



Roj: **AAP B 2140/2015 - ECLI:ES:APB:2015:2140A**

Id Cendoj: **08019370102015200004**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **10**

Fecha: **09/06/2015**

Nº de Recurso: **404/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JOSE ANTONIO LAGARES MORILLO**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**

### **SECCIÓN DÉCIMA**

Rollo Apelación núm. 404/15

Diligencias Previas núm. 309/15

Juzgado de Instrucción núm. 3 de Terrassa

### **A U T O**

**Ilmos e Ilma Magistrados/a**

**Sr. JOSÉ MARIA PLANCHAT TERUEL**

**Sra. CARMEN SÁNCHEZ ALBORNOZ BERNABÉ**

**Sr. JOSÉ ANTONIO LAGARES MORILLO**

Barcelona, a nueve de junio de dos mil quince.

### **HECHOS**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Terrassa se dictó con fecha 10 de febrero de 2015 auto decretando el Sobreseimiento Libre de las actuaciones, que fue recurrido en reforma por el Ministerio Fiscal y la denunciante Esther , recurso que fue desestimado por auto de 19 de marzo de 2015 contra el que interpuso recurso de apelación el Letrado Manuel Giménez Guàrdia en defensa de los intereses de Esther .

**SEGUNDO.-** Habiendo sido admitida a trámite la apelación, se dio traslado de la misma al Ministerio Fiscal quien se adhirió al recurso, interesando ambos la revocación del auto recurrido y la continuación de las actuaciones, remitiéndose los autos a esta Sección, donde tras designarse Magistrado ponente al Ilmo. Sr. JOSÉ ANTONIO LAGARES MORILLO y haberse efectuado los trámites oportunos se señaló el día 9 de junio de 2015 para celebrar la deliberación votación y fallo, quedando los mismos pendientes de resolución. El Ponente expresa el parecer unánime del Tribunal.

### **RAZONAMIENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO.-** La parte apelante impugna el auto de sobreseimiento libre dictado por el juez instructor por entender que si bien pudieran no concurrir los requisitos del tipo del art. 510 del CP ello no impide calificar como falta de vejaciones graves las manifestaciones expresadas a través de Facebook por un usuario que se hace llamar Landelino , quien, con ellas, ha injuriado al menos al colectivo LGTBIQ con expresiones claramente homofóbicas, identificando la condición de sus miembros con una enfermedad. En su opinión, para que exista la vejación injusta basta con cualquier conducta dirigida a molestar o denigrar a otra persona sin justificación alguna perturbando su vida cotidiana, y en concreto la falta del art. 620 del CP supone una lesión



a la consideración pública de la víctima o al sentimiento individual de su dignidad o propia estima, en este caso del colectivo representado por la denunciante. Critica la decisión judicial porque, a pesar de reconocer que las expresiones sugieren que la homosexualidad es una enfermedad considera que ello no está tipificado como delito en nuestro ordenamiento ni son constitutivas de una falta de vejaciones injustas o de injurias dirigidas contra una persona determinada, y en concreto contra la Sra. Esther , sino que están amparadas por la libertad de expresión. Finalmente estima que hay una provocación directa ante el colectivo y hacia la persona del alcalde de Terrassa y contra toda persona que se sienta destinataria de dichas vejaciones por atentar contra su estima y dignidad, habiendo emitido dichas expresiones por un procedimiento que facilita su publicidad incitando a la discriminación y a actos de odio que pudieran ser constitutivos de delito.

**SEGUNDO.**- El art. 779.1.1ª de la L.E.Crim . establece que "1. Practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones:

1ª Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo."

En relación a dicho precepto el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en sentencia de fecha 23 de Noviembre 2.005 , indica que "tras la reforma de la Ley 38/2002 de 24 de octubre, que entró en vigor el 28.4.2003, la redacción del art. 779.1.1ª es más precisa que la contenida en el precedente art. 789 derogado. Así, entre otros extremos, el apartado primero del núm. 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... Si aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiera autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo"), establece claramente la aplicación del sobreseimiento libre cuando el hecho no es constitutivo de infracción penal y del sobreseimiento provisional en los casos en que no aparezca suficientemente justificada su perpetración. Cuando no es conocido el autor de un hecho constitutivo de delito debe acordarse el archivo provisional. Con ello, se resuelve la anterior confusión sobre la posible equivalencia entre el sobreseimiento libre y el archivo, ya que ahora éste es una consecuencia del precedente sobreseimiento y no tiene autonomía propia".

En el mismo sentido, y como indica la Audiencia Provincial de Tarragona en Auto de fecha 12 diciembre 2005 , "el art. 779-1 LECrim ., vigente, tras la Ley 38/2002 de 24 de octubre, ha reforzado incluso la labor de criba del Juez Instructor, introduciendo una importante modificación respecto a la legislación anterior, al permitir el sobreseimiento en fase de Diligencias Previas por tres motivos: No ser el hecho constitutivo de infracción penal (sobreseimiento libre); no haber autor conocido (sobreseimiento provisional); y por falta de justificación del delito denunciado (sobreseimiento provisional). Ello permite al Juez Instructor, bien al presentarse la denuncia o querrela o bien con posterioridad, proceder a una criba de las denuncias o querrelas faltadas de los suficientes indicios de certeza en cuando a su contenido que justifique la incoación de un procedimiento penal y la citación para declarar como imputados de las personas denunciadas, perjuicio éste que debe evitarse cuando contra los mismos no existan tales indicios racionales de criminalidad".

Hay que tener en cuenta, igualmente, reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional que declara que el querellante (pudiéndose trasladar al denunciante que, como ofendido, promueve la actividad jurisdiccional a través de su denuncia) no tiene derecho más que a una respuesta judicial razonada, que bien puede ser el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o, incluso, la inadmisión de la querrela o denuncia presentada ( SSTC 11/1985 , 148/1987 , 33/1989 , 191/1992 , 37/1993 , 217/1994 y 111/1995 ), sin que exista a favor de la parte ius procedatur alguno en aquellos casos en que el órgano judicial entienda razonadamente que la conducta o los hechos imputados, suficientemente descritos en la querrela o denuncia, carecen de ilicitud penal, en cuyo supuesto el derecho a la jurisdicción que ejerce el querellante no conlleva el de la apertura de una instrucción. Ello supone, como inmediata consecuencia, que el Juez, cuando aprecie de forma evidente que los hechos denunciados carezcan de relevancia penal, debe realizar, con la mayor premura, las actuaciones necesarias para el inmediato archivo de la causa (TC, 1ª, S 138/97 de 22 de julio). Por tanto el derecho a la tutela efectiva se satisface cuando en el marco de un proceso jurisdiccional se obtiene una respuesta motivada y razonada en derecho, aunque esta respuesta no sea coincidente con las pretensiones de la parte.

**TERCERO.** - Las expresiones a las que alude la denuncia fueron manifestadas en el Facebook del alcalde de Terrassa Ezequiel , a propósito de publicarse en él que tuvo lugar un acto solemne en el Ayuntamiento de Terrassa para la aprobación del pacto por la diversidad sexual en la ciudad en defensa de los derechos, la libertad y la dignidad de gays, lesbianas, transexuales, intersexuales, bisexuales y queers, dando las gracias a los colectivos que lo habían hecho posible. Dichas expresiones, "colgadas" en el Facebook del edil por persona sin identificar que se hacía llamar Landelino , eran del tenor literal siguiente:



-no se preocupe señor alcalde que haré todo lo posible para que pase por el agujero y lo chuten de ser alcalde, hace falta un alcalde que esté en sus cabales no como vosotros que estáis todos malparados por culpa de los griegos jajaja;

-todo el mundo sufre pero no venga con tonterías de que si los falsos políticos homófobos y los obispos falsos eso sobra usted lo que necesita es un médico y allí dar a que no hallan tantos recortes en los hospitales así quizá usted y su grupo especial tendría una salida mejor;

-y si no me llama y le presento a un par de pibonas que le sacaran los problemas de infancia en unos momentos.

Insinúa la denunciante, que curiosamente denuncia los hechos a título personal y no en nombre y representación del colectivo al que dice representar (pues no se observa en el testimonio remitido por el Juzgado ningún poder o mandato del mismo otorgado a ella y el abogado que firma el recurso también dice actuar en defensa de aquella y no del referido colectivo, sin que por otro lado la misma se haya personado en la causa como parte con procurador que la represente a ella o al colectivo), que las expresiones vertidas podrían ser constitutivas del delito del art. 510 del CP porque incitan a la discriminación y a llevar a cabo actos de odio teniendo en cuenta el medio en el que se vierten que facilita su publicidad.

El art. 510.1 del Código Penal señala que "los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia 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, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. La conducta que define dicho precepto es la provocación directa, esto es, dirigida inequívocamente de forma abierta a generar odio, violencia o discriminación contra grupos o asociaciones por los motivos típicos pero no en el sentido de provocar sentimientos de odio, violencia o discriminación sino a la realización de comportamientos de aquella naturaleza, quedando fuera del ámbito de protección típica la mera exposición y difusión de ideas, incluso discriminatorias, o el ensalzamiento de actos y doctrinas que de forma indirecta justificaran las mismas con el riesgo de poder hacer surgir en otras personas la resolución de delinquir, que integraría la materia de prohibición del artículo 607.2 CP. Dicha provocación debe hacerse además de forma colectiva o a través de procedimientos que facilitaren la publicidad, de manera que alcanzando y/o llegando a un número indeterminado de personas fuera objetivamente susceptible de generar el típico peligro ex ante para el bien jurídico porque, tanto el tipo previsto en el apartado 1 del artículo 510 CP como el previsto en el apartado 2 (como también el previsto en el artículo 607.2 CP) constituyen exponentes de delitos de peligro abstracto (que no de peligro presunto), es decir, de conductas que se prohíben bajo pena porque su realización genera en sí misma un peligro cierto y objetivo para el bien jurídico lo que legitima el adelantamiento de las barreras de protección penal y un peligro de esta entidad sólo es factible cuando la incitación lo es a la comisión de hechos de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos tal y como expresa la STS de 12 de abril de 2011. Asimismo requerirá siempre la constatación de que la conducta se ha llevado a cabo en un contexto en el que la "respuesta" a dicha provocación sea plausible, es decir, que la conducta objetivamente y ex ante, por el momento y lugar donde se lleva a cabo, sea susceptible de incitar o promover a la realización de conductas de la naturaleza típica contra los colectivos típicos lo que obviamente no implica que ex post el peligro se materialice.

No obstante lo anterior, la denunciante en su recurso parece aludir no sólo a la conducta tipificada en el apartado primero del art. 510 del CP sino también a la contenida en el apartado segundo referido a la difusión de informaciones injuriosas sobre el colectivo, precepto que en concreto castiga a "los que con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía". Procede entonces analizar las diferencias entre uno y otro tipo penal:

a) En el plano del tipo objetivo las diferencias radican no sólo en la conducta prohibida que en el primer caso cristaliza en "provocar al odio, a la discriminación o a la violencia" y en el segundo en "difundir informaciones injuriosas", conductas que atendida su conjunta ubicación sistemática y la penalidad idéntica asociada a las mismas hay que entender racionalmente de la misma gravedad, aun cuando la primera incluso semánticamente nos remita a una incitación directa mientras que la segunda nos remite a la obtención del mismo "resultado" (incitar al odio, a la violencia y a la discriminación) mediante un mensaje subliminal o indirecto.

b) El legislador al definir la conducta típica del apartado 2 del artículo 510 CP emplea un término ("difundieren") que es exactamente el término que emplea en el apartado 2 del artículo 607 CP ("La difusión...") y en consecuencia, también por coherencia sistemática, deberá concluirse que en la figura se tipifica una "incitación indirecta" (al odio, a la violencia y a la discriminación) y, en principio, pues, un ataque menos agresivo e



inmediato al bien jurídico por lo que difícilmente resultaría justificable que se vinculara a la realización de esta conducta la misma pena que la asociada a la incitación directa del apartado 1 del artículo.

c) No apreciándose diferencias cualitativas en el tipo subjetivo de ambas figuras penales, la idéntica penalidad vinculada a la realización de ambas conductas únicamente puede fundamentarse de "lege lata" en el mayor desvalor del injusto que implica que la incitación indirecta ("la difusión") al odio, a la discriminación o a la violencia, se lleve a cabo cometiendo dolosamente un delito contra el honor de los miembros del grupo o colectivo como tal ("informaciones injuriosas"), lesionando de modo mediato un ulterior bien jurídico. En otras palabras, la (igual) penalidad se justifica porque el autor, en el supuesto del apartado 2 del artículo 510, incita indirectamente al odio, a la violencia y a la discriminación contra el grupo cometiendo un delito.

En resumen, que mientras que el apartado 1 del artículo 510 prohíbe la incitación directa a la discriminación, al odio o a la violencia in genere por los motivos típicos (a discriminarles, a odiarles o a ejercer violencia sobre los mismos), el apartado 2 prohíbe difundir "informaciones injuriosas" o lo que es lo mismo atribuir a otros hechos que por su naturaleza son tenidos en el concepto público por graves sabiendo que son falsos o con temerario desprecio a la verdad por los motivos típicos, o lo que es lo mismo incitar indirectamente a la discriminación, al odio y a la violencia, cometiendo un delito. El legislador prohíbe, pues, bajo pena la difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones conociendo la falsedad de las mismas o sabiendo que eran falsas con una probabilidad casi rayana en la seguridad, conducta que bajo su aparente simplicidad encierra una multiplicidad de problemas interpretativos:

1º) La conducta punible consiste en difundir informaciones injuriosas y el legislador la prohíbe precisamente porque considera peligrosa dicha difusión; peligrosidad que debe entenderse como capacidad objetiva ex ante de poner en riesgo (de lesión) el bien jurídico protegido, esto es el trato igualitario, la dignidad y las condiciones de seguridad de los colectivos típicos, derechos fundamentales a los que tienen derecho por el hecho de formar parte de la especie humana, al margen de raza, etnia, religión, sexo, capacidad, etc. y su correlativo derecho a no ser discriminado (lesividad material de la conducta). La difusión a la que se refiere el tipo del artículo 510.2 CP constituye un "plus" necesario para que la conducta de verter informaciones (injuriosas) sobre determinado grupo o asociación adquiera relevancia penal; este plus lo constituye el hecho de difundir (que es algo más que escribir, declarar o manifestar una opinión ante un grupo de personas) aquél mensaje en condiciones y situación que suponga en sí misma un peligro para tranquilidad y seguridad de los colectivos determinados que pueden verse afectados (peligro potencial, que no es lo mismo que peligro presunto) por un mensaje indirecto o subliminal de violencia, discriminación o menosprecio. Y para poder engendrar tal peligro tiene que llegar a una generalidad de personas, esto es, el mensaje debe ser público (publicidad por otra parte ligada incluso gramaticalmente con el término difusión) y en un contexto que sin constituir la "antesala de la violencia" de la que hablábamos en relación con el artículo 510.1, no permita excluir ex ante situaciones vivas o latentes de posible discriminación, desprecio o violencia para "el otro", para "el diferente".

Siendo así resultará que: a) si el mensaje discriminatorio no se difunde en el sentido antes expuesto, quedará relegado a un mero juicio de valor o a la atribución de un hecho susceptible de menoscabar la fama o la autoestima susceptible de integrar una infracción penal contra el honor de persona o personas del grupo que lo reciben si se sienten agraviadas por el mismo; b) si su difusión, por las condiciones o la situación en la que tiene lugar, no es susceptible de generar ex ante el peligro (que en ningún caso debe ser concreto) para la seguridad y tranquilidad del grupo o asociación, será exclusivamente susceptible de constituir, de nuevo, una infracción al honor de las personas que forman el grupo o colectivo tal y como definió ya la STC núm. 176/1995 de 11 de diciembre .

2º) La difusión o mensaje lanzado a una generalidad de personas debe serlo de "informaciones injuriosas" sobre grupos o asociaciones, expresión típica a la que, para dotar de significado, debemos vincular necesariamente con el tipo subjetivo, es decir, con el dolo que debe abarcar el conocimiento de que aquellas informaciones son falsas (dolo directo) o tienen una probabilidad casi rayana en la seguridad de serlo (dolo eventual) porque es precisamente el dolo (lo que el autor conoce sobre la información falsa o prácticamente falsa que difunde) lo que hace devenir penalmente relevante "la información" por "injuriosa".

La injuria, infracción penal prevista en el artículo 208 del CP , se define hoy como toda "acción o expresión que lesiona la dignidad de una persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación" de manera que no cabe hacer cuestión de que la información a otro u otros de determinados aspectos oscuros de la vida personal de alguien, la emisión de un juicio de valor o la realización de gestos despectivos en relación con determinada o determinadas personas, pueden menoscabar su fama o atentar contra su propia estimación; sin embargo, por disposición expresa del legislador, solamente serán delito aquéllas que por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves, relegándose a falta las que no reunieren dichas condiciones legales. Por demás, cuando las injurias consistan en imputación de hechos, sólo serán graves, y por lo tanto, delito, cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su





falsedad o temerario desprecio hacia la verdad. De la configuración legal del delito de injurias en relación con la descripción típica del artículo 510.2 objeto de análisis, se infiere que la única interpretación posible de la conducta prohibida en este precepto es la siguiente:

a) El empleo en el texto legal del término "informaciones" vinculado al calificativo "injuriosas" y a la exigencia de que se difundan sabiendo o conociendo con una probabilidad rayana en la seguridad que son falsas, atendido lo dispuesto en el artículo 208 CP y en base a una exigible interpretación sistemática, circunscribe la conducta típica del artículo 510.2 a la falsa imputación de hechos, es decir, a la falsa atribución al grupo o asociación de la comisión de hechos, delictivos o no pero objetivamente susceptibles de menoscabar su fama o atentar contra su estimación.

b) Si el artículo 510.2 del CP alude a que la difusión de las informaciones injuriosas debe serlo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad y éstas (la injurias consistentes en una atribución o imputación de hechos) son delito y no falta (de injurias) sólo cuando son graves, y sólo son graves cuando se realizan con aquel conocimiento o desprecio, la difusión de informaciones injuriosas a las que se refiere el precepto debe serlo de hechos constitutivos de un delito de injurias (no de una falta).

c) Por tales razones, la expresión de juicios de valor sobre grupos o colectivos en relación con las circunstancias típicas (religión, etnia, sexo, etc..) sean constitutivos de delito por ser tenidas en concepto público como graves o lo sean de falta resultan a entender del Tribunal excluidas "ex lege" del ámbito típico del artículo 510.2, pudiendo constituir bien un delito o falta contra el honor o integrar en determinado contexto y según las circunstancias la incitación directa o provocación del artículo 510.1 CP .

3º) Las informaciones injuriosas deben serlo sobre grupos o asociaciones, es decir sobre un colectivo determinado (no así sobre un sujeto singular excepto que la información lo sea como miembro del grupo y por su pertenencia al mismo, caso en que cabría entender que trascienda tácita o explícitamente al colectivo) y deben versar o guardar relación con su "ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía", integrando esta relación información/materia sobre la que recae, el núcleo esencial y particularizado del injusto que le otorga autonomía (frente a la injurias "strictu sensu") y permite considerar, como venimos afirmando, que la figura protege inmediatamente, como bien jurídico supraindividual, el principio de igualdad entendido no como una entelequia sino materialmente como el rechazo y consiguiente proscripción constitucional de discurso del odio como aglutinador de toda forma de discriminación.

4º) En el marco del tipo subjetivo exige el legislador que "las informaciones injuriosas" sean difundidas por el autor "con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad", fórmula al uso utilizada también para definir el contenido del tipo subjetivo del delito de injurias y de la acusación y denuncia falsas que, según doctrina y jurisprudencia, supone en todos los tipos penales en las que se inserta anudar la conducta (sin duda, dolosa) al dolo directo y al dolo eventual a la vez que excluir la exigencia de un plus al dolo constituido por un especial motivo de la acción y se concreta en el que nos ocupa en lo siguiente: conocer el autor que difunde unas informaciones injuriosas sobre el grupo o asociación en relación a las circunstancias típicas que sabe son falsas o que tienen una probabilidad rayana en la seguridad de serlo. Y ello porque la antigua exigencia de "animus iniuriandi" como categoría distinta al dolo, perdió fuerza en el nuevo Código Penal de 1995 que reconfiguró totalmente el delito de injurias en atención precisamente a la salvaguarda penalmente relevante del honor en un Estado democrático de Derecho en el que el derecho a la libertad de expresión aparecía como puntal prevalente ya desde la STC 61/81 de 16 de marzo que le otorgó "carácter básico de toda la ordenación jurídico política.." y "soporte esencial de la convivencia democrática...", y por ello "derecho preferencial sobre los demás para garantizar una opinión pública libre" según términos de la STC núm. 159/86 de 12 de diciembre (caso Egin ). Por ello, la voluntad de menospreciar al sujeto es "el contenido del dolo y no un plus al dolo, un elemento subjetivo del injusto", tesis reiterada en el ATS de 23 de enero de 2003 en el que se dijo textualmente que el hecho no era constitutivo de delito contra el honor "al no evidenciarse que las expresiones fueran proferidas con dolo directo ("con conciencia de su falsedad") o eventual (temerario desprecio a la verdad) por lo que falta el elemento subjetivo para integrar el delito de calumnia o injurias"; posición que ha sido seguida por la jurisprudencia menor en sede del delito de injurias, entre las que cabe citar por su interés la SSAP de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 4ª de 16 de marzo de 2001, de de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 7ª de 19 de julio de 2008, de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8ª de 23 de marzo de 2010, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17 de 13 de diciembre de 2011 y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 6ª de 6 de febrero de 2014.

5º) El legislador, tipificando las conductas descritas en el artículo 510 del CP , había marcado "ex lege" unos límites jurídico penales al ejercicio de la libertad de expresión en general y cuando este derecho constituye a su vez el vehículo del ejercicio del derecho fundamental a la libertad ideológica y a participar activamente en política cuando de supuestos subsumibles en el denominado "discurso del odio" se tratase. Y entre ellos,



había prohibido bajo pena, que se difundieren informaciones injuriosas referidas a determinados colectivos sabiendo que son falsas por el peligro que ello puede comportar de generar conductas discriminatorias, violentas u hostiles contra dichos grupos, alcanzando la prohibición a todas las personas y en cualquier circunstancia incluida la clase política en contienda o batalla electoral. La inclusión o el mantenimiento en el texto punitivo de preceptos como el 510. 1 y 2 CP, al margen de la crítica que pueda merecer el empleo de una técnica legislativa poco rigurosa, constituye una decisión del legislador favorable a una posición legislativa beligerante en relación con un cierto modo de entender la libertad de expresión (en general y en su ejercicio en el marco de la política) como un "todo vale" en esta sede, incluso el discurso del odio, mientras se le anteponga o añada la coletilla de que se lleva a cabo en un Estado democrático de Derecho y para ayudar a conformar una conciencia pública en concordancia con dicha forma de Estado. Expresión ésta -la del discurso del odio- acuñada por la jurisprudencia de los Tribunales supranacionales y organismos como el Comité de Naciones Unidas para definir situaciones en las que se produce la difusión de expresiones que, directa o indirectamente, instan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otra forma de discriminación basada en la intolerancia contra las cuales los Estados vienen obligados a luchar legislativamente con políticas positivas de integración, medidas jurídicas disuasorias y finalmente con el recurso a la normativa penal de conformidad con los Tratados internacionales suscritos y las recomendaciones de los Organismos Internacionales.

En consecuencia los términos "provocación", "discriminación", "odio", "violencia", "informaciones injuriosas" en relación a las circunstancias típicas recogidos en el artículo 510 del CP deben ser interpretados en aplicación del artículo 10.2 de la CE con arreglo a los tratados internacionales firmados por España (lo que no parece compartir el Juez a quo) y de acuerdo con las recomendaciones de los Organismos internacionales de defensa de los Derechos humanos como son el Comité de la ONU para la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la comisión contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa y la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR) de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE). Todo lo anteriormente expuesto obliga a los Tribunales, de una parte, a fijar cuidadosamente el ámbito de protección típica coherenciando normativa y recomendaciones internacionales en la materia con la necesidad de una interpretación restrictiva de los elementos típicos ya que el Derecho penal debe ser -y así se ha dicho también a nivel internacional- el instrumento último de lucha contra "el discurso del odio" como reverso del principio de igualdad y de no discriminación; y, por otra parte, a fijar criterios destinados a deslindar cuándo el autor está haciendo uso legítimo de su derecho a la libertad de expresión o cuándo los ha traspasado, lo que dogmáticamente para un sector doctrinal supondrá un juicio de tipicidad o atipicidad de la conducta y para otro un juicio sobre la concurrencia o no de una causa de exclusión de la antijuricidad.

Pues bien, las expresiones manifestadas en el Facebook del alcalde, que no del colectivo al que la denunciante representa, exceden de la crítica política adentrándose en el terreno personal del edil. Ciertamente es que podría entenderse, especialmente por las dos frases últimas antes transcritas, que el autor de tales mensajes insinúa que el alcalde es homosexual o pertenece al colectivo LGTIBQ y que por ello él y los integrantes de dicho colectivo (al que parece definir como grupo especial) necesitan de asistencia médica, asimilando su orientación sexual con una enfermedad o problema de la infancia para el que dicho individuo también propone una solución sexista en el caso del alcalde, pero tales expresiones, carentes de sentido alguno si se atiende a su lectura, no integran ni el tipo del apartado primero ni el del apartado segundo del art. 510 del CP. Efectivamente, dichas expresiones no se considera que inciten directamente a la discriminación, al odio o a la violencia contra los grupos o asociaciones de individuos por su orientación sexual en el sentido de provocar, a través del medio por el que se difunden, a que se lleven a cabo por quienes pudieran leerlos actos o comportamientos de ese tipo contra sus integrantes. Más bien se trata de un individuo (se desconoce si es hombre o mujer e incluso su tendencia sexual) crítico con la labor del alcalde, que estima superflua e innecesaria su actuación política en este terreno (a ello se refiere cuando dice todo el mundo sufre y no venga con tonterías de falsos políticos homófobos y obispos falsos, contrarios por tanto a la defensa de los derechos y libertades reivindicados por los integrantes de dichos colectivos) aludiendo a que debería preocuparse más por los recortes en sanidad.

Pero es que tampoco puede afirmarse que dichas expresiones integren una provocación indirecta a la discriminación, al odio o a la violencia mediante la difusión de informaciones injuriosas sobre dichos colectivos en atención a su orientación sexual con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad, en los términos en que se ha dicho que sólo serían sancionables penalmente. En este caso el autor de los mensajes no atribuye a los integrantes de dichos colectivos la realización de actos o comportamientos graves constitutivos de delito, todo lo más asimila su condición o tendencia sexual con una enfermedad necesitada de tratamiento, visión trasnochada y ya superada en el ámbito científico e incluso social, aun cuando todavía subsistan posturas ancladas en épocas pretéritas pero no tan alejadas de nuestros días (y así por ejemplo la Asociación de Psicólogos Americanos desde 2009 autorizó a sus terapeutas a tratar la homosexualidad con



una nueva terapia basada en la fe y la identidad sexual, después de que en 1973 la excluyera de los trastornos psicológicos, e incluso la OMS no la retiró de su catálogo de enfermedades mentales hasta 1990), lo que sin duda puede influir en la opinión que del tema tengan algunos ciudadanos y que ha sido forjada durante siglos de intensa represión y falta de comprensión y respeto. Por otro lado, y en base a este último argumento, ese tipo de expresiones "injuriosas" tampoco pueden ser consideradas en el concepto público como graves, sino más bien como groseras e ignorantes de una evidente diversidad, aun cuando es cierto que pueda herir la sensibilidad o llegar a ofender a quienes se sientan aludidos por ellas especialmente por la marginación o discriminación que hayan sufrido por su pertenencia a alguno de los colectivos dichos. Sin que por lo demás se haya acreditado que el medio utilizado para difundirlas potencialmente las extienda o haga llegar a un gran número de personas, de hecho, a parte de los comentarios efectuados por el referido individuo sólo se contienen los de la denunciante (quien también sugiere a aquél la necesidad de que se someta a un grupo especial de apoyo) y otra persona, según resulta de la documental aportada con la denuncia.

El planteamiento de la cuestión en los términos expuestos por la denunciante y el Fiscal, quien se adhirió a lo argumentado por ella en su recurso de apelación aunque insinuando que los hechos pudieran ser constitutivos de la falta del art. 620.2 (debe entenderse de injurias o vejaciones injustas) o de la del art. 634 del CP (la de faltar al respeto debido a la autoridad que en este caso representa el alcalde, y que quedará despenalizada el 1 de julio próximo), impone traer a colación la doctrina jurisprudencial desarrollada al socaire de supuestos como el debatido en que se introduce como premisa básica la colisión de dos derechos fundamentales, como son el derecho al honor garantizado por el art. 18.1 de la CE y de otro, el derecho de comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión reconocido y garantizado en el art. 20.1 d) de nuestra Carta Magna, así como el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción que ampara el art. 20.1.

La sentencia del Tribunal Supremo 1284/2005, de 31 de Octubre, a modo de recopilación de la doctrina ha señalado que: El Tribunal Constitucional nos recuerda, entre otras, en Sentencia 39/2005, de 28 de febrero, que si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del animus iniuriandi tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos que ahora, con arreglo a la doctrina de este Tribunal, no basta por sí solo para fundar una condena penal por un delito de injurias (SSTC 104/1986, de 17 de julio; 107/1988, de 8 de junio; 105/1990, de 6 de junio; 320/1994, de 28 de diciembre; 42/1995, de 13 de febrero; 19/1996, de 12 de febrero; 232/1998, de 1 de diciembre; 297/2000, de 11 de diciembre; y 2/2001, de 15 de enero). Ello entraña la necesidad de que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que el Juez penal debe examinar, en aquellos casos en los que se haya alegado el ejercicio legítimo de las libertades del art. 20.1 a) y d) CE, si los hechos no han de encuadrarse, en rigor, dentro de ese alegado ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en el citado precepto constitucional, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar puesto que las libertades del art. 20.1 a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta (STC 104/1986, de 17 de julio, reiterada en las SSTC 105/1990, de 6 de junio; 85/1992, de 8 de junio; 136/1994, de 9 de mayo; 297/1994, de 14 de noviembre; 320/1994, de 28 de noviembre; 42/1995, de 18 de marzo; 19/1996, de 12 de febrero; 232/1998, de 1 de diciembre). Es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito (SSTC 2/2001, de 15 de enero; 185/2003, de 27 de octubre).

Es cierto que tanto el Tribunal Constitucional como esta Sala han reiterado el valor preponderante de las libertades del art. 20 de la Constitución, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, entre otras, en Sentencia 39/2005, de 28 de febrero, en la que se declara que cuando las libertades de expresión e información operan como instrumentos de los derechos de participación política debe reconocérsele, si cabe, una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles "especialmente resistente(s), inmune(s) a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar". Igualmente se dice en esa STC que, en estos casos, quedan amparadas por las libertades de expresión e información no sólo críticas inofensivas o indiferentes, "sino otras que puedan molestar, inquietar o disgustar" (STC 110/2000; en el mismo sentido, STC 85/1992, de 8 de junio, y SSTEDH, de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside contra Reino Unido, y de 8 de julio de 1986 [TEDH 1986\8] caso Lingens contra Austria).



En base a lo expuesto, no considera la Sala que las palabras del autor de esas frases persigan un propósito claro de menospreciar o atentar contra el honor, la dignidad o la propia estimación ni del alcalde ni de los integrantes de los colectivos mencionados (lesbianas, gays, transexuales, intersexuales, bisexuales y queers), ya que se realizan en un contexto político claro como es la celebración de un acto solemne en el Consistorio por la aprobación de un pacto por la diversidad, y a raíz de la publicación en el propio Facebook del alcalde de la noticia, limitándose el autor (cuya identidad se desconoce y sólo por ello podría haberse acordado el sobreseimiento provisional) a trivializar, minusvalorar o descalificar actuaciones políticas llevadas a cabo por el edil tendentes al reconocimiento de los derechos y libertades de los miembros de tales colectivos o a su normalización o integración en condiciones de igualdad y respeto en nuestra sociedad, respecto de los cuales sólo puede afirmarse que emite un juicio de valor, eso sí, inadecuado e impropio de los tiempos que corren y de la sociedad democrática en la que vivimos que proclama los valores de la igualdad, el respeto y la concordia, y que sin duda pueden llegar a molestar, inquietar o disgustar, pero no por ello son subsumibles dichas manifestaciones en alguna de las faltas consideradas por las acusaciones (injurias, vejaciones injustas o de faltar al respeto debido a la autoridad). Por otro lado debe decirse que es discutible la legitimación que pudiera ostentar la denunciante para la persecución penal de tales expresiones dirigidas especialmente contra el alcalde cuando el artículo 215 del CP exige como requisito de perseguibilidad del delito de injurias la querrela de la persona agraviada o de su representante legal, o en este caso del Fiscal que al tratarse el sujeto pasivo de autoridad o funcionario público debió actuar de oficio, o cuando el art. 620.2 del CP requiere para la persecución de las faltas de injurias, amenazas y vejaciones injustas la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, y dicha condición no la reúne la Sra. Esther , quien no puede erigirse en representante de todas y cada una de las personas que puedan sentirse ofendidas por dichas palabras manifestadas en consideración a su posible orientación sexual. Y nótese que no acredita siquiera la representación del colectivo en cuyo nombre formula denuncia, haciéndolo en nombre propio, debiendo reprochársele que en el Facebook del alcalde y con animus retorquendi llamase "falso" al denunciado o le insinuara que necesitara de la ayuda de un grupo especial de apoyo por proferir opiniones que, aunque pueden herir la sensibilidad ajena, proceden de quien también piensa y se expresa diferente.

Por todas las razones expuestas procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la resolución recurrida.

**CUARTO** .- Las costas de la apelación deben declararse de oficio al no apreciarse temeridad ni mala fe procesal en la interposición de este recurso.

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

#### **PARTE DISPOSITIVA**

**La Sala acuerda DESESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Esther contra el auto de fecha 10 de febrero de 2015 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Terrassa , en las diligencias arriba referenciadas, acordando el sobreseimiento libre de las actuaciones, y en consecuencia **CONFIRMAMOS** íntegramente dicha resolución, declarando de oficio las costas del recurso.

Remítase testimonio de la presente resolución, con devolución de las actuaciones al Juzgado de procedencia para su conocimiento y efectos.

Así lo acuerdan los Imsos. Sres Magistrados e Ilma. Sra. Magistrada de la Sala, de lo que yo el Secretario Judicial doy fe.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado, doy fe.