



SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 3ª)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 42 99 30
Fax: 928 42 97 76
Email: s01audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Apelacion autos
Nº Rollo: 0000136/2018
NIG: 3501643220170006227
Resolución: Auto 000547/2018

Proc. origen: Diligencias previas Nº proc. origen: 0002084/2017-00
Jdo. origen: Juzgado de Instrucción Nº 8 de Las Palmas de Gran Canaria

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Denunciante			
Apelado	Borja Casillas Toledo	Isabel Saavedra Domenech	
Apelante	Asociacion Abogados Cristianos	Polonia María Castellanos Florez	María Angeles Del Toro Sanchez

AUTO

Imos. Sres.:

Presidente:

Don Miquel Angel Parramón i Bregolat

Magistrados:

Don Pedro Joaquín Herrera Puentes, (Ponente)

Don Secundino Alemán Almeida

En Las Palmas de Gran Canaria, a 30 de Julio de 2018.

Dada cuenta; y

HECHOS

PRIMERO.- En procedimiento de Diligencias Previas más arriba referenciado se dictó con fecha 11 de Diciembre de 2017 auto por el que se decreta el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso de apelación interpuesto por la Asociación de Abogados Cristianos y habiendo dado traslado a las demás partes por cinco días, el Ministerio Fiscal y a la representación de Don Borja Casillas Toledo interesan la desestimación del recurso. Remitidas las actuaciones a esta Sala para la resolución del recurso interpuesto, se designó ponente al Magistrado Pedro Joaquín Herrera Puentes y, tras la correspondiente deliberación y votación, quedaron las actuaciones pendientes de la correspondiente resolución judicial.





RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El ejercicio de la acción penal mediante querrela/denuncia no es un derecho incondicionado a la plena sustanciación y continuación del proceso hasta que se celebre el juicio y se dicte finalmente sentencia.

Dicha actuación es compatible con la posibilidad de acordar antes de llegar a juicio:

a) un sobreseimiento libre, (archivo definitivo), entre otros motivos por considerar que los hechos objeto de investigación no son susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal; y

b) un sobreseimiento provisional, (archivo provisional), entre otros motivos cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos objeto de investigación, no existan indicios racionales solventes que avalen razonablemente su realidad. En este segundo supuesto, una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común conduce a sostener que no se justifica la continuación de un proceso penal para la investigación de unos hechos carentes de la necesaria base indiciaria de criminalidad, 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.

No obstante, para acordar alguna de las decisiones referidas es necesario la existencia de una valoración jurídica de la misma, de conformidad con las consideraciones expuestas, que puede conducir a esos resultados. Tales decisiones obviamente no vulneran la tutela judicial efectiva del querellante o denunciante 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 sustanciación plena 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 se inadmite o archiva antes de juicio (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).”

SEGUNDO.- La jueza de instrucción en el momento procesal en el que le toca resolver sobre la cuestión, de manera detallada da cumplida y cabal respuesta a la misma, compartiendo por tanto esta Sala los argumentos que le han llevado al sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

La parte apelante pretende con su recurso que se deje sin efecto esa decisión y que se acuerden la práctica de las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

Respecto a esto último no se debe olvidar que corresponde a la titular del Juzgado decidir la procedencia de concluir la instrucción y, en tal sentido, no cabe duda que la decisión adoptada se ha tomado cuando se han practicado las imprescindibles y necesarias diligencias de investigación. No es necesario continuar con la investigación, la misma está agotada, tal y como se deriva de las actuaciones, en las que se ha oído como investigado a Borja Casillas Toledo, (conocido como “Drag Sethlas), y donde se ha tenido la oportunidad de ver y también oír su actuación durante la Gala Drag Queen del Carnaval de Las Palmas de Gran Canaria de 2017, destacando estas dos diligencias como las más relevantes e imprescindibles para poder determinar el alcance de la conducta objeto de examen en esta alzada.





Llegados a este punto, y a costa de ser reiterativos, es de señalar que el art. 525 del C. Penal entronca normativamente con los arts 14 y 16 de la Constitución Española y con los arts 1º, 6º y 7º de la LO 7/1980, de 5 de Julio. El bien jurídico directamente protegido es la libertad de conciencia en el ámbito religioso y, de forma indirecta, la dignidad de las confesiones religiosas; sin olvidar que también se protege en ese marco normativo no solo los sentimientos de las personas que profesan una determinada religión sino también los de aquellas personas que no profesan religión alguna. El elemento objetivo a destacar ahora es principalmente el escarnio público de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de la religión católica y, de manera más circunstancial, la vejación pública hacia quienes la profesan. Ambos elementos típicos coinciden en que deben manifestarse públicamente, es decir, tienen que tener trascendencia y por ende proyectarse y exteriorizarse, sin necesidad de que sea llevados a efecto en un lugar sacro. Por escarnio ha de entenderse la mofa, burla o ridiculización y por vejación el trato insultante y perjudicial. Además, ha de concurrir ese elemento subjetivo que caracteriza a este delito doloso, cual es la intención ofensiva, es decir, la ofensa dirigida a los sentimientos religiosos atacados, equiparando esa intención con la burla tenaz que se hace con el propósito de afrentar, (escarnio), y con la que deriva de un modo de proceder denigrante y humillante contrario a los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa.

Dicho esto, hay que tener presente el ámbito temporal y espacial en el que se desarrolla la acción denunciada, (Gala Drag Queen del Carnaval de Las Palmas de Gran Canaria del año 2017). Y, por tanto, no se debe perder de vista que durante el Carnaval, (fiesta pagana muy asentada en países de tradición católica), se combinan diferentes y característicos ingredientes tales como disfraces, murgas, cabalgatas, bailes y fiestas en la calle; siendo especialmente relevante en esta ciudad las galas de elección de las reinas del carnaval y la gala "drag queen". Esta última, que es la que nos interesa, con el paso del tiempo se ha ido afianzando y consolidando como la más peculiar y original, con una gran repercusión pública y mediática no solo a nivel local y autonómico, sino también nacional y diría que internacional. Tal gala se desarrolla en ese, y no en otro, periodo festivo en el que prima la permisividad y el jolgorio y se dejan a un lado por un corto espacio de tiempo los esquemas habituales y reglas de conducta que rigen nuestro quehacer cotidiano. Se caracteriza además tal espectáculo por su naturaleza transgresora, por su tolerancia y apertura con la temática y por su exagerada y atrevida puesta en escena.

Así pues, dentro del contexto descrito no cabe buscar afrentas ni conductas ofensivas, sino más bien conductas arriesgadas y osadas y, en cierto modo, agitadoras, como así fue la que escenificó el denunciado en su papel de "Drag Sethlas", quien apoyó su interpretación en la simbología y oraciones católicas. Utilizó a su manera, en sus llamativos y peculiares disfraces, la figura de Jesucristo crucificado y la de la Virgen María en un paso procesional con personas vestidas de nazarenos. En definitiva, tomó como referencia imágenes, ceremonias y concretos actos conectados con la religión católica, mezclado todo ello con baile y música y con el sentido provocador y transgresor que caracteriza a esa gala. Pero, como bien se indica en la resolución judicial recurrida, en modo alguno cabe de su conjunto deducir que el "actor" haya cuestionado los dogmas y ritos de esa concreta confesión, ni que haya ofendido los sentimientos religiosos. Es una representación donde lo figurativo e innovador prevalece frente





a cualquier otro aspecto. Puede llamar más o menos la atención, puede gustar o no gustar, puede resultar incómoda, incluso excesiva y molesta, más lo que no se puede hacer es descontextualizarla de ese concreto y puntual ambiente y entorno y, por ende, no ha de ser catalogada, si quiera prima facie, de delictiva por la falta total de intencionalidad ofensiva. No cabe hablar de escarnio en el sentido expuesto, (no hay burla tenaz con propósito de afrenta), tan solo un uso ocasional de esa referida simbología con fines transgresores y artísticos, sin que se infiera un ánimo ofensivo, ni directo ni indirecto, contra la religión católica ni contra los sentimientos religiosos de los miembros que profesan tal confesión.

Por todo ello, esta Sala comparte el contenido de la decisión judicial recurrida, (la cual además solo se ha quedado en el sobreseimiento provisional cuando bien pudo optar por el libre y definitivo), y, en consonancia con ello, se desestima, sin necesidad de ahondar más en la materia, el recurso de apelación interpuesto.

TERCERO.- La denuncia en su día presentada motivó la incoación de diligencias penales y la práctica de diligencias de investigación que derivaron en la resolución de archivo ahora recurrida. De ahí que se considere que el inicio del procedimiento penal estuviese justificado, no así su pretendida y fallida continuación, una vez archivado, que es lo perseguido con el recurso de apelación interpuesto y desestimado.

Por consiguiente, una primera conclusión que se alcanza en este apartado es que no cabe pronunciamiento condenatorio sobre las costas procesales de la primera instancia, Si bien, tal conclusión no cabe extenderla al tratamiento de las costas procesales derivadas de la tramitación del recurso de apelación interpuesto.

A este último respecto caben tres soluciones posibles:

1º.-Aplicar las normas generales de los artículos 239 y ss. puesto que las mismas rigen también con relación a las "sentencias que pongan término a la causa". Esta solución estaría amparada en el tenor literal de la ley, pero sin duda supone aplicar un régimen de condena en costas previsto para los procesos a los recursos por lo que resulta extremadamente inadecuado por ello.

2º.- Aplicar analógicamente a estos supuestos las normas del recurso de casación.

3º.-Aplicar por supletoriedad y ante la falta de regulación expresa las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil . La misma regula la condena en costas en los recursos de apelación y el art. 4 de la misma dispone que en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales , serán de aplicación a los mismos los preceptos de la misma. En concreto, en su art. 398 dispone que cuando sean desestimadas todas las pretensiones del recurso se remite al art. 394, de modo que las costas se imponen a quien vio rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En lo casos de estimación total o parcial no se condenará en costas a ninguno de los litigantes. Como se observa, la diferencia con relación a las normas del recurso de casación penal radica únicamente en la posibilidad de no condenar en costas a pesar de la desestimación total del recurso cuando el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho.

En cuanto a la práctica judicial la situación es generalmente sorprendente. Basta con consultar cualquier repertorio de jurisprudencia de la Audiencias Provinciales para observar que en numerosas ocasiones en el fallo se declaran las costas de oficio, sin ningún apartado sobre la





materia en los fundamentos; o se dice en ellos literalmente que "Procede declarar de oficio las costas de la presente alzada", repitiendo la expresión en el fallo; o cuando se desestima el recurso se indica sin más en el fallo que "todo ello con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta segunda instancia al recurrente", con total orfandad en la fundamentación aunque se está aplicando el criterio del vencimiento. Desde luego, el grueso de los recursos de apelación son los interpuestos por condenados con derecho a la asistencia jurídica gratuita y sin más contraparte que el fiscal; en esas condiciones la falta de relevancia práctica de la condena en costas conduce a no prestar demasiada atención o trabajo al asunto. También es práctica habitual que sobre la imposición de las costas de los recursos nada se diga o pida en los escritos de las partes.

Expuesto lo antecede, esta Sala se inclina en esta materia por la aplicación por supletoriedad de la regulación de la LE Civil con base en:

1º.- No está regulada la misma en la L.E.Cr . y comprender el caso en el art. 239 bajo la expresión *sentencias definitivas* es interpretar literalmente dicha norma con olvido de las reglas de la lógica y de la teleología: la norma está pensada para los procesos, no para los recursos y en ella los pronunciamientos se enlazan con lo que suceda sobre la declaración de la responsabilidad criminal.

2º.- En cuanto a la aplicabilidad de las normas reguladoras de la condena en costas en los recursos de casación, en este caso hay unos criterios de imposición de costas más detallados (abarcan, como veremos, el recurso desierto, desistimiento, estimación y desestimación) y específicamente previstos con relación a un recurso , pero extraordinario, mientras que la apelación tiene la naturaleza de recurso ordinario. Además en realidad no parece procedente recurrir a la analogía cuando la propia ley declara una norma supletoriamente aplicable al caso: la analogía parte de no existir norma que contemple el supuesto al que se trata de aplicar una regla general; la supletoriedad en cambio supone la existencia de norma que regula el mismo supuesto, pero para los procesos de otro orden jurisdiccional en nuestro caso. Dicho de otra forma: *la supletoriedad es preferente a la analogía* .

Así las cosas, y en virtud del criterio del vencimiento, las costas de esta alzada se impone a la parte apelante, cuyo recurso se ha desestimado.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

LA SALA RESUELVE: **Desestimar** el recurso de apelación interpuesto por la parte denunciante contra el auto de 11 de Diciembre 2017 dictado por el Juzgado de Instrucción Ocho de Las palmas, con la consiguiente ratificación del sobreseimiento y archivo de las actuaciones acordado. Todo ello, con imposición de las costas procesales derivadas de esta alzada a la parte apelante y sin hacer expresa imposición de las costas derivadas de la primera instancia.

Lo mandaron y firmaron los Ilmos. Sres. del margen, de lo que certifico

