



Roj: **SAP M 17599/2017 - ECLI:ES:APM:2017:17599**

Id Cendoj: **28079370232017100730**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **23**

Fecha: **29/12/2017**

Nº de Recurso: **1874/2017**

Nº de Resolución: **762/2017**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **CELSO RODRIGUEZ PADRON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 9 - 28035

Teléfono: 914934646,914934645

Fax: 914934639

GRUPO 6

37051540

N.I.G.: 28.079.00.1-2016/0071063

Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado RAA 1874/2017

Origen : Juzgado de lo Penal nº 16 de Madrid

Procedimiento Abreviado 107/2016

Apelante: D./Dña. Paulino

Procurador D./Dña. MARIA JOSE BUENO RAMIREZ

Letrado D./Dña. JUAN-LUIS FERNANDEZ-PRIETO GONZALEZ

Apelado: D./Dña. MINISTERIO FISCAL

SENTENCIA N° 762/2017

ILMOS/AS. MAGISTRADOS/AS. SRES/AS.:

DÑA. MARÍA RIERA OCARIZ

D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

D. ARTURO ZAMARRIEGO FERNÁNDEZ

En Madrid, a veintinueve de diciembre de dos mil diecisiete.

Vistos en grado de Apelación, ante la Sección Veintitrés de la Audiencia Provincial de Madrid, los autos de Procedimiento Abreviado-Rollo de Apelación Num. 1874/2017, procedentes del Juzgado de lo Penal Num. 16 de los de Madrid, en el que han sido parte, el Ministerio Fiscal y, como acusado, Paulino , mayor de edad, sin antecedentes penales, y cuyas circunstancias personales constan en las actuaciones. Todo ello en virtud del recurso interpuesto contra la Sentencia, condenatoria por delito contra los derechos fundamentales dictada por dicho Juzgado en fecha 31 de julio de 2017 por parte del condenado, representado por la Procuradora Dña. María José Bueno Ramírez.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Ante el Juzgado de lo Penal Num. 16 de los de Madrid, se celebró juicio oral, dimanante de las Diligencias Previas/Procedimiento Abreviado 1895/2015 instruido por el Juzgado de Instrucción Num. 44 de Madrid, por delito contra los derechos fundamentales, dictándose Sentencia en fecha 31 de julio de 2017, que contiene literalmente los siguientes **HECHOS PROBADOS** : " El acusado por estos hechos es Paulino, mayor de edad y sin antecedentes penales, fundador y director del periódico digital "Hispanidad.com".

El día 6 de febrero de 2016, el acusado publicó en YouTube un vídeo con la dirección URL DIRECCION000, titulado "Sodomía y pederastia son dos ramas del mismo tronco", en el que al explicar el origen de la pederastia, la equiparó a la homosexualidad, acusando a los homosexuales de ser los autores de la inmensa mayoría de los casos de pederastia.

En el video el acusado dice lo siguiente:

"El Papa quiere mano dura con la pedofilia, con la pederastia, no hay lugar para la pedofilia en los ambientes clericales, muy bien, estupendo, eso que la pedofilia clerical es una minimísima, muy mínima parte comparada con la pederastia global, pero bueno, muy bien, al pederasta leña al mono hasta que hable inglés, pero qué pasa con la homosexualidad, tenemos el mismo criterio de tolerancia cero? Porque no nos engañemos, homosexualidad, es decir, sodomía y pedofilia o pederastia son dos ramas del mismo tronco. Son dos degeneraciones anticristianas y por tanto inhumanas, que vienen del mismo lado de la separación entre sexo y amor que es vital, sexo y entrega que es vital entre los seres humanos, que son la única especie racional, por lo tanto, dice, si tolerancia cero frente a la pedofilia por supuesto, al que masacre a un niño hay que masacrarle a él, dice, ahora bien, dice, lo mismo se pudiera decir de la homosexualidad, y la prueba es que el noventa y tantos por ciento, también los hay heterosexuales, pero el noventa y tantos por ciento de los casos de pedofilia son homosexuales. De práctica sodomítica. Hombre, no neguemos la evidencia".

El vídeo fue publicado el 6 de febrero de 2015 y hasta el 26 de marzo de 2015, periodo en que fue visto en 2.160 ocasiones.

El procedimiento ha estado paralizado en el Juzgado de lo Penal desde su entrada el 13 de abril de 2016 hasta el Auto de Admisión de Pruebas y Diligencia de ordenación de 12 de junio de 2017."

SEGUNDO.- Tras la exposición de los Fundamentos de Derecho que sirven de motivación a la referida Sentencia, concluye su parte dispositiva con arreglo al siguiente tenor: **FALLO** que:" Condono a Paulino como autor responsable de un delito cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de seis meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de seis meses, con una cuota diaria de diez euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, así como al pago de las costas procesales causadas."

TERCERO.- Por la representación procesal de la parte condenada, disconforme con la invocada resolución, se interpuso, en tiempo y forma, Recurso de Apelación, cuyo conocimiento correspondió por turno de reparto a esta Sección, donde tuvo entrada la causa el día 19 de diciembre de 2017, formándose el correspondiente Rollo y señalándose para la deliberación del recurso el día 28 de diciembre.

Ha sido Ponente el Magistrado **D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN**, que expresa el parecer de la Sala.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Se aceptan íntegramente y dan por reproducidos los que forman parte de la Sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que es ahora objeto de apelación condena al acusado, periodista de profesión, como autor de un delito contra los derechos fundamentales, previsto en el vigente artículo 510.2 del Código Penal, en la redacción otorgada por la reforma operada mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (con entrada en vigor el 1 de julio), debido a la publicación y difusión en el canal público Youtube del video titulado "Sodomía y pederastia son dos ramas del mismo tronco", que se detalla en el relato de hechos probados que hemos transcrito con anterioridad.

Considera la Magistrada que presidió la vista oral que las expresiones contenidas en el video referido -cuya autoría no se discute- traspasan la frontera penal, y la claridad con la que se relaciona homosexualidad y pedofilia y pederastia atenta contra la dignidad de la persona, y más concretamente constituyen frases



y expresiones indudablemente ultrajantes y ofensivas que lesionan la fama y el honor de las personas homosexuales.

La representación procesal del penado impugna tal resolución basando su discrepancia, en diferentes motivos. **1.- En primer lugar alega una indebida aplicación retroactiva del artículo 510.2 a) del vigente Código Penal .** Basa este motivo, a su vez, en distintas reflexiones, que sistematizamos a continuación sintéticamente. A) Resalta que los hechos suceden del 6 de febrero de 2015 hasta el 26 de marzo del mismo año, período en el que no había entrado todavía en vigor la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (pues lo hace el 1 de julio). La redacción otorgada por esta reforma al artículo 510.2 es mucho más amplia y además, regula un supuesto típico "esencialmente distinto". B) La conducta regulada en el CP anterior era -según la doctrina- una extensión del delito de injurias, que quedaba reducida a la difusión de informaciones, es decir, hechos. Además, como tal, debía contar con el elemento subjetivo intencional de la ofensa: el "animus iniuriandi". La versión del precepto tras la reforma describe una conducta distinta, que a su vez, es doble: las acciones humillantes o de menosprecio; además un acto preparatorio. C) No puede sancionarse la conducta ahora enjuiciada puesto que se trata de una mera opinión. **2.- En segundo lugar se alega el ejercicio del derecho a la libertad de expresión garantizado en el artículo 20 de la Constitución .** Los comentarios del acusado se enmarcan en una reflexión sobre los casos de pederastia entre los sacerdotes. Se incluye una "afirmación polémica" sobre los candidatos al sacerdocio: "la mayor parte de estos curas pederastas son homosexuales de práctica sodomítica". Aun cuando hipotéticamente estas expresiones hubieren podido ofender al colectivo homosexual, no pueden perderse de vista las palabras dentro del desarrollo de la idea. No se ha entendido -dice el recurso- el discurso. No se desarrolla un discurso de odio a los homosexuales, personas a las que considera dignas de respeto y acogida. **3.- Ausencia de intención de ofender ni lesionar la dignidad de los homosexuales.** Las palabras contenidas en el video enjuiciado tienen un contexto concreto: los sucesos acaecidos en el seno de la Iglesia de pederastia con implicación de clérigos, para quienes el Papa Francisco habría solicitado "mano dura" a los miembros de la Congregación para la Doctrina de la Fe. Siempre es dentro de este contexto de los curas pedófilos donde se indicó que la homosexualidad, la pedofilia, la sodomía y la pederastia eran ramas de un mismo tronco, al desligar el placer sexual de la finalidad de la procreación tal y como prescribe el Catecismo. Por todo ello entiende que ha de revocarse la sentencia apelada, dictando otra en su lugar por la que se absuelva al recurrente con todos los pronunciamientos favorables.

SEGUNDO.- Dados los términos en los que se plantea ante esta Sala el debate de apelación, no se cuestiona de manera expresa en el recurso la valoración que de la prueba haya realizado la Magistrada de instancia, salvo en lo que pueda relacionarse con el elemento intencional al que el escrito de impugnación dedica el motivo tercero, referido a la ausencia de voluntad de ofender. El recurso se centra en un problema de tipicidad, al entender que los hechos no encajan en el delito contra los derechos fundamentales contemplado en el artículo 510.2 del Código Penal , y por ello da comienzo a su crítica *denunciando la aplicación retroactiva de ley penal desfavorable* .

Es a este motivo primero al que debemos dedicarnos antes de otras consideraciones, pues de su viabilidad depende en buena medida la suerte de las restantes alegaciones de impugnación.

Ciertamente, de acuerdo con lo dispuesto ya en el artículo 1 del Código penal , no será castigada ninguna acción u omisión que no se halle prevista como delito por ley *anterior* a su perpetración. Con ello se consagra no sólo el principio constitucional de legalidad penal, sino además la irretroactividad, de forma que, todo delito ha de juzgarse conforme a la norma en vigor en el momento de su comisión, salvo que la posterior resulte más favorable, en cuyo caso ésta tendrá efecto retroactivo (artículo 2.2). La irretroactividad penal desfavorable es una garantía que suele recordarse en las disposiciones transitorias de cualquier reforma legislativa, como se hizo de manera expresa en la operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo , con entrada en vigor el día 1 de julio tal como se encarga de reseñar literalmente el escrito de recurso (Disposición Transitoria Primera).

En cualquier caso, en el supuesto analizado no se ha incurrido en una aplicación desfavorable de la ley penal, pues el vigente artículo 510.2 engloba la conducta juzgada y además la castiga con pena inferior al texto anterior (ahora con pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses, mientras que antes, con pena de prisión de uno a tres años y la misma multa). Analizamos el tipo en cuanto a sus elementos objetivos y subjetivos a continuación.

TERCERO.-El análisis del tipo penal que se aplica en la sentencia conduce a la conclusión confirmatoria: los hechos se ajustan -sin vulneración de la irretroactividad- al delito del artículo 510.2 del vigente Código Penal .

Estamos ante un delito contra la Constitución (Título XXI Libro II CP), y más concretamente, de los cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por ella (Capítulo IV). Mayoritariamente la doctrina viene sosteniendo que se protege con este delito como bien jurídico el derecho a la no discriminación (artículo 14 de la CE), relacionado con la dignidad como fundamento del orden



político y la paz social, que se ve vulnerado mediante el ejercicio ilícito extremo de los derechos reconocidos en el artículo 20 del texto constitucional.

El delito tiene su antecedente remoto en el artículo 165 ter del Código Penal de 1973, y encuentra su precedente próximo en el 510 del Código de 1995. A la hora de entender la redacción que le otorga la reforma de 2015 es inevitable la referencia a la Decisión Marco 2008/913/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal en el ámbito de la Unión Europea, a cuya proyección sobre el sentido del precepto actual se refiere en términos muy acertados el Ministerio Fiscal en el informe que emite al recurso de apelación (folios 213 y ss de las actuaciones).

La estructura básica del precepto comprendía dos tipos de conductas: por una parte la provocación o incitación al odio, discriminación o violencia basada en razón de ideología, religión, creencias, etnia, raza, origen o circunstancias personales; por otra, el descrédito indigno de grupos o asociaciones basada en los mismos motivos. La modalidad objeto de discusión en el presente supuesto es la segunda.

La redacción actual evoluciona, realmente, sobre la que estaba en vigor en el momento de los hechos, con anterioridad a la eficacia de la reforma de 2015. Entonces el precepto presentaba en el apartado 2 la siguiente redacción:

*2. Serán castigados con la misma pena 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.*

A partir de la reforma introducida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo (con entrada en vigor el 1 de julio) el precepto vio modificada su redacción. Por lo que aquí nos interesa, en el apartado 2 se castiga la conducta de:

*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.*

En el recurso se insiste en que el autor difundió expresiones (tal como reconoce la sentencia apelada) y por ello la conducta era atípica con anterioridad a la reforma operada en el CP en virtud de la L.O. 1/2015, pues frente a la redacción amplia actual, entonces solo se castigaba la difusión de "informaciones". Tres consideraciones merece esta argumentación.

1.- Por una parte, la distinción que se postula, a la vista de la lectura de la transcripción del video juzgado que se contiene en los hechos probados de la resolución recurrida (no discutidos), no es tan nítida como pretende hacer ver el recurso.

Dice la STC 86/2017, de 4 de julio de 2017 (FJ 5º) que "nos hemos pronunciado en reiteradas ocasiones (desde la STC 104/1986, de 17 de julio) sobre la *necesidad de diferenciar la libertad de expresión (cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones) del derecho a comunicar información veraz (cuyo objeto es la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables)*; siendo relevante esta distinción desde la perspectiva de la legitimidad constitucional de su ejercicio y de la determinación de sus límites. Así, tal como hemos recordado en la STC 79/2014, de 28 de mayo, FJ 4, mientras que "los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término "información", en el texto del artículo 20.1 d) CE, el adjetivo "veraz" (SSTC 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 2; 174/2006, de 5 de junio, FJ 3; 29/2009, de 26 de enero, FJ 2, y 50/2010, FJ 4). Pero en esta misma línea también hemos subrayado la dificultad, en la realidad, de separar la expresión de opiniones de la simple narración de hechos, pues la expresión de ideas y opiniones se apoya constantemente en la narración de los hechos y, a la inversa, en la narración se aprecia casi siempre algún elemento valorativo tendente a la formación de una opinión (entre otras, SSTC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5; 174/2006, FJ 3; 29/2009, FJ 2; 50/2010, FJ 4, y 79/2014, FJ 4)".



Nos dice también la STC 38/2017, 24 de abril (ROJ: STC 38/2017) FJ 2º: "Asimismo, el Tribunal ha subrayado que en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues *a menudo el mensaje sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos, y la 'expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo* o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión' (SSTC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5 ; 174/2006, de 5 de junio, FJ 3 ; 29/2009, de 26 de enero, FJ 2 ; y 50/2010, de 4 de octubre , FJ 4)".

2.- Pero además, es que la conducta que se castigaba en sentido estricto en la redacción anterior (difusión de información injuriosa con temerario desprecio a la verdad) aparece englobada en la nueva redacción del vigente artículo 510.2, por cuanto en él se castigan las "acciones que entrañen humillación, descrédito o menosprecio" de grupos o personas...Dejando al margen, si se quiere, la humillación, la acción de descrédito o menosprecio que contempla el actual Código Penal no puede decirse que sea una conducta distinta a la difusión informativa injuriosa y temeraria por razón en este caso de la orientación sexual de las personas homosexuales, a quienes el video realizado y difundido públicamente por el acusado atribuye como algo consustancial "sodomía y pedofilia o pederastia", prácticas que califica de "degeneración anticristiana y por lo tanto inhumana", afirmando a mayores que "el noventa y tantos por ciento de los casos de pedofilia son homosexuales".

La dosis de menosprecio y descrédito que encierran estas palabras para las personas que por su condición natural sienten preferencia por otras del mismo sexo, es sencillamente brutal, intolerable para un ordenamiento jurídico y una sociedad basada en el respeto a la dignidad y la libertad de las personas. El contenido de las palabras difundidas en la red por el apelante excede del atentado al honor digno de protección en el ámbito jurisdiccional civil y traspasa la frontera penal al alojarse -sin forzar el tipo en absoluto- en el artículo 510.2 del Código Penal , sin entrar a valorar incluso la carga/siembra de odio que aflora en el relato puesto que esta modalidad concreta entraría en el apartado 1 del artículo comentado, que no es objeto de la sentencia recurrida.

3.- Por último, llegamos asimismo a la conclusión de que no sólo el autor de los hechos ejerció su libertad de expresión (aspecto en el que incide la Magistrada de instancia) sino que unió esta vertiente de su libertad a claros y precisos contenidos informativos, a la exposición de hechos y datos carentes de todo contraste científico, tan desmesurados como insostenibles, afirmando cifras porcentuales que tan sólo pueden ser fruto de una consciente e intencionada temeridad, elemento que aparece reforzado en el texto divulgado por el autor cuando concluye afirmando categóricamente que no se puede negar la evidencia. Y es que esta presunción del autor del video, al equiparar de forma categórica la homosexualidad con la sodomía, pedofilia y pederastia, colisiona frontalmente con la opinión científica, que considera las "parafilias" de activación sexual como un trastorno, basándose en la clasificación internacional DSM-5 (Cfr. Fuertes Rocañín). Lo único evidente es que nada de esto puede predicarse con relación a las personas homosexuales si no es desde la más palmaria intención de humillarles.

En suma, la conducta enjuiciada encuentra pleno encaje en la redacción actual del artículo 510.2 del Código Penal , que por su coincidencia -en los términos expuestos- con la redacción anterior y su penalidad más leve, resulta perfectamente aplicable sin vulneración alguna del principio de irretroactividad penal de la norma desfavorable. El motivo, en consecuencia, ha de ser desestimado.

CUARTO.-La invocación del ejercicio de la libertad de expresión es prácticamente una constante cuando nos enfrentamos al análisis de los límites de los llamados delitos de odio, o incluso al estudio de su propia razón de ser.

Debemos recordar, como tantas veces se ha dicho ya, que por importante que resulte en el seno de una sociedad que verdaderamente se considere democrática la defensa del derecho constitucional a la libertad de expresión en términos amplios, el ejercicio de este derecho no puede llegar a justificarlo absolutamente todo; sencillamente porque, en palabras del propio Tribunal Constitucional, ningún derecho fundamental es absoluto (STC STC 23/2010, de 27 de abril (FJ 3º)).

1.- En la jurisprudencia constitucional encontramos innumerables pronunciamientos en torno a la configuración del derecho invocado. De entre ellos extraemos a continuación los que consideramos más relevantes para la debida resolución del recurso que nos ocupa. Por una parte, como ya hemos analizado, se insiste por el apelante en que los contenidos difundidos por el acusado a través del canal Youtube no eran informaciones, sino expresiones, y por ello la conducta no puede tener encaje en el antiguo artículo 510 CP , que se limitaba a castigar la difusión de informaciones. El recurso argumenta por ello que el autor del video estaba amparado por su derecho constitucional.



Ya hemos desautorizado en el FJ anterior esta limitada -e interesada- lectura de los hechos, pero aún así, dando respuesta concreta al motivo segundo del recurso, debemos dedicar algunas precisiones sobre el aspecto que sostiene el apelante.

La libertad fundamental proclamada en el artículo 20.1.a del texto constitucional comprende, junto a la mera expresión de juicios de valor, la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5 ; 49/200, de 26 de febrero, FJ 4; y 204/2001, de 15 de octubre , FJ 4. STEDH Handyside c. Reino Unido, 7 de diciembre de 1976 , § 49), pues "así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática" (SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2 ; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8 ; 108/2008, de 22 de septiembre , FJ 6; en el mismo sentido, SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España, § 42 , y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España , § 43)"

Ahora bien: lo que en cualquier caso es imprescindible destacar es la ausencia de un derecho a la libertad de expresión -como de cualquier otro derecho- de carácter absoluto. Así se ha venido proclamando en numerosas ocasiones también por parte del Tribunal Constitucional, como -sólo a título de ejemplo- se realiza en la STC 23/2010, de 27 de abril (FJ 3º), al decir que: " *la tendencia expansiva de la libertad de expresión encuentra también su límite en el respeto al contenido normativo garantizado por otros derechos fundamentales, cuya afectación no resulta necesaria para la realización constitucional del derecho* . Como hemos señalado en ocasiones anteriores, el deslinde de la libertad de expresión no es nunca total y absoluto (por todas, STC 173/1995, de 21 de noviembre , FJ 3) y a menudo, la delimitación de su ámbito protegido sólo puede hacerse a partir de la de otros derechos fundamentales, aunque, eso sí, mediante la adecuada ponderación de los valores constitucionales enfrentados, entre los que destaca la garantía de la existencia de la opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre , FJ 3 ; 232/2002, de 9 de diciembre , FJ 4). Con tal fin, hemos señalado la relevancia de aquellos otros derechos que la propia Constitución sitúa específicamente como límites (STC 187/1999, de 25 de octubre , FJ 13) y cuyo contenido esencial, por tanto, define un espacio infranqueable para la libre expresión. En concreto, el propio apartado 4 del art. 20 CE dispone que todas las libertades reconocidas en el precepto tienen su límite en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia, que cumplen así lo que hemos denominado "función limitadora" en relación con dichas libertades (por todas, STC 117/1994, de 25 de abril , FJ 2).

2.- El Tribunal Supremo ha tenido ocasión también de pronunciarse sobre la *tensión que en ocasiones se produce entre el ejercicio de la libertad de expresión y el llamado "discurso del odio"*. Por ejemplo, en la STS 4/2017, de 18 de enero de 2017 (ROJ: STS 31/2017), que si bien se ocupaba del delito de enaltecimiento del terrorismo, contiene reflexiones plenamente aplicables al supuesto que hoy nos ocupa. Dicha resolución expresaba que: " *Nuestro sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasa necesariamente por la incriminación penal. El significado de principios como el carácter fragmentario del derecho penal o su consideración como ultima ratio, avalan la necesidad de reservar la sanción penal para las acciones más graves. No todo mensaje inaceptable o que ocasiona el normal rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo.*

Tampoco ayuda a la labor exegética la extendida invocación de los nocivos efectos del discurso del odio como razón justificadora de su punición. De nuevo hemos de apartarnos de la tentación de construir el juicio de tipicidad trazando una convencional y artificiosa línea entre el discurso del odio y la ética del discurso. El derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia. Por si fuera poco, el vocablo discurso, incluso en su simple acepción gramatical, evoca un acto racional de comunicación cuya punición no debería hacerse depender del sentimiento que anima quien lo pronuncia. Tampoco puede afirmarse un único significado a una locución - discurso del odio-cuyo contenido está directamente condicionado por la experiencia histórica de cada Estado. El discurso del odio puede analizarse en relación con problemas étnicos, religiosos, sexuales o ligados a la utilización del terrorismo como instrumento para la consecución de fines políticos. El legislador ha querido que el mensaje de odio que socava las bases de la convivencia y que humilla a las víctimas del terrorismo tenga un tratamiento específico en el art. 578, con una sistemática singularizada frente al tipo previsto en el art. 510 del mismo texto punitivo.

Otro hecho complica, todavía más si cabe, nuestro análisis. Y es que la extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios.



Quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad. Además, carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión. Los modelos comunicativos clásicos implicaban una limitación en los efectos nocivos de todo delito que hoy, sin embargo, está ausente. Este dato, ligado al inevitable recorrido transnacional de esos mensajes, ha de ser tenido en cuenta en el momento de ponderar el impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico-penal.

En definitiva, y aunque solo fuese a efectos dialécticos, carece de toda razón el recurrente cuando afirma que con la difusión del video ofensivo y humillante cuya transcripción de contenidos se recoge en los hechos probados de la sentencia impugnada, estuviese ejercitando el derecho constitucional reconocido a la libertad de expresión. La Constitución no ampara los atentados a la dignidad humana. No en vano -como ya se apuntó con anterioridad- en el artículo 10.1 proclama que *"La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social"*. Por ello, ninguna interpretación o ejercicio de los derechos fundamentales puede colisionar con este pronunciamiento anterior y básico, que se completa con la cita del derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 14) por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. No es asumible, por tanto, la afirmación del recurso que pretende legitimar la acción desarrollada por el acusado en el derecho fundamental a la libre expresión. Precisamente, los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución protegen a esos mismos derechos fundamentales contra su utilización basada en la intolerancia, que es donde se inserta la compleja problemática jurídico-penal del llamado discurso del odio.

El motivo no puede ser acogido.

QUINTO.- También se niega en el recurso **la intención de ofender o lesionar la dignidad de las personas homosexuales** .

Con carácter previo al análisis de este motivo, por las incuestionables implicaciones personales que soporta, entendemos que resulta imprescindible invocar algunas consideraciones generales sobre la naturaleza y alcance del Recurso de Apelación, tal como ha venido a configurarse no sólo en su regulación legal, sino además en su delimitación jurisprudencial.

Según constante doctrina, de la que -entre otras muchas- son exponente ya las Sentencias del Tribunal Constitucional 102/1994 , 17/1997 y 196/1998 , la apelación ha venido considerándose como un recurso ordinario, omnicompreensivo y abierto, sin motivos de impugnación tasados y tipificados que da lugar a un nuevo juicio con posibilidad de revisar, tanto los elementos de hecho como de derecho, contenidos en la sentencia de instancia. Ahora bien, como asimismo ha reflejado esta misma Sección, "Este carácter de nuevo juicio que se otorga a la apelación no impide que, en relación con las pruebas testificales y declaración de los implicados, el juzgador de instancia se encuentre en una posición privilegiada para su valoración, pues al llevarse a cabo la actividad probatoria en el acto del juicio con observación del principio de inmediación, se pueden apreciar por el mismo una serie de matices y circunstancias que acompañan a las declaraciones, que no pueden ser apreciadas por el Tribunal de apelación, y que sirven, en muchos casos, para establecer quien o quienes son los declarantes que se ajustan a la realidad, y, en definitiva, evaluar la prueba conforme a los parámetros de los artículos 741 y 973 de la L.E.Crim " (SAP Madrid, de 26.3.2013. ROJ: SAP M 6657/2013).

De ahí que, como también se ha venido afirmando de manera sostenida, la fijación de los hechos llevada a cabo por la resolución recurrida haya de servir como punto de partida para el órgano de apelación, de modo que podrá rectificarse por inexactitud o manifiesto y patente error en la apreciación de la prueba o cuando el relato histórico fuere oscuro, impreciso, ininteligible, incongruente o contradictorio en sí mismo (S.T.S. 14-03-1991 y 25-04- 2000).

En el presente supuesto, el resultado del juicio subjetivo de valoración que se contiene en la sentencia apelada es compartido por la Sala. Se nos dice en el recurso que las palabras del acusado han de ser interpretadas en el contexto de la lucha contra la pederastia en el seno de la Iglesia, y que por lo tanto su crítica se limitaba no al colectivo homosexual en general sino tan sólo a los "curas pedófilos". Se llega a invocar -no sabemos si como pretendido amparo de autoridad- la llamada a la "mano dura" realizada por el Papa. Se cita también la doctrina del Catecismo al hablar de la lujuria como pecado contrario a la castidad.

Este conjunto de alegaciones carece de la mínima base jurídica en un Estado social y democrático de Derecho como es el que constituye España. Por un lado puesto que incluso los miembros de la Iglesia que hubiesen incurrido en conductas como las que se ven reflejadas en el video tan repetido tienen la protección que proporcional los derechos fundamentales. Pero además, porque las frases que componen el discurso difundido por el apelante a través de la red (con una amplia cifra de visitantes) llegan más allá, y trascienden



al colectivo eclesial; se refieren a la "homosexualidad", condición personal que carece de cotas por razón de religión. Y, por último, dado que la valoración de la intención de ofender en el ámbito de las expresiones injuriosas hace tiempo que ha dejado de residir en la estricta manifestación de la persona a quien se juzga en cuanto a su exclusiva explicación de voluntad. Sería propio de una visión absolutamente reduccionista llegar a la calificación del delito o descartarla basándose tan sólo en la exculpación que lleva a cabo el acusado negando en juicio -o posteriormente en vía de recurso- la intención ofensiva.

En línea con cuanto se razona, por ejemplo, en la STS de 21 de abril de 1994 (ROJ: STS 15876/1994) cabe proclamar que una expresión es injuriosa cuando pese a lo que pueda afirmar el autor buscando amparo en el derecho constitucional a la libertad de expresión, las palabras que dirige contra otra u otras personas merecen la consideración de afrentosas en el concepto público.

Desde las máximas de experiencia podemos afirmar que resulta indudable que las palabras que utiliza el apelante en su locución, tienen la consideración de gravemente ofensivas para las personas contra quien van dirigidas en el concepto público. Identificar a las personas homosexuales con quienes practican la pedofilia y la pederastia no puede desligarse desde un punto de vista objetivo, de comprensión general, y al margen del contexto religioso en el que tanto insiste el recurrente, con una descalificación que trasgrede cualquier discurso racional; por mucho que, en términos de intención exculpatoria, niegue ahora esa intención ofensiva en el recurso y defienda su tesis desde un pretendido "plano moral" (página 12 del escrito de impugnación) que resulta sencillamente insostenible.

SEXTO.- En consecuencia de todo lo expuesto, examinada concretamente la causa y sentencia sobre cuya discrepancia se sustenta el recurso de apelación ha de reiterarse que no puede apreciarse sino la corrección de la conclusión a la que llega la sentencia apelada.

Los hechos, a la vista del resultado del conjunto de actuaciones, y muy particularmente del contenido de la vista oral, son en efecto constitutivos del delito previsto en el artículo 510.2 del Código Penal , calificado correctamente en la sentencia recurrida, resultando responsable en concepto de autor el apelante.

Por todo ello, el recurso ha de ser desestimado, procediéndose asimismo a la declaración de oficio de las costas causadas en esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , ante la falta de concurrencia de circunstancias especiales para su imposición.

En virtud de todo lo expuesto, vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que, desestimando íntegramente el Recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora Dña. María José Bueno Ramírez, en nombre y representación de Paulino contra la Sentencia de fecha 14 de septiembre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Penal Num. 16 de los de Madrid en el Juicio Oral 107/2016, debemos confirmar y confirmamos la sentencia apelada, declarando asimismo de oficio las costas producidas en la presente alzada.

Notifíquese a las partes y devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente sentencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 794 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para su debida ejecución.

Así, por esta nuestra Sentencia, contra la que no cabe interposición de recurso, y de la que se unirá Certificación al Rollo de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por los/as Sres/as. Magistrados/as que la suscriben, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, por ante mí el/la Letrado/a de la Admón de Justicia. Doy fe.