



AUDIENCIA NACIONAL  
Sala de lo Penal  
Sección Primera

ROLLO DE LA SALA N° 3/2009  
PROCEDIMIENTO ABREVIADO N° 28/2008  
JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN N° 4

Presidente:

D. Javier Gómez Bermúdez

Magistrados:

D. Nicolás Poveda Peñas

D. Ramón Sáez Valcárcel (ponente)

**SENTENCIA N° 66/2009**

En Madrid a 20 de octubre de 2009.

Este Tribunal ha visto en juicio oral y público la causa referenciada seguida por delitos de atentado, desórdenes públicos e injurias con fines terrorista.

Han sido partes, por la acusación el Ministerio Fiscal, representado por D<sup>a</sup>. Ana Noé.

Como acusados comparecieron:

1) D. Asier Tapia Zulaika (nacido en San Sebastián el 6.7.1977, hijo de José Ramón y Miren Nekane), que fue defendido por el letrado D. Iñigo Iruin Sanz;

2) D. Aner Mimenza Bilbatúa (nacido el 6.4.1982 en Getxo hijo de Julián y de M<sup>a</sup>. Josefa) que estuvo asistido por el letrado D. Kepa Mancisidor Txirapozu y

3) D. Borxa Jacinto Urberuaga Arano (nacido el 11.3.1977 en Guernica,

hijo de Javier y M<sup>a</sup>. Jesús) que estuvo asistido por D. Kepa Mancisidor Txirapozu.

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

1.- Por auto de fecha 5.12.2008 se acordó la apertura del juicio oral. Las diligencias se elevaron con fecha 3.2.2009. El juicio se ha celebrado el pasado 4 de septiembre. Los acusados se encuentran en libertad provisional.

2.- El Ministerio Fiscal solicitó la condena de los acusados. Calificó los hechos como constitutivos de (i) un delito de atentado de los art. 550 y 551.1 del código penal, en adelante Cp, en relación con el 574 y 579.2 Cp, (ii) un delito de desórdenes públicos del art. 558 en relación con el 574 y 579.2 Cp y (iii) un delito de injurias contra la autoridad en el ejercicio de su cargo art. 215.1 en relación con el 574 y el 579.2 Cp.

Consideró como autor de todos los delitos a Tapia Zulaika y a los otros dos coacusados del atentado y los desórdenes. Respecto a Urberuaga Arano estimó que concurría la agravante de reincidencia del art. 22.8 Cp.

Interesó la imposición de las siguientes penas: (i) por el atentado tres años de prisión e inhabilitación absoluta, (ii) por los desórdenes públicos seis meses de prisión e inhabilitación absoluta y (iii) por el delito de injurias, que imputaba con carácter exclusivo a Tapia Zulaika, multa de seis meses con cuota diaria de diez euros. Además, condena al pago de las costas.

3.- Las defensas solicitaron la absolución al entender que los hechos eran penalmente irrelevantes, que se trató de un acto de protesta contra la política penitenciaria, que no hubo acometimiento ni resistencia ni perturbación del acto, en todo caso leve que para el caso no sería típica, y respecto a las injurias alegaron que no se habían acreditado ante la contradicción de los testimonios.

## II.- HECHOS PROBADOS.

1.- El día 21 de diciembre de 2007, en el salón de actos del centro penitenciario de Soto del Real (Madrid V) un grupo de teatro formado por internos representaba una obra musical a la que asistían los presos de los módulos dos y

cuatro. La Directora General de Instituciones Penitenciarias visitaba el establecimiento aquel día y se incorporó al público. Durante el descanso, y cuando la Directora abandonaba la sala, el interno D. Asier Tapia Zulaika se levantó del asiento y se dirigió verbalmente a ella diciendo que era la *responsable de la muerte de los presos vascos enfermos incurables, de la dispersión y del sufrimiento de las familias*, lo que constituía un *exterminio*, tildándola de fascista y asesina.

Inmediatamente varios funcionarios sujetaron a Tapia y lo sacaron del salón, llevándole a aislamiento.

Otros dos presos, D. Aner Mimenza Bilbatúa y D. Borxa Jacinto Urberuaga Arano, se levantaron de su sitio y protestaron por la expulsión de Tapia.

2.- Los internos Tapia y Mimenza se encontraban en prisión provisional imputados por delito de pertenencia a organización terrorista. Urberuaga cumplía pena. Había sido condenado por este Tribunal en sentencias de fecha 30.6.2004 y 17.12.2004 por delitos de alteración de la paz pública y terrorismo a penas de dos años de prisión, respectivamente.

3.- A consecuencia de ese incidente los tres fueron sometidos a expediente disciplinario, que concluyó por declaración de caducidad.

### III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

#### 1.- Sobre la prueba.

La prueba ofrecida por las partes es de carácter personal: declaración de los tres acusados, de tres testigos de la acusación funcionarios de prisiones y de dos testigos de la defensa internados en el establecimiento; lo que señala los límites de nuestra actividad.

Ciertos datos son aceptados: la celebración de un espectáculo teatral, la presencia de la Directora General, la existencia de un altercado, que se produjo

en un momento de descanso en la representación, cuando la Sra. Gallizo abandonaba la sala y la adopción de medidas cautelares sobre los tres acusados que fueron llevados a aislamiento.

A partir de ese punto de encuentro vamos a examinar los diversos elementos de la hipótesis de la acusación desde el rendimiento de la prueba.

(A) El interno Sr. Tapia increpó a la Directora General.

La información es contradictoria. Los acusados y los dos testigos de la defensa sostuvieron que Tapia se levantó de la butaca y se dirigió a la Directora, en alta voz, criticando la llamada “política de dispersión”. Negaron que hubiera lanzado insultos del estilo de fascista, asesina o exterminadora. Los testigos de la acusación, dos Jefes de Servicio y el Subdirector de Seguridad del establecimiento, ofrecieron relatos bien diferentes. El primero, con identidad profesional 40.199, mencionó que el acusado “*insultó y amenazó*” a la autoridad, cuando se le pidió concreción dijo haber escuchado *asesina, exterminadora e hija de puta*. El Jefe de Servicio 40.669 explicó que el acusado manifestó que era *culpable del exterminio de los presos vascos, la responsable de la muerte de los enfermos incurables y una fascista*. Para el Subdirector del centro el acusado dijo que era una *exterminadora y asesina, mirad es la que mata a nuestros compañeros*.

La posición del emisor y del destinatario de un mensaje (en el caso, presos y dependientes de la Administración penitenciaria, unos y otros), elaborado con palabras y gestos, así como el contexto (el salón de actos de una prisión, la visita de una autoridad) determina y condiciona en buena medida el significado del discurso. Lo que los acusados y los testigos presos calificaron como un acto de crítica, fue percibido por los funcionarios como una ofensa. Resulta difícil recomponer la conducta del Sr. Tapia a partir de fuentes orales. Lamentablemente, aunque la defensa lo solicitara, el acto no fue grabado por el sistema de vigilancia.

Podemos convenir el diferente estatuto del mensaje cuando sólo se emplean adjetivos, aislados y repetidos, y cuando se desarrolla, o se intenta desarrollar, un discurso que los acompaña y les otorga un sentido. Desde esta pauta ha de advertirse que el testimonio del segundo Jefe de Servicio es compatible con el relato que consta en el parte que redactaron los funcionarios aquel mismo día (página cuatro del sumario). Las expresiones -exterminadora, asesina y fascista- fueron dichas en el contexto de un discurso que enfatizaba la muerte de los enfermos terminales y el sufrimiento de presos y familiares, la política de dispersión como su causa y apuntaba la responsabilidad de la autoridad allí presente en el diseño y desarrollo de tales medidas.

(B) El acusado intentó que le secundaran otros presos.

Esta proposición es una percepción. Todo individuo que pronuncia públicamente una invectiva ante una audiencia frente a una persona investida de autoridad busca la complicidad del auditorio. Que la intención del acusado fue que el resto de internos le secundaran y asumieran su crítica, parece indudable. No obstante, con apoyo en el testimonio del Jefe de Servicio 40.199 y en el parte inicial podemos afirmar que el acusado Tapia se limitó a levantarse de la butaca y desde esa posición alzar su discurso crítico. El testigo 40.669 expuso que *Tapia se volvía al hablar a los otros presos, pero nadie le apoyó*. Podemos aceptar como probable esa descripción de la acción del acusado. En todo caso, tal actitud es irrelevante desde la perspectiva penal.

(C) Junto a otros dos internos se abalanzaron sobre dos jefes de servicio.

Los acusados y los testigos de su lado niegan cualquier acción de acometimiento.

La información que ofrecieron los tres testigos propuestos por la acusación es, también aquí, contradictoria. El Jefe 40.199 relató que *cogió a Tapia del brazo (estaba de pie y quieto en su puesto) y le echó para atrás, entregándosele a otros dos compañeros que le sacaron de la Sala, Tapia se dejó llevar por el impulso de su tirón. Mimenza puesto en pie dijo ¿usted qué hace? Mientras tanto, tomó a Urberuaga, que se había levantado de su sitio, y lo trasladó fuera, quien ofreció resistencia pero más bien pasiva. Ni Tapia ni Urberuaga le agredieron. Sus compañeros le manifestaron después que Mimenza le había golpeado, pero él no había sentido golpe alguno*. El Jefe 40.669 contó que *Tapia fue apartado, cuando Urberuaga golpeó a su compañero (se supone que al testigo ya citado, cuando se le demandó mayor precisión mencionó un puñetazo y que quitó a Urberuaga de encima del otro jefe de servicio ya que estaba sobre su compañero) y él mismo recibió un empujón de Mimenza*. El Subdirector de seguridad relató que los tres acusados *dieron golpes constantes a los dos Jefes, Asier lanzaba patadas y gritaba, los golpes alcanzaron en el cuerpo a los funcionarios, golpes que daban con las manos; a las repreguntas contestó que no vio a Tapia agredir*.

Según lo dicho, Tapia no desarrolló acción alguna de acometimiento.

Por otro lado, puede descartarse la proposición de que Urberuaga hubiera golpeado con un puñetazo y se hubiera abalanzado sobre el primer testigo citado, porque éste no vio ni sintió nada.

Respecto a Mimenza dos testimonios le señalan como agresor (un empujón dice quién habría recibido el impacto, golpes repetidos con las manos según la otra fuente). Sin embargo, para el testigo 40.199 se había limitado a levantarse y reprochar que redujeran a Tapia. En este punto la declaración de los testigos de la acusación es incompatible. En la versión de aquel, el testigo 40.669 llevaba a Tapia y él a Urberuaga, luego si recibió un golpe solo podía proceder de Mimenza; en la versión del 40.699 fue acometido por Mimenza y su compañero 40.199 agredido por Urberuaga. Además, el primero no presencié agresión alguna, a diferencia del otro testigo. Sólo podemos resolver esa incompatibilidad en los relatos acogiendo la versión menos perjudicial para los acusados, siguiendo pautas de interpretación establecidas para el caso de duda. Por ello, hemos afirmado que ninguno de los tres acusados agredió, acometió, golpeó o empujó a los funcionarios que les trasladaron a aislamiento, lo que no excluye que pudiera haber existido contacto físico a modo de llamada de atención.

(D) Manifestaron una resistencia activa e intensa a cumplir las órdenes que recibieron.

A partir de esas mismas fuentes de conocimiento, contradictorias, sólo se puede dar como probado, con el Jefe 40.199, que Urberuaga *había ofrecido resistencia más bien pasiva*. Sin embargo, el testigo empleó una categoría jurídica, propia del campo en que se desempeña profesionalmente, que tiene escasa capacidad para describir una acción. Sabemos que el funcionario sujetó al interno y lo trasladó a aislamiento. La resistencia pasiva significa renuencia a hacer o cumplir algo y acoge la actitud del que obliga al otro a desplazarle con una leve presión, como mínimo. En cualquier caso no se acredita que empleara una oposición activa e intensa, como proponía la hipótesis acusatoria, por lo que no se trataría de resistencia en sentido jurídico penal.

(E) Tapia arrojó al suelo una cuchilla que Urberuaga ocultó.

La posición de partida, el rendimiento de las declaraciones de acusados y testigos, presenta las mismas dificultades. El Jefe 40.199 no vio ningún objeto ni la acción de ocultamiento. Su compañero el 40.669 *creyó ver un cúter, una cuchilla revestida de plástico de las que se utilizan en los trabajos manuales, que Urberuaga pateaba hacia la zona de butacas*. Es decir, que el objeto debía estar en el suelo. La sala fue cerrada, los internos cacheados y el espacio físico objeto de pesquisa, sin embargo no se halló el “pincho”.

Un único testimonio, en esas condiciones, sin confirmación es insuficiente para afirmar esa hipótesis.

## 2.- Calificación jurídica.

Los hechos sólo constituyen una falta de injurias. Seguimos la propuesta del Fiscal.

### 2.1.- Atentado, art. 550 y 551 Cp.

El delito de atentado requiere de una conducta –además del carácter de autoridad, agente o funcionario público del sujeto pasivo y que se encuentre en el ejercicio legítimo de sus funciones o con ocasión de ellas- de acometimiento, empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia activa también grave. El acometimiento significa embestida, ataque o agresión. En este caso, como hemos dicho, no concurre la acción típica.

Tampoco podría apreciarse el delito de resistencia del art. 556 Cp, un tipo residual de menor entidad que el atentado, ya que la acción requerida consiste en un comportamiento, activo o pasivo, con actos o gestos de mayor o menor intensidad, de oposición al mandato del agente de la autoridad. La resistencia permite, incluso según la jurisprudencia, comportamientos activos siempre que fueren respuesta a una acción del sujeto pasivo; como ejemplo prototípico, cuando se intenta detener a una persona que se opone con patadas o manotazos. Pues bien, como señalamos arriba no se ha acreditado que los acusados desarrollaran conductas que pudieran incardinarse en tales categorías.

### 2.2.- Desórdenes públicos, art. 558 Cp.

La conducta típica es la de perturbar gravemente el orden público en una serie de lugares y actividades que el precepto relaciona.

Resulta difícil aplicar ese delito al hecho probado. En primer lugar porque no puede entenderse como perturbación grave la intervención del acusado Sr. Tapia, ni la posterior de los coimputados. En segundo lugar, porque la conducta tuvo lugar cuando la representación estaba suspendida por un descanso.

Además, es difícil integrarla en el tipo, pues requiere que la alteración tenga lugar en un establecimiento público o con motivo de la celebración de espectáculos culturales –únicos posibles, por exclusión del resto de espacios del catálogo. Y ello porque el escenario era el salón de actos de un centro penitenciario que no es un establecimiento público, al contrario –al margen de su condición- es un lugar cerrado, prototipo de institución total, sometido a un

régimen jurídico de absoluta restricción de acceso e injerencia intensa en la capacidad de actuar de los internados (una relación del preso con la Administración que ha sido definida como de especial sujeción), donde no hay delimitación estricta de espacios para la vida pública y privada. Se estaba representando una obra teatral, realizada por un grupo de presos, destinada a internos de dos módulos del establecimiento. Es decir, una actividad con buenas dosis de tratamiento, tanto para los actores y demás personas que intervenían en el montaje y producción, como para los internos llamados como espectadores. El espectáculo que prevé el tipo tiene que ver con actos públicos masivos, se trata de prevenir la violencia en ese tipo de concentraciones humanas, algo que tampoco se identifica en el caso enjuiciado. Por lo tanto, el conflicto tuvo lugar en un establecimiento cerrado al público, se trataba de un acto no público dirigido a un auditorio cerrado. También ha de advertirse que los espectadores estaban sometidos al régimen disciplinario sancionador del orden penitenciario, que tiene prevista respuesta a una irregular participación en la actividad de tratamiento (no sólo mediante una infracción, también mediante la adopción de medidas cautelares para garantizar el orden, como el aislamiento, o por la privación de beneficios penitenciarios o relativos a la clasificación).

Por lo tanto, no concurrirían los elementos típicos de ese delito contra el orden público.

### 2.3.- Injurias, art. 208 y 215.1 Cp. Carácter leve: falta. Autoría y pena.

Las expresiones que utilizó el acusado Sr. Tapia tenían un sentido preciso vinculado a la crítica de la política penitenciaria respecto a presos condenados por delitos graves de crimen organizado. La conducta objeto de imputación debe analizarse atendiendo a la libertad de expresar opiniones reconocida en el art. 20.1-a de nuestra Constitución, de las que son titulares las personas encarceladas, con independencia de su condición de preventivos o condenados, de acuerdo con el principio de conservación de los derechos fundamentales que establece el art. 25.2 de la Constitución.

Ha de advertirse que el sujeto activo era una persona imputada por delito de pertenencia a organización terrorista y la persona destinataria de las frases y expresiones era la, entonces, Directora General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior, responsable de la política gubernamental en dicha área. Esa relación establece un espacio privilegiado para la crítica en una sociedad democrática, ya que se trata de una persona pública, una autoridad, y el discurso se refiere, en principio, a los actos que desempeña en el ejercicio de sus funciones.

El contenido de las frases y expresiones resultan habituales en el relato

elaborado por la organización terrorista y por quienes justifican su existencia y sus actos. Lo que quiere decir, que en el concepto público, al que se remite el tipo, es decir en la opinión mayoritaria de esta sociedad, dicho relato ideológico presentado en esa forma y con tales adjetivos es rechazado y resulta marginal.

En la emisión de opiniones, como intentamos verificar siguiendo los estándares de la jurisprudencia constitucional, habrán de ponderarse las circunstancias y el contexto en el que se efectuaron, su contenido, intensidad de las frases, su tono y su finalidad crítica. Aquí entraría en juego el criterio de la necesidad de las expresiones, pues el límite a la libertad de expresión de ideas y opiniones es el de la ausencia de palabras indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se emitan y que resulten innecesarias para su exposición. Entendemos que ciertas expresiones utilizadas por el acusado, aunque vinculadas a las ideas que soportaban su crítica, la política penitenciaria, contenían una carga ofensiva innecesaria, en la medida que personalizaba en la Directora General la crítica mediante calificativos como *asesina, exterminadora y fascista*. Se podía cuestionar dicha política sin emplear adjetivos tan cargados de sentido y de desprecio, que se dirigían a la persona con claro exceso.

En esa acción se detectan elementos que pueden objetivamente afectar a la dignidad, la fama o la propia estima de la Directora General de Instituciones Penitenciarias, comprometiendo el núcleo íntimo de la dignidad personal del sujeto pasivo, más allá de lo tolerable en el ámbito de la libertad ideológica y de la libertad de expresión o de crítica política (art. 20.7 Cp), al utilizar esos adjetivos que se desentendían de la crítica y trataban de ofender de manera innecesaria a la persona.

Para valorar la entidad de la ofensa se tiene en cuenta el escenario en que se produjo, un acto cerrado ante un auditorio compuesto por internos de dos módulos de la prisión y funcionarios. Además, sólo la denuncia del Ministerio del Interior ante la Fiscalía, dato que fue trasladado a los medios de comunicación por fuentes oficiales, hizo público el suceso.

Entendemos que los hechos encajan en la falta de injurias del art. 620.2 Cp, cumpliéndose con el requisito de procedibilidad al tratarse de ofensa dirigida contra autoridad por hechos relacionados con el ejercicio de su cargo (art. 215.1 Cp).

Es autor el acusado Tapia que profirió dichas expresiones.

Se le impone la pena de multa de veinte días -en su expresión máxima a la vista de la entidad de los adjetivos utilizados y de su desvalor- con cuota diaria de diez euros, que parece corresponderse a las circunstancias económicas

del acusado, pues se encontraba preso y la cuantía se corresponde con la mitad del salario mínimo interprofesional (veinte euros con ochenta céntimos diarios).

### 3.- Costas.

Se imponen al acusado condenado las costas equivalentes a un juicio de faltas, declarando de oficio el resto de las causadas (art. 240 LECrim).

Por lo expuesto,

### IV.- FALLO:

1.- CONDENAMOS a D. Asier Tapia Zulaika como autor de una FALTA de INJURIAS a la pena de MULTA de veinte días con cuota de diez euros y al pago de las costas equivalentes a un juicio de faltas.

2.- ABSOLVEMOS a D. Asier Tapia Zulaika, a D. Aner Mimenza Bilbatúa y a D. Borxa Jacinto Urberuaga Arano de los delitos de atentado y desórdenes públicos por los que venían acusados y se declaran de oficio el resto de las costas causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a los interesados, con instrucción de los derechos que les asisten a aquellos frente a la misma, en concreto de su derecho al recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se deberá preparar ante esta Sala en plazo de cinco días desde la última notificación.

Sentencia que pronuncian y firman los Magistrados que formaron el Tribunal.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en la forma de costumbre.  
Doy fe. En Madrid, a