



Roj: **AAP MU 817/2017 - ECLI:ES:APMU:2017:817A**

Id Cendoj: **30030370032017200651**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **3**

Fecha: **08/09/2017**

Nº de Recurso: **624/2017**

Nº de Resolución: **736/2017**

Procedimiento: **APELACION AUTOS**

Ponente: **ANA MARIA MARTINEZ BLAZQUEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

**MURCIA**

**AUTO: 00736/2017**

-

1- SCOP AUDIENCIA, TLF: 968 229156, FAX: 968 229278

2- EJECUCION TLF: 968 271373 FX: 968 834250

Teléfono: 0

Equipo/usuario: JSF

Modelo: 662000

N.I.G.: 30030 43 2 2016 0027589

**RT APELACION AUTOS 0000624 /2017**

Delito/falta: INJURIA

Recurrente: Gregorio

Procurador/a: D/D<sup>a</sup> JUSTO PAEZ NAVARRO

Abogado/a: D/D<sup>a</sup> ALBERTO LOPEZ FERNANDEZ

Recurrido: MINISTERIO FISCAL

Procurador/a: D/D<sup>a</sup>

Abogado/a: D/D<sup>a</sup>

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA**

**SECCIÓN TERCERA**

Domicilio-Paseo De Garay nº5,5ª Planta (Palacio de Justicia) Murcia

Teléfono: 968229124

Fax: 968229118

Procedimiento: Rollo apelación autos nº 624/2017

**Dimana de Diligencias Previas nº 2.848/2016**

**DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 4 DE MURCIA, ASUNTOS PENALES**

Recurrente: D. Gregorio (Representante Legal de la asociación NO TE PRIVÉS).



**Procurador:** D. Justo Páez Navarro

**Letrado:** D. Alberto López Fernández

**Recurrido:** Ministerio Fiscal

**Ilmos/as. Sres/as:**

**Don Juan del Olmo Gálvez**

amp; n bsp; **Presidente ;**

**Doña Ana María Martínez Blázquez (Pon)**

**Doña María Antonia Martínez Noguera**

amp; n bsp; **Magistradas**

**AUTO N° 736 /2017**

**En la ciudad de Murcia, a ocho de septiembre de dos mil diecisiete.**

## **HECHOS**

**PRIMERO:** El Juzgado de Instrucción nº 4 de Murcia, en las Diligencias Previas nº 2.848/2016, dictó auto con fecha 20 de marzo de 2017 , por el que acordaba a la vez: por un lado, inadmitir a trámite la querrela interpuesta por la asociación NO TE PRIVES contra Sixto ; y por otro, el sobreseimiento libre de la causa conforme a lo dispuesto en el artículo 637.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Contra el anterior auto la representación procesal de la asociación NO TE PRIVES interpuso recurso de apelación.

**SEGUNDO:** Admitido el recurso de apelación, una vez tramitado y deducido testimonio de lo actuado, se remitió a ésta Sección para resolución. En el traslado del recurso, el Ministerio Fiscal se opuso por entender que la resolución recurrida era conforme a derecho.

**TERCERO:** Recibidas las actuaciones en ésta Sección Tercera de la Audiencia Provincial, se formó rollo nº 624/17 y se designó Ponente a la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Ana María Martínez Blázquez, que expresa la convicción del Tribunal.

## **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO:** El Juzgado de Instrucción nº 4 de Murcia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 637 apartado 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , acordó el sobreseimiento libre de la causa porque los hechos objeto de la querrela carecían de relevancia penal. El Juez explica que las manifestaciones denunciadas realizadas por el denunciado con motivo de la apertura del curso universitario de la Universidad Católica San Antonio de Murcia (UCAM) en noviembre de 2015, que recogieron diversos medios informativos, no se refieren a la asociación NO TE PRIVES ni a su representante legal o judicial, ni a ninguna persona física o jurídica en particular relacionada o no con ella, por lo que sin sujeto pasivo determinado no puede haberse cometido el delito de injuria denunciado. Y es más, los hechos carecen de relevancia penal por cuanto las manifestaciones particulares del denunciado entran dentro del marco de su propia libertad de expresión y opinión.

Frente a ello se alza la parte apelante alegando que los hechos denunciados sí son constitutivos de delito porque las expresiones proferidas por el denunciado atentan contra la dignidad de las personas por el mero hecho de pertenecer a un identidad sexual, como son las personas del colectivo que se conoce como LGTB, en concreto contra las personas del mismo sexo que deciden contraer matrimonio, sin que en modo alguno estén amparadas por el derecho de libertad de expresión. El querellado usó expresiones ofensivas y que fomentan el odio y la discriminación, para mostrar su rechazo al matrimonio gay, pues el término abominable hace referencia a algo perjudicial, digno de aborrecer, perseguir y detestar, que genera horror, aborrecimiento y maldad. Por todo ello, se termina interesando que se revoque el auto recurrido y en su lugar se admita a trámite la querrela presentada por la posible comisión de un delito de injurias o subsidiariamente por un posible delito cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución del artículo 510 y ss del Código Penal .

El Ministerio Fiscal, en informe de fecha 12 de junio de 2017, se opone al recurso de apelación toda vez que la frase injuriosa y/o promovedora o incitadora al odio EL MAL LLAMADO MATRIMONIO HOMOSEXUAL ES UNA ABOMINACIÓN A OJOS DE DIOS no puede ser constitutiva de un delito de odio del artículo 510 del Código Penal porque para ello la incitación debe ser directa, concreta, amenazante, definitiva y grave para desplegar la eficacia de la conducta de provocación, lo que precisamente no se da en el presente caso. Esto



**es, la provocación genérica o indirecta no cabe en el precepto penal y es que las declaraciones generales en democracia deben permitirse.**

SEGUNDO: El archivo anticipado de las actuaciones en la fase instructora y la misma desestimación de la querrela no constituyen por sí mismas una violación de derechos fundamentales, sino una posibilidad perfectamente lógica en el proceso penal cuando no se percibe la presencia de hechos delictivos, debe indicarse además que es doctrina reiterada del referido Tribunal que no existe un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino que el mismo es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en la fase instructora que le ponga término anticipadamente ( SSTC 203/1989 y 191/1992 , entre otras), que bien pueden ser el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o, incluso, la inadmisión de la querrela presentada ( SSTC 11/1985 , 148/1987 , 33/1989 , 37/1993 , 217/1994 , 111/1995 , 85/1997 , 120/1997 , 138/1997 , 94/2001 y 129/2001 , entre otras muchas).

La querrela puede desestimarse por entender que los hechos en que se funda no son constitutivos de delito ( art. 313 LECrim .), pues como declara la STC 163/2001, de 11 de julio «... 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 , F. 2), expresando, en su caso, las razones por las que inadmite la tramitación ( STC 148/1987, de 29 de septiembre , F. 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 157/1990, de 18 de octubre , F. 4)»; reiterándose por la STC 163/2001, de 11 de julio 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 ....

**En el presente caso, tal y como recoge el Juez de instancia en el auto recurrido, esta Sala considera que no concurren los elementos propios del delito de injurias, no apareciendo que los hechos descritos en la querrela puedan subsumirse tampoco dentro de otros tipos penales como los tipos penales del artículo 510 del Código Penal .**

**En consecuencia, atendido que la conducta a que la querrela se refiere no puede considerarse injusta --ni siquiera indiciariamente--, a los efectos penales, es por lo que procede su inadmisión a trámite por la razón prevista en el art. 313 LECrim ., al no ser los hechos que ella se relatan constitutivos del delito que se pretende o de cualquier otro. Decisión ésta adoptada por el Juez Instructor que compartimos por ser conforme a derecho.**

TERCERO: En la querrela interpuesta por la asociación NO TE PRIVAS contra Sixto , se indica que éste ha vertido de manera sistemática, expresiones injuriosas contra el matrimonio homosexual, de forma airada, pública y ante un nutrido grupo de personas, como así puede visionarse sin dificultad en internet, siendo la última vez el pasado 11 de noviembre de 2015 al decir, en presencia del Presidente de la Región de Murcia, que EL MAL LLAMADO MATRIMONIO HOMOSEXUAL ERA UNA ABOMINACIÓN A LOS OJOS DE DIOS.

**El Juez Instructor inadmite la querrela por entender que los hechos no son constitutivos de delito alguno.**

**Sentado lo anterior, la cuestión a dilucidar es determinar si la expresión proferida por el querrellado es susceptible de encuadrarse en algún tipo penal, bien el delito de injurias, bien el delito de odio.**

**Pues bien, a los efectos de resolver la cuestión controvertida debemos de partir de que la STS 820/2016, de 2 de noviembre , recuerda que en todos los delitos de expresión suele producirse un conflicto entre el interés protegido por la norma penal y las libertades de expresión y, en su caso, ideológica, conflicto que no admite respuestas simplistas y que debe ser resuelto en cada caso concreto ponderando los intereses en concurrencia. En síntesis, ni la simple vinculación de la conducta con las referidas libertades la legitima situándola al margen del CP, ni el mero encaje formal en el tipo, haciendo abstracción de cualquier otra consideración, determina necesariamente la condena.**

**A tal efecto, debemos partir de la posición preferente que en cualquier sistema democrático ocupa la libertad de expresión, posición preferente que deriva de razones tanto instrumentales como ontológicas. En cuanto a las primeras, se trata de uno de los pilares del Estado social y democrático de derecho, en tanto que cauce del principio democrático participativo. Se trata, en este sentido, de un potente mecanismo de promoción del pluralismo en el debate público, que permite someter a la crítica colectiva las decisiones de quienes detentan el poder. En otros términos: constituye, junto con otros, un instrumento para transmitir ideas y propuestas,**



para intentar convencer a la ciudadanía de las mismas y para mostrar a quien decide el apoyo social con el que cuenta cada propuesta. Es, por ello, una forma básica de control social del poder político.

Pero, más allá de su funcionalidad instrumental para la salud del sistema democrático, se trata de un derecho que constituye un bien en sí mismo, un derecho universal básico, vinculado a la dignidad humana, por lo que es condición central de la legitimidad de un sistema que se funda ontológicamente en la inexistencia de absolutos y, por ello, en la discrepancia, en el derecho a disentir y a expresar, individual y colectivamente, la disidencia. Su entronque con la libertad ideológica es evidente, ya que difícilmente ésta se vería reconocida en su plenitud de limitarse injustificadamente aquélla. En puridad, la libertad ideológica no acompañada de la libertad de expresión queda severamente amputada.

Se ha dicho que uno de los problemas de las limitaciones al discurso es que se aplican por un grupo de seres humanos a otros grupos de seres humanos, de modo que quienes defienden el orden establecido suelen sentirse impelidos a eliminar el discurso no ortodoxo. De adverso, quienes se levantan contra el orden, tienden a vivir intensamente sus creencias así como aquéllas frente a las que se alzan. De todo ello se sigue que el disenso, en el que juegan un papel importante las pasiones, no suele seguir las pautas de expresión de la buena educación. Por otro lado, también es cierto que, por lo general, el objeto de la limitación no suelen ser las expresiones, sino las consecuencias que se temen de ellas, lo que exige ser muy cuidadoso para evitar usos defensistas del poder punitivo propios de sistemas autoritarios. Y es que una intervención penal prematura, prohibiendo cualquier expresión de actitudes o prejuicios que, a juicio de quien aplica la norma, pudiera alentar la injusticia o la desigualdad, podría sesgar injustificadamente el proceso de formación de la opinión colectiva, lo que, además, podría ocurrir sobre la base del juicio subjetivo del aplicador en cada caso. Finalmente, la existencia de determinados márgenes de ambigüedad o vaguedad inherentes al lenguaje puede dar lugar a que, si no se es riguroso en la interpretación legal, acaben siendo sancionadas conductas no merecedoras de reproche por su falta de lesividad real. Y cuando decimos sancionadas, englobamos en el término a las conductas meramente investigadas, ya que toda investigación implica, aun temporalmente, la sujeción de la persona investigada al poder represivo del Estado. El hecho de que ello pueda generar lo que la doctrina constitucional ha denominado efecto desaliento del ejercicio del derecho fundamental, es razón más que suficiente para elevar las cautelas.

Tales premisas han de tomarse en consideración y son las que nos lleva a entender que la mera difusión de ideas, por sí sola, nunca puede constituir delito. En otro caso, se produciría la sanción penal sin concurrir lesión ni puesta en peligro de bien jurídico alguno, ante la simple posibilidad de que alguien pudiera ser convencido por el discurso de modo que pudiera acomodar su conducta futura al mismo. Es necesario, por ello, distinguir entre la difusión de ideas (impune) y la ejecución de conductas expresivas lesivas de derechos e intereses de terceros.

A tenor de lo expuesto, el recurso de apelación debe ser desestimado y confirmada la resolución de la instancia.

En primer lugar, por lo que respecta al delito de injurias compartimos con el Sr. Magistrado que no puede entenderse indiciariamente cometido porque las expresiones denunciadas no van dirigidas contra una persona concreta.

Y en segundo lugar, por lo que respecta al delito de odio, introducido vía recurso de apelación, resulta que tampoco se dan los requisitos necesarios.

El artículo 510 del Código Penal dispone que:

*1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:*

*a) 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.*

*b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar 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.*



**c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o 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, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.**

**2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:**

**a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos 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 produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.**

**b) 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.**

**Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.**

**3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.**

**4. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.**

**5. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en el delincuente.**

**6. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.**

**En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.**

**El artículo 510 del Código Penal supone la traslación al plano legislativo del compromiso asumido por España cuando ratificó la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965 y así lo refleja la propia exposición de motivos que justifica la nueva regulación en la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchar contra ella. Ello resulta tanto más urgente cuando se presenta la reaparición en la guerra que asola la antigua Yugoslavia de prácticas genocidas que los pueblos europeos creían desterradas para siempre, proclamándose luego el objetivo de luchar contra la violencia racista y antisemita, objetivo en el que se inscribe el artículo 510.**



Respecto a la conducta típica del número primero del artículo 510 del Código Penal , la provocación debe dirigirse a la discriminación o a la violencia que ha de entenderse en sentido estricto destinada a la realización de determinados delitos contra grupos o asociaciones por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía. Asimismo cuando la provocación va dirigida al odio ha de interpretarse en un sentido restrictivo como actitud de rechazo irracional concretada, en todo caso, mediante una incitación directa siempre y cuando se pretenda materializar una conducta constitutiva de delito.

En el presente caso, no concurre ninguno de los requisitos citados.

Del contenido de la querrela se desprende que la frase EL MAL LLAMADO MATRIMONIO HOMOSEXUAL ES UNA ABOMINACIÓN A OJOS DE DIOS es proferida en el ámbito de una Universidad Católica con ocasión de la apertura del curso académico.

Pues bien, visto el contexto en el que se vierte la expresión denunciada y su tenor, en especial la referencia que se hace a DIOS, entendemos que las manifestaciones proferidas no dejan de ser más que una manera de expresar, aunque sí un tanto desafortunada, una opinión o crítica hacia la nueva legislación que ha permitido la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo, pero no en sí contra el colectivo de homosexuales y lesbianas. El querrellado al decir la citada frase no está mostrando desprecio hacia el colectivo en sí ni tampoco está incitando a la discriminación hacia él o provocando una acción violenta contra el mismo, sino que expone su oposición al matrimonio entre personas del mismo sexo y desde el punto de vista puramente ideológico o teólogo. Téngase presente cual fue la reacción del sector tradicional de la Iglesia cuando comenzó a reconocerse la posibilidad de contraer matrimonio entre las personas del mismo sexo, las críticas y la oposición mostrada al chocar con la idea arraigada de la unión entre un hombre y una mujer, que siempre ha tenido del sacramento del matrimonio.

Por tanto, no puede estimarse que con la citada frase se incite directamente contra el grupo o colectivo como el de los homosexuales y lesbianas mediante una provocación directa a la comisión de delito, sino que va dirigida más bien contra la nueva modalidad de matrimonio introducido por la Ley estatal entre personas del mismo sexo, que en su opinión no está sujeto a los requisitos tradicionalmente establecidos por la Iglesia (DE DIOS).

En consecuencia, desestimamos el recurso de apelación interpuesto.

**CUARTO:** Se declaran de oficio las costas de esta apelación ( artículos 239 y 240 Lecrim ).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### **PARTE DISPOSITIVA**

**LA SALA ACUERDA:** Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la asociación NO TE PRIVES contra el auto de 20 de marzo de 2017 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Murcia en Diligencias Previa N° 2.848/2016, Rollo de Apelación N° 624/2017 , confirmándolo íntegramente.

Se declaran las costas de oficio.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Devuélvase la causa al Juzgado de procedencia con certificación de la presente resolución.

Así, por este nuestro auto, lo acordamos, mandamos y firmamos.