

publicidad a la grabación parcial de un tumulto y la acompaña de la valoración sobre la causa del mismo sin que haya intentado corroborar la realidad de la misma

Por ello, interesa que se deje sin efecto el Auto recurrido y se acuerde continuar las actuaciones frente al denunciado.

II.- La representación procesal del investigado D. Lander Arbelaitz Mitxelena impugna el recurso de apelación.

Indica que no es posible que se otorgue mayor valor probatorio a audios de conversaciones entre los agentes que a unas grabaciones de imagen y sonido, directas, de la realidad. La noticia se completaba con los vídeos para que los lectores pudieran obtener sus propias opiniones y pudieran concluir si había existido una violación de los derechos lingüísticos de una ciudadana o no.

No existe ninguna intención de injuriar a los agentes sino de defender los derechos lingüísticos de la ciudadanía.

Nos encontramos ante un conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión e información. Los agentes en ningún momento han hecho uso del derecho de rectificación. La propia Resolución del Ararteko viene a señalar que la versión de los agentes no se sustenta en la prueba objetiva obrante en los autos e insiste en que en ningún momento han hecho uso del derecho de rectificación antes de acudir a la vía penal.

III.- El Ministerio Fiscal impugna el recurso de apelación.

SEGUNDO.- Sobreseimiento provisional.

El art. 779.1 de la Lecrim. Dispone que practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones: 1º Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración acordará el sobreseimiento que corresponda.

TERCERO.- Resolución recurrida.

I.- El Auto de fecha 2 de enero de 2020 acuerda el sobreseimiento razonando lo siguiente:

Las presentes actuaciones tienen su origen en la denuncia formulada por la agente de la ertzaintza con número profesional 22125.

Según la agente, sobre las 18:00 horas del día 21 de mayo de 2018, habría intervenido en un dispositivo policial en relación con una concentración en la calle Idiaquez de San Sebastián. Dicha actuación habría sido grabada por el denunciado Lander Arbelaiz Mitxelena

Horas después, ese mismo día del investigado a través de su cuenta en la red social Twitter habría publicado las grabaciones de lo ocurrido en la concentración, señalando que se habría procedido a la identificación de los integrantes en la concentración por hablar en euskera.

Estas mismas grabaciones y comentarios habrían sido publicados a través de la red social Facebook en la página de la publicación ARGIA de la que el investigado es periodista.

Denuncia la agente la falsedad de las manifestaciones proferidas, ya que en ningún momento se identificó a nadie por hablar en euskera, sino por tratarse de una concentración no comunicada.

La agente amplió la denuncia con posterioridad, manifestando que se seguían efectuando las publicaciones, en concreto el 6 de febrero y el 14 de marzo de 2019

Se ha traído a la causa tango las grabaciones de que dispone el investigado de los hechos ocurridos el día 21 de mayo de 2018, como de las comunicaciones producidas entre los agentes que llevaron a cabo su actuación policial y el centro de coordinación, así como los procedimientos sancionadores derivados de los hechos que se habrían producido ese día.

Han sido oídos tanto la agente denunciante como el investigado.

La denunciante sostiene que tales publicaciones atentan a su imagen y que han llegado incluso a afectar a su vida personal, y por parte del investigado se sostiene que tales publicaciones responden al ejercicio de su derecho a la libertad de expresión y en el ejercicio de su labor como periodista.

... atendiendo a las grabaciones de los hechos aportadas por el propio investigado, resulta que si bien se procede a identificar a una persona, y que la gente que está alrededor, manifiesta que se está identificando por hablar en euskera, no se puede asegurar que éste sea el motivo, ya que lo que se ve inicialmente son manifestaciones relativas a si se ha faltado o no al respeto a la agente de la ertzaintza. No se ve en la grabación el inicio de la conversación entre la agente y la persona a quien se solicita la identificación. El propio investigado señala en su declaración en este juzgado señaló que empezó a grabar cuando oyó que decía que le daba igual porque no le entendía en euskera. Manifestación que no se grabó. Es cierto que después se grabó y se ve la conversación en la que se hacen la referencias a que le entiende en castellano, no puede asegurarse cuál fue el inicio de la discusión.

En todo caso, las cuestiones que se plantean en este momento son:

Si bien de comprobarse tal extremo, podría ser de aplicación lo dispuesto en el art. 207 del c.p. (el acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado) o el 210 del mismo cuerpo legal (el acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando éstas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de infracciones administrativas), lo cierto es que en este caso no cabe precisamente porque como se ha indicado no se puede corroborar la certeza del inicio de la discusión, tal y como se ha señalado,

Que la información publicada responde a la divulgación no solo de lo que allí ocurrió sino a la valoración que hace el periodista de lo ocurrido, dando su versión de lo ocurrido y emitiendo su juicio de valor al respecto, señalando que se ha producido una violación de derechos,

... no existen indicios suficientes de que la publicación se efectúe con intención de injuriar a la agente, sino que únicamente existe una intención de divulgar una información, de la que como se ha señalado esta juzgadora no tiene indicios suficientes de que se haya producido tal y como consta en la publicación.

Que además dicha publicación se vería amparada por el art. 20 de la C.E. como libertad de expresión del ahora investigado, ya que como se ha indicado lo que hace es dar una información de lo ocurrido, relatando su versión de lo que pasó y valorando lo ocurrido como violación de derechos de las personas que se encontraban en el lugar y en concreto de la persona a la que se dirige. Información que podría haber sido contradicha por los ahora denunciantes al amparo de lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

... no existen indicios suficientes de la comisión del delito de injurias a los agentes de la ertzaintza, que la actuación del investigado se encontraría amparada por la libertad de expresión, que si consideran que la información difundida no se ajusta a la realidad podrán hacer valer su derecho a la rectificación de la misma, y todo ello sin perjuicio del derecho de ambos a hacer valer sus derechos en la vía que corresponda

II.- El Auto de fecha 15 de mayo de 2020 desestima el recurso de reforma contra la inicial decisión de sobreseimiento razonando lo siguiente:

Nos encontramos ante dos versiones diferentes de cómo ocurrieron los hechos, y para valorar la entidad de los mismos, encontramos con una grabación, que no recoge el inicio de los mismos, sino únicamente a partir de un momento determinado, cuando ya se está produciendo el enfrentamiento y donde se recogen manifestaciones de personas que expresan su valoración y consideración respecto a los mismos.

Pero ello no quiere decir que el hecho de que con posterioridad se produzca un relato a través de un medio de difusión implique objetividad en los mismos ni que no puedan ser contrastados por aquellos que puedan tener la capacidad de observación y valoración crítica de los mismos. Contraste que pudiera verse reforzado precisamente si se hace uso del derecho de rectificación.

... se trata de una persona que está comunicando unos hechos, de forma más o menos acertada o adecuada, pero que en ningún caso se ha ejercitado ningún derecho de rectificación ni se ha efectuado ningún relato diferente de los mismos.

CUARTO.- Examen del caso

I.- En el supuesto presente, a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto se han de tener en cuenta los siguientes datos de interés:

* En fecha 7 de julio de 2018 la agente de la Ertzaintza con nº de identificación profesional 22125 presenta denuncia contra Lander Arbelatiz Mitxelena en la que relata, en resumen, que los términos que aparecen en las publicaciones son falsos porque en ningún momento se identificó a persona alguna por hablar en euskera, sino que solo se identificaron a los responsables de la concentración al tratarse de una concentración no comunicada, así como a una mujer por obstrucción a la labor policial.

Añade que el denunciado fue totalmente consciente de que las identificaciones no se realizaron por hablar en euskera.

* Consta en el f. 32 la traducción al castellano de la publicación efectuada en euskera (f. 6) por el investigado.

En esencia, se señala que en la concentración realizada en mayo no se respetaron los derechos lingüísticos de los ciudadanos ... una persona le pidió que hablaran en euskera y un Ertzaina le pidió que se identificara.

* Consta en los f. 62 y ss. la transcripción al castellano de la secuencia vídeo grabada con motivo del incidente investigado.

* En fecha 20 de marzo de 2019 D. Lander Arbelatiz Mitxelena declara en calidad de investigado en el Juzgado de Instrucción (f. 51):

Que es periodista de la revista ARGIA.

Que fue testigo de una vulneración de derechos que fue testigo y lo grabó

Que subió el video a la red.

Que estaba convocada una rueda de prensa y él la iba a cubrir.

Que la rueda de prensa estaba sin comunicar oficialmente.

Que mientras se celebraba la rueda apareció una patrulla.

Que la patrulla espero a que terminara la rueda para identificar a los responsables de la rueda de prensa.

Que se identificaba a la gente que eran las que hablaron en la rueda de prensa

Que la gente empezó a grabar y eso se alargó veinte minutos.

Que la ertzaintza recogió dni

Que identificaron a los que estaban alrededor grabando,

Que empezó una discusión entre un agente y una persona que estaba allí.

Que la gente se empezó a quejar por el tiempo tan largo para la identificación que estaba utilizando la Ertzaintza.

Que uno de los agentes dijo que "me da daba igual lo que digas porque yo no sé euskera."

Que empezó una discusión entre la persona y el agente .

Que la persona le dijo al agente que le tratara con respeto.

Que el agente pasó por medio de las personas y así empezó la discusión

Que el agente les dijo que le iba a acusar de desobediencia .

Que esa persona le contestó en euskera será "muy desobediencia venir a ver una rueda de prensa"

...Que el declarante empezó a grabar cuando oyó al agente que le dijo que le daba igual porque no le entendía en euskera y que como se alargaba dejó de grabar

...

Que es la que interviene diciendo que le diga lo mismo pero con respeto que se reitera la conversación y es entonces cuando el agente le pide que se identifique.

Que esta chica no se niega a identificarse.

Que antes interviene una persona que no está en la fotografía porque no está grabado

Que la movida empieza con esa chica de la foto después de que el agente le dice a la otra persona que le da igual lo que le diga porque no entiende euskera

Que el Observatorio Linguistiko BEHATOKIA presentó una queja en nombre del Gobierno Vasco y que pidió perdón por estos hechos y en nombre de los dos agentes.

Que en este acto se ha constar la presentación del escrito presentado por BEHATOKIA

Que también se aporta pen- drive conteniendo la grabación

II.- A propósito de la cuestión que se trata de elucidar con motivo de esta alzada, conviene recordar que, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de abril de 2015 dispone:

Es preciso atender a las circunstancias que, según la doctrina constitucional, tienen trascendencia para tal valoración. Es, en primer lugar, dato relevante la condición de quién sea destinatario de la crítica, pues reiteradamente ha mantenido el Tribunal que quienes ejercen funciones públicas ven mermado el nivel de protección de sus derechos personales. También lo es el que las expresiones que se consideren dudosas sean relevantes para el interés general o se pretenda con ellas crear "opinión pública", siempre según la jurisprudencia constitucional (STC 174/2006). Entre tales personas caracterizadas por su intervención en la cosa pública están también, por supuesto, los jueces y magistrados, cuyos actos están especialmente sometidos al escrutinio de la sociedad, sin olvidar que la exteriorización de la función de un juez lo es por medio de sus resoluciones, las cuales por eso están sometidas a la crítica, no sólo por el ejercicio de los recursos en el ejercicio legítimo de defensa, en el ámbito del proceso en que se dictan, sino también a la que se pueda ejercer con destino a la opinión pública, pues sus decisiones producen efectos que en muchos casos afectan a una generalidad de ciudadanos o a una colectividad

Tampoco habría que olvidar que nos encontramos ante un proceso penal por delito, que de todos los instrumentos que nuestro Derecho ofrece para la protección del honor es el último al que acudir, sólo previsto para las infracciones más **graves** del mismo. Ni en la Sentencia de instancia ni en la de apelación se justifican las razones por las que se considera que las intromisiones en el honor sean **graves** y no hay que olvidar que esa circunstancia es necesaria para su calificación como delito, aunque ello no ha sido denunciado por los recurrentes en amparo y debe quedar fuera de cuestionamiento.

Esos excesos verbales no son de suficiente entidad para calificarlos de delito, calificación que se reserva para las más **graves** manifestaciones, pues de todas las posibilidades de defensa en Derecho del honor de la ofendida (demanda civil, juicio

de faltas o proceso por delito) se optó por la más **grave** y por tanto la valoración a hacer tiene que tenerlo en cuenta.

La Constitución, y nuestra jurisprudencia con ella (por todas STC 79/2014, de 28 de mayo), distinguen, como es bien conocido, entre el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, de una parte, y el que tiene por objeto, de otra, la libre comunicación de información veraz por cualquier medio de difusión [apartados a) y d), respectivamente, del [art. 20.1 CE](#)]. Por más que, como no hemos dejado de observar en ocasiones anteriores, una libertad y otra pueden llegar a entrecruzarse en los supuestos reales que la vida ofrece ([STC 41/2011](#), y resoluciones allí citadas), este distingo entre derechos es de capital importancia, pues mientras el segundo de los citados se orienta, sobre todo, a la transmisión o comunicación de lo que se tienen por hechos -susceptibles, entonces, de contraste, prueba o mentís-, la libertad de expresión tiene su campo de proyección más propio en la manifestación de valoraciones o juicios que, es evidente, quedan al margen de toda confirmación o desmentido fácticos. Se trata de una diferencia relevante, como es obvio, para identificar el ámbito y los límites propios de cada una de estas libertades. Esta libertad de expresión, ya queda dicho, no está exenta, como cualquiera otra, de límites fijados o fundamentados en la Constitución y con ellos ha de ser consecuente su ejercicio, pues si bien el Ordenamiento no ha de cohibir sin razón suficiente la más amplia manifestación y difusión de ideas y opiniones, su expresión conlleva siempre, como todo ejercicio de libertad civil, deberes y responsabilidades y así lo viene recordando, justamente para este preciso ámbito, el Tribunal de Estrasburgo (por todas, Sentencia de 24 de febrero de 2015, caso Haldimann y otros c. Suiza, párrafo 46). Figura entre estos límites, por lo que ahora hace al caso, el que viene dado por el necesario respeto al honor ajeno (art. 20.4 CE), bien constitucional éste que tiene, además, la condición de derecho fundamental en sí mismo ([art. 18.1 CE](#)) y STC 85/1992, de 8 de junio), siendo procedente recordar ahora que los derechos de este carácter no consienten abstractas ordenaciones de valor entre unos y otros (en este sentido, STC 11/2000, de 17 de enero), aunque sí sea preciso, llegado el caso, la determinación jurisdiccional concreta de cuál sea la situación jurídica de derecho fundamental que, en colisión con otra de la misma condición, deba prevalecer al cabo. Como concepto constitucional, el de honor ha sido también objeto, según se sabe, de identificación por una jurisprudencia constitucional ya muy arraigada y a la que aquí procede remitirse, no sin recordar que, en general, este derecho fundamental proscribiera el "ser escarnecido o humillado ante sí mismo o ante los demás" (STC 127/2004, de 19 de julio) y garantiza, ya en términos positivos, "la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes" que la hagan "desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas" ([STC 216/2013](#)). Es preciso también puntualizar, porque así lo requiere el correcto encuadramiento constitucional del actual caso, que el honor que la Constitución protege es también el que se expone y acredita en la vida profesional del sujeto, vertiente ésta de la actividad individual que no podrá ser, sin daño para el derecho fundamental, menospreciada sin razón legítima, con temeridad o por capricho [respecto al "prestigio profesional" a estos efectos, [STC 223/1992, de 14 de](#)

[diciembre](#)). La simple crítica a la pericia profesional en el desempeño de una actividad no debe confundirse, sin más, con un atentado al honor, cierto es, pero la protección del art. 18.1 CE sí defiende de "aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuándo y de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido" (STC 9/2007).

... a la vista de las circunstancias del caso **no cabe**, en modo alguno, **apreciar** que las Sentencias impugnadas ante nosotros **violaran el derecho fundamental** de los demandantes **a expresarse en libertad** [[art. 20.1 a\) CE](#)].

No estamos, en efecto, ante una crítica genérica, por acre que hubiera sido, al funcionamiento del Poder Judicial (STC 107/1988), sino ante una carta pública en la que se reprueba, a una magistrada individualizada en la cabecera del texto. Tampoco ante comentarios o valoraciones sobre la orientación o tendencias de juicio, en general, de un miembro de aquel Poder, ni -ya por lo que hace al actual caso- ante la sola discrepancia, por enfática que su expresión fuera, con la actuación del juzgador, discrepancia que puede llegar a poner en duda o a negar incluso, como aquí en parte se hizo, su competencia profesional. Todo ello queda, en general y de principio, amparado por la libertad de expresión. No habilita este derecho fundamental, sin embargo, para formular, sin pertinencia argumental ni fundamento bastante, las inequívocas acusaciones de parcialidad o falta de probidad que aquí se dirigieron también al juzgador en un determinado proceso. Tachas éstas de extrema gravedad que, por lo demás, ningún parangón guardan -en contra de lo alegado en este recurso por el Ministerio Fiscal- con la vehemencia argumental que puede llegar a ampararse, según los casos, en la libertad de expresión forense, siquiera sea porque la cualificada libertad de palabra de los Letrados y, en general, de quienes defienden sus posiciones en juicio -tampoco ilimitada- es digna de tutela cuando está al servicio, como es regla, de la exposición de razones y argumentos (en tal sentido, [STC 39/2009, de 9 de febrero](#)), y jurisprudencia allí citada), ausentes en las censuras por parcialidad que aquí consideramos. Los recurrentes -esto es lo determinante para nuestro enjuiciamiento- suscribieron coram populo un escrito en el que, si bien dijeron acatar la Sentencia dictada, tildaron inmediatamente, de modo expreso, apodíctico y reiterado, de parcial el proceder de la Magistrada mediante expresiones tales como "ha demostrado parcialidad", "acepta por incuestionables los argumentos de un testigo ... que para más escarnio mintió en la vista oral, de lo cual tiene usted pruebas documentales", "se ha lavado escandalosamente las manos porque ha tenido en su poder pruebas de contradicción documental en su peritaje, y no ha hecho nada" o "da la impresión de haber sentenciado primero y construido la argumentación después". Censura ésta de parcialidad que, a no dudarlo, constituye siempre una de las más **graves** que pueden dirigirse a quien ejerce jurisdicción y que se formuló entonces, esto es lo que ahora importa, con plena impertinencia respecto del debate, sin duda legítimo, sobre la corrección técnica de un determinado peritaje

y sin la más mínima base fáctica en la que pudieran haberse apoyado, siquiera de modo precario o indiciario, afirmaciones tan denigratorias (sobre la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en punto a la "suficiente base fáctica" de determinados juicios de valor, Sentencia, entre otras, de 13 de enero de 2015, en el caso *Lozowska c. Polonia*, párrafo 83; asimismo, STC 79/2014). La **imparcialidad judicial** es soporte estructural del proceso -sin ella, hemos dicho, no lo hay en verdad (SSTC 11/2000); y 178/2014, de 3 de noviembre)- y se integra, por tanto, en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE); entre otras muchas, STC 240/2005, de 10 de octubre). **Negarla** abiertamente **en público**, al margen de los cauces procesales, respecto de un concreto juzgador y un determinado proceso y hacerlo sin aportar razón pertinente alguna, sino **aventurando simples presunciones, entraña un grave menosprecio del honor profesional de quien sufra tal afrenta**, a quien el Ordenamiento ampara, como aquí ocurrió, para defender su probidad. En modo alguno queda empañada la apreciación que ahora hacemos -coincidente en este extremo con la de los juzgadores a quo- por la circunstancia, que los demandantes hacen valer en sus recursos, de que el dictamen del perito judicial del que disienten, y al que se refirieron también en su carta abierta, fuera, una vez dictada ya la Sentencia contenciosa, y a denuncia de la asociación Plataforma Aguilar Natural, sometido a investigación por la Fiscalía y objeto de un informe crítico en esas mismas diligencias, pues es evidente que el debate técnico, o incluso jurídico, sobre la regularidad de la pericia que se valoró en el proceso no autoriza, sin más, a negar la imparcialidad del juez que basó su decisión en tal prueba. Las manifestaciones que aquí consideramos se habrían de seguir viendo como un uso desviado de la libertad de expresión, en lo que encierran de denigración gratuita, incluso en la hipótesis, por tanto, de que aquellas diligencias de investigación de la Fiscalía no se hubieran finalmente archivado (como se desprende de las actuaciones que lo fueron), pues, insistimos, la discusión en torno a la corrección técnica de una prueba de este género no es, en lo absoluto, razón bastante para afirmar, como se hizo, la parcialidad del juzgador que la tomó en su día en cuenta.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 15 de febrero de 2018, señala:

Conforme a una jurisprudencia unánime que arranca de las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 12/1982, de 31 de marzo, y recuerdan, entre otras, las más recientes SSTC 41/2001, de 11 de abril, y 50/2010, de 4 de octubre, se ha subrayado repetidamente la «peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión», en cuanto que garantía para «la formación y existencia de una opinión pública libre», que la convierte «en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática». De modo congruente, hemos insistido también en la necesidad de que dicha libertad «goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones», que ha de ser «lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor» (SSTC 9/2007, de 15 de enero, y 50/2010).

También hemos sostenido que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica «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» (SSTC 174/2006, de 5 de junio, y 77/2009, de 23 de marzo). De modo que, como subraya la STC 235/2007, de 7 de noviembre, la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones «acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población» (STEDH caso De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997, § 49). En fin, en esta última Sentencia hemos recordado también que en nuestro sistema «no tiene cabida un modelo de 'democracia militante', esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución... El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas».

Este Tribunal ha declarado repetidamente que quedan fuera de la protección constitucional del [art. 20.1 a\) CE](#) «las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas». Es decir, las que, «en las concretas circunstancias del caso sean ofensivas u oprobiosas».

En la ponderación de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y al honor, en este caso, de la Institución (de la Corona), es doctrina constitucional constante desde la [STC 107/1988](#) que, para decidir cuál prevalece en el caso concreto es determinante comprobar si en la manifestación de la idea u opinión, sea de palabra o por medio de la acción, se han añadido expresiones injuriosas por innecesarias para la expresión pública del pensamiento que se trata de manifestar o expresiones o acciones que son formalmente injuriosas".

III.- A la vista de los antecedentes y las circunstancias fácticas que han sido reseñados y conforme a las directrices hermenéuticas fijadas por nuestra jurisprudencia constitucional, hemos de validar la decisión del Juzgado de Instrucción de considerar que la controversia suscitada se ha de residenciar extramuros de la jurisdicción penal ya que de los datos aportados no se aprecia la existencia de ilícito penal en el comportamiento del Sr. Arbelatiz Michelena.

A tenor de lo que se ha expuesto y de los datos que obran en las actuaciones remitidas a este Tribunal, lo cierto es que la agente ahora denunciante solicita que una de las personas que participa en la concentración se identifique precisamente cuando ésta le responde en euskera. Es cierto que no se puede afirmar con total certeza que la agente requiera la identificación porque le hablan en euskera pero la

secuencia fáctica constata que es al responder en euskera cuando la agente le requiere o conmina a mostrar su identificación.

Por ello, la información publicada por la persona investigada Sr. Arbelatiz Michelena supone, en todo caso, una razonable interpretación de lo ocurrido y por tanto amparada por el derecho a la información y de ningún modo se puede reputar de tendenciosa o absolutamente falsa o inequívocamente denigrante o injuriosa.

En el supuesto concreto, entre el derecho al honor y a la libertad de expresión es claro que debe prevalecer el segundo de ellos, máxime (y esto es lo importante) cuando la persona investigada no hizo uso ni utilizó de modo alguno palabras, frases o expresiones que indiscutiblemente pudieran catalogarse de denigrantes, ofensivas u oprobiosas sino que simplemente se limitó a efectuar una interpretación (errónea o certera) de la secuencia fáctica que había presenciado, sin hacer uso ni tan siquiera (insistimos) de expresiones desabridas o malsonantes.

Por tales motivos, no puede tener favorable acogida la alegación efectuada en el escrito de recurso de apelación referida a que la Magistrada Instructora de manera errónea ha adelantado a la fase de instrucción la valoración de la prueba, lo cual corresponde al juicio oral, pues cuando ya en este estadio procesal se advierte de manera nítida que el comportamiento atribuido al acusado no reviste caracteres de infracción penal es claro que lo que procede es acordar el sobreseimiento de las actuaciones.

En este sentido, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 25 de abril de 2018, citada en la recurrida, debe permitirse al Instructor valorar esas causas de exención para no postergar innecesariamente la decisión del proceso y, sobre todo, la injusticia que supondría someter a una persona a un juicio oral, cuando se puede evidenciar ya que es penalmente irresponsable

Y por último, se ha de recordar que, como ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo de 19.05.16, el principio de intervención mínima implica que la sanción penal solo debería utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho penal solamente se ocupará de la sanción de los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretende proteger.

Por estos motivos, desestimamos el recurso de apelación.

QUINTO.- Se declaran de oficio las costas de la apelación.

PARTE DISPOSITIVA

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a. Emma Guerrero Azañedo, en representación de la agente de la Ertzaintza con nº profesional 22125 contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instrucción nº 2 de Donostia/San Sebastián, de fecha 2 de enero de 2020, confirmando el mismo.

Se declaran de oficio las costas causadas.

Remítase al Juzgado de procedencia, certificación de esta resolución, para cumplimiento de lo acordado, archivándose el rollo.

Este auto es firme y contra el mismo no cabe recurso.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los/as Ilmos/as. Sres/as. que lo encabezan. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera 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.
