



Roj: **AAP CE 295/2017 - ECLI:ES:APCE:2017:295A**

Id Cendoj: **51001370062017200295**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ceuta**

Sección: **6**

Fecha: **18/12/2017**

Nº de Recurso: **236/2017**

Nº de Resolución: **273/2017**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **EMILIO JOSE MARTIN SALINAS**

Tipo de Resolución: **Auto**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ, SECCIÓN SEXTA. CEUTA.**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6CEUTA**

AUTO: 00273/2017

**UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

C/PADILLA S/N. EDIFICIO CEUTA CENTER 2ª PLANTA

Teléfono: 956510905

Equipo/usuario: MDG

Modelo: 662000

N.I.G.: 51001 41 2 2017 0001156

**RT APELACION AUTOS 0000236 /2017**

Delito/falta: DESCUBRIMIENTO DE SECRETOS

Recurrente: Secundino , MINISTERIO FISCAL

Procurador/a: D/Dª ANGEL RUIZ REINA,

Abogado/a: D/Dª FERNANDO MARQUEZ DE LA RUBIA,

Recurrido:

Procurador/a: D/Dª

Abogado/a: D/Dª

**AUTO**

**PRESIDENTE** : Ilmo. Sr. don Fernando Tesón Martín.

**MAGISTRADOS** : Ilmos. Srs. don Rosa María de Castro Martín y don Emilio José Martín Salinas.

**PONENTE**: Ilmo. Sr. don Emilio José Martín Salinas.

**En Ceuta, a dieciocho de diciembre de dos mil diecisiete.**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La procuradora María de la Cruz Ruiz Reina presentó el día 22/02/2017 en representación de Secundino una denuncia, en la que puso de manifiesto los siguientes hechos, que indicó que podrían ser constitutivos de los delitos de revelación de secretos y de incitación al odio:

*"PRIMERO.- FECHA Y LUGAR DE COMISIÓN DE LOS HECHOS*



Los hechos ocurrieron en Ceuta el día 21/02/17 a partir de las 14:22 y 14:23 horas mediante dos publicaciones con vídeos en la Red Social Facebook.

Los denunciados pertenecen a un grupo de Facebook de Ceuta que se denomina "Radio Patio Ceuta".

#### SEGUNDO.- AUTOR DE LAS PUBLICACIONES CON VIDEOS EN LA RED SOCIAL FACEBOOK

Dentro del grupo de "Radio Patio Ceuta", el día y hora señalado, por parte del usuario de la red social facebook con perfil de " DIRECCION000 ) publicó dos videos en la red social.

Vídeo número 1:14.22

Se publica un video de D. Secundino , haciendo muecas en un vehículo y bailando con el siguiente comentario en la publicación "Aquí tenéis peperos riéndose de vuestros votos desde el caribe".

Video número 2: 14.23

Se publica un vídeo de D. Secundino cantando y bailando en un descapotable en Cuba con el siguiente comentario en la publicación "Aquí tenéis otro video burlándose de todos los votantes del pp tenemos lo que nos merecemos".

#### TERCERO.- COMENTARIOS GRAVEMENTE OFENSIVOS, INJURIOSOS Y DIFAMADORES DE LOS DENUNCIADOS.

Que inmediatamente a la publicación de los videos, comienzan a emitirse comentarios altamente difamatorios contra mi patrocinado, tales como "maricón" o "coquero" (consumidor de cocaína).

En el vídeo 1 son autores de los comentarios que consideramos altamente difamatorios los siguientes usuarios:

- El usuario de perfil " DIRECCION001 "

A las 16:49: "Ya caerá el cokero estará coloco"

A las 20:06: "Está buscando al negro del wasaps"

A las 23:42: "Y cokero enganxao"

- La usuaria " DIRECCION002 ".

A las 16:27: "Una maricona del pp"

- El usuario de perfil " DIRECCION003 ".

A las 23:20 "parece maricón".

- El usuario: DIRECCION004 :

A las 23.23 "Es que lo es"

En el vídeo 2 son autores de los comentarios que consideramos altamente difamatorios los siguientes usuarios:

- El usuario " DIRECCION005 "

A las 16.51: "Joder!...lo que hace la coca...cola".

- El usuario de perfil " DIRECCION001 "

A las 16.55: "la coca loca jajajaja"...

- El usuario de perfil " DIRECCION006 "

A las 15 horas "Gays no...maricones".

- El usuario de perfil " DIRECCION007 "

A las 14. Horas:

"No veas los pencos estos como se o pasan míralo donde está siempre supe quien era este cabrón".

"No veas como se les sub a algunos las burbujas de la Coca-Cola..."

**SEGUNDO.-** Recibida la denuncia anteriormente indicada por la autoridad judicial, se dictó un auto el día 10/03/2017 en el que se dispuso la incoación de diligencias previas del procedimiento abreviado, se oyera en declaración al denunciante y que por el Cuerpo Nacional de Policía se realizasen las investigaciones necesarias para esclarecer los hechos, oyéndose a cuantas personas estuvieran implicadas en ellos.



**TERCERO.-** Llevadas a cabo algunas actuaciones indagatorias por la instructora, se dictó un auto el día 18/09/2017 en el que se dispuso el sobreseimiento libre de las actuaciones. Dicha decisión se fundó en lo siguiente:

*"...Interrogados los investigados, reconocen haber escrito dichos comentarios en Facebook. No se puede negar la falta de respeto o de mal gusto de los mismos. No obstante, no debe calificarse como incitación al odio, toda vez que no son de semejante entidad para ello. Podrían encuadrarse en lo que en su día se calificaba como falta de injurias, figura ahora destipificada, pero no se entiende que tengan la envergadura suficiente como para calificarlo como delito.*

*Todo ello, sin perjuicio de quedar abierta la vía civil por si entendiera el denunciante que se ha atentado contra su derecho al honor... "*

**CUARTO.-** La procuradora María de la Cruz Ruiz Reina interpuso el día 25/09/2017 en representación de Secundino un recurso de apelación contra el auto de sobreseimiento libre. Solicitó en él que se revocara y se ordenara la continuación del procedimiento. Alegó en apoyo de ello, en esencia, que los hechos denunciados eran constitutivos de un delito de incitación al odio por las siguientes razones:

*"...las expresiones vertidas no sólo atenta contra el honor de mi patrocinado y que por las mismas pudieran ejercitarse las acciones civiles correspondientes, sino que además de sumamente graves y difamatorias pudieran ser también constitutivas de un delito de odio del artículo transcrito.*

*Los insultos y difamaciones ("cocainómano", "penco", "maricón") no se le realizan a D. Secundino por ningún tipo de desavenencia anterior con los denunciados, sino que los mismos vienen motivados por las específicas circunstancias de que mi patrocinado ha sido un personaje público, político del Partido Popular y de condición homosexual.*

*Mi patrocinado no conoce a ninguno de ellos ni tiene ningún tipo de relación personal o profesional con los denunciados, estos tampoco tienen un motivo especial o inquina concreta contra el Sr. Secundino , los denunciados lo insultan gravemente por su cargo público, sus ideas y su orientación sexual... "*

**QUINTO.-** El Ministerio Fiscal se opuso al recurso de apelación mediante un escrito presentado el día 23/10/2017 en el que alegó que, aunque los comentarios pudieran ser impropios, ofensivos e incluso anacrónicos, carecían de la relevancia penal que se le pretendía atribuir por Secundino , pues se requeriría que se incentivaran "..."actitudes de auténtica hostilidad", *exigiendo un componente de agresividad en el discurso incompatible con la libertad de opinión y de expresión, de tal forma que la generación directa de actitudes hostiles en los receptores del mensaje constituya la "antesala de la violencia"...* ", lo que no ocurría en el presente caso.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Como se ha indicado con más detalle en el antecedente de hecho primero y segundo, se incoaron diligencias previas del procedimiento abreviado, esencialmente, para investigar la verdadera naturaleza y circunstancias de la publicación de dos videos y de unos comentarios al hilo de ello, allí transcritos, que se habrían realizado a través de una red social, así como las personas que los habrían llevado a cabo conforme con los artículos 299 , 757 , 774 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Realizadas una serie de indagaciones con tal fin se dictó el auto ahora apelado, en el que se dispuso el sobreseimiento libre de las actuaciones. Dicho pronunciamiento no se sustentó en precepto legal alguno, pero tendría cabida dentro de las previsiones de los artículos 779.11<sup>a</sup> y 637.2<sup>o</sup> del citado cuerpo legal , puesto que se razonó en su apoyo que ninguna de las actuaciones objeto de la causa tendrían encaje hoy en día en infracción penal alguna, como se ha expuesto con más detalle en el antecedente de hecho tercero. El apelante discrepa de ello argumentado, según se ha referido en el antecedente cuarto, que los hechos sí tienen relevancia penal, en concreto dentro del artículo 510.1.a) del Código Penal . Tal conclusión no puede compartirse, como también entendió el Ministerio Fiscal. En él se castiga lo siguiente:

*" Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad "*

Como se extrae de lo expuesto en el apartado XXVI de la exposición de motivos de la ley orgánica 1/2015, en el que se introdujo el tipo penal citado para acomodar nuestra legislación a la sentencia del Tribunal Constitucional número 235/2007 y a la decisión marco 2008/913/JAI , y más allá de la intrincada redacción de la norma, que trata muy loablemente de cerrar cualquier hueco a la impunidad pero lo hace a costa de su



claridad, lo que pretende sancionar son actos que, por su contenido y forma, tengan virtualidad para generar un clima de animadversión hacia ciertos colectivos en general o a integrantes de los mismos en particular, a los que se rechaza como los otros, los que no son iguales y por esa razón se quiere excluir de la comunidad, hasta el punto de engendrar en la población esa reacción de odio, hostilidad o violencia a la que expresamente se refiere el precepto. Desde cualquier perspectiva que se quiera analizar, tiene que descartarse y podía hacerse desde un principio que hubiera algo de ello en la publicación de los videos y los comentarios que se refieren al recurrente.

**SEGUNDO.-** Cuestión diferente de la expuesta en el fundamento de derecho anterior es si las conductas que se denunciaron tendrían cabida en otras infracciones penales. No puede olvidarse que, en principio y sin perjuicio de lo que luego se dirá, lo verdaderamente importante son los hechos que se pongan en conocimiento de la autoridad judicial, no su calificación jurídica. Ellos son el objeto de los procedimientos penales, no las infracciones penales que puedan constituir. Partiendo de tal base, lo primero que tiene que analizarse es si lo ocurrido en la red social entraría en el ámbito del artículo 510.2.a) del Código Penal . En la citada norma se sanciona lo siguiente:

*" Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución "*

En atención a lo expuesto en el mismo apartado de la exposición de motivos de la ley orgánica 1/2015 al que antes se ha aludido y de su descripción típica deben hacerse las siguientes consideraciones sobre esta infracción:

1.-El núcleo de la acción está presidido por una afectación a la dignidad de las personas. A este respecto debe tenerse en cuenta que a todo ser humano, por el mero hecho de serlo, se le atribuye tal atributo, que tiene que ser respetado por sus conciudadanos y los poderes públicos, como reconoce el artículo 10.1 de la Constitución Española , que indica, además, que ello constituye un fundamento del orden político y la paz social. Existen muchas manifestaciones del mismo, como pueden ser el honor o la integridad moral, a modo de ejemplo, y para cuya tutela como bienes jurídicos dignos de protección penal se establecen también otras infracciones penales, como las recogidas en los artículos 173 y 208 del Código Penal .

2.-No toda afectación de la dignidad de las personas es castigada, sino aquella en la que los sujetos activos tengan en su obrar una motivación discriminatoria, es decir, se haga daño a los demás, humillándolos, desacreditándolos o despreciándolos por ser diferentes, no dignos de la misma consideración que ellos, lo que, a su vez, matiz permite distinguir esta conducta de las sancionadas por otros preceptos como dos últimos indicados.

3.-La afectación de la dignidad tiene que tener una cierta relevancia. Debe ser grave.

En el caso que nos ocupa se publicaron dos videos y se hicieron comentarios poco edificantes de una persona ligados a su relación con un partido político y su condición sexual fundamentalmente, como se destacó en el recurso. Ahora bien, no puede confundirse utilizar dichos perfiles personales para insultar a una persona o encontrar en ello una excusa para hacerlo, por mucho que sean de mal gusto, como señaló la instructora, anacrónicos, como los calificó el Ministerio Fiscal, e incluso de escasa perspicacia por su infantilidad y por utilizarse un medio que permite dejar constancia de su existencia y autor, lo que añade este Tribunal, con una finalidad de exclusión de la comunidad, como si el recurrente, como destinatario de ellos, fuera alguien que debiera ser apartado, que es patente que resulta ajena a los hechos denunciados, que se enmarcan fuera de cualquier duda dentro de la pura crítica política. Sólo podríamos encontrarnos en el supuesto de que pudiera calificarse como grave la actuación llevada a cabo ante un delito de injurias previsto en el artículo 208 del Código Penal , cuya naturaleza privada, como se extrae de su artículo 215, impide no sólo entrar a analizarlo, sino también plantearse que hubiera de continuar el procedimiento. En ese tipo de infracciones el ofendido tiene una plena disponibilidad, siendo él quien debe promover el inicio del procedimiento mediante querrela y propiciar su continuación mediante su no " abandono " conforme con los artículos 275 y 276 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , vinculando al órgano judicial tanto en lo relativo a los hechos que se pongan en su conocimiento como, a grandes rasgos, en su calificación jurídica como delito de tal naturaleza, de ahí que el recurso deba desestimarse íntegramente.

**TERCERO-** Las costas procesales generadas por el recurso deben declararse de oficio conforme con una interpretación conjunta de los artículos 240 y 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No concurre la temeridad o mala fe que justificaría la adopción de un pronunciamiento diferente. No equivale a ello el mero



error de planteamiento en los argumentos esgrimidos, como ha acontecido, siempre que se efectúe dentro de unos márgenes procesales asumibles, que no se han superado en este caso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y preceptiva aplicación, procede resolver lo siguiente:

#### **PARTE DISPOSITIVA**

1) Desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el procurador Juan Carlos Teruel López en representación de Secundino contra el auto que ordenó el sobreseimiento libre de la causa.

2) Declaramos de oficio las costas procesales que pudieran haber generado con ocasión del recurso de apelación.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe interponer, en consecuencia, recurso alguno.

Así lo resolvemos y firmamos los magistrados indicados en el encabezamiento de esta resolución.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ