



Roj: **AAP B 4262/2019 - ECLI:ES:APB:2019:4262A**

Id Cendoj: **08019370052019200292**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **5**

Fecha: **28/05/2019**

Nº de Recurso: **214/2019**

Nº de Resolución: **419/2019**

Procedimiento: **Otros recursos**

Ponente: **MARIA ROSA FERNANDEZ PALMA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN QUINTA

Rollo de apelación nº. 214/19

Diligencias Previas nº. 450/18

Juzgado de Instrucción nº. 23 de Barcelona.

A U T O

Magistrados:

D. José María Assalit Vives

D^a. Isabel Massigoge Galbis

D^a. M^a Rosa Fernández Palma

Barcelona, 28 de mayo de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Instrucción nº. 23 de Barcelona se dictó auto de fecha 28 de enero de 2019 por el que se acordó el sobreseimiento provisional de las presentes actuaciones. Contra la expresada resolución se interpuso recurso de reforma por la representación procesal de Camilo , que resultó desestimado mediante auto de fecha 12 de febrero de 2019 . Contra dicha resolución se ha interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Camilo .

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso de apelación, se dio traslado del mismo al resto de partes personadas, a fin de que alegaran lo que tuvieran por conveniente. Dicho trámite ha sido evacuado por el Ministerio Fiscal, en el sentido de oponerse e interesar la desestimación del recurso formulado. Tras lo que, una vez seguidos los trámites legales, quedaron los autos listos para resolver, siendo ponente la Magistrada M^a Rosa Fernández Palma, que expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de Instrucción nº. 23 de Barcelona se dictó auto de fecha 28 de enero de 2019 por el que se acordó el sobreseimiento provisional de las presentes actuaciones.

En el auto expresado se consideró que la frase "Estrella q vas a ver cuando llegues al cielo después de las bombas q van a soltar en Cataluña" publicada en la red social Instagram del usuario Camilo no resulta incardinable en el llamado delito de odio contemplado en el art. 510 CP , ya que no exterioriza una intención de atentar contra la vida de Camilo , ni va dirigido contra persona o grupo de determinado, ni contiene una amenaza real y concreta de un mal grave creíble, ni presenta verosimilitud alguna; únicamente constituye un



comentario en una red social abierta en la página de un usuario con proyección pública notoria, de contenido emocional e impulsivo en un contexto sociopolítico excepcional, como fue el acontecido en los meses de septiembre a noviembre de 2017.

El recurrente impugna la resolución de instancia por considerar, en primer lugar, que el auto recurrido resulta contradictorio con las decisiones previas adoptadas por la instructora, ya que mediante auto de 9 de julio de 2018 decidió reabrir el procedimiento inicialmente descartado de plano para investigar si los hechos pudieran constituir un delito de odio y discriminación. Sin embargo, en el momento actual y sin que se hayan practicado diligencias, se ha dado por finalizada dicha indagación. Considera el recurrente que ello vulnera su tutela judicial efectiva y resulta contrario a las reglas generales del procedimiento, ya que la incoación de diligencias previas impide, sin practicar ninguna, que pueda adoptarse la decisión de sobreseimiento. Asimismo, el recurrente considera que se halla legitimado para recurrir en el presente procedimiento, una vez admitida a trámite la denuncia. Como razón de fondo, aduce el recurrente que los hechos por los que se sigue el procedimiento constituyen un delito de odio, puesto que se trata de un comportamiento hostil que genera la aparición y desarrollo de conductas de discriminación y violencia que fomentan el odio hacia personas que tienen una concreta ideología política. La expresión vertida objeto de este procedimiento, a su juicio, rebasa con mucho los límites de la libertad de expresión que son aceptables en una sociedad democrática.

El Ministerio Fiscal, por su parte, considera, en consonancia con resoluciones previas de esta Audiencia Provincial, que el contexto sociopolítico en el que se ha proferido la expresión, generador de pretensiones encontradas en la población catalana, le resta potencialidad lesiva para los bienes jurídicos protegidos en este tipo penal (dignidad e igualdad). Dicho contexto, que aún permanece, impediría aseverar que manifestación del tipo reproducido sean expresión de odio típica, constituyendo más bien reacciones puntuales incontroladas difícilmente compatibles con el tipo subjetivo del delito recogido en el art. 510 CP. Y asimismo, el Ministerio Pública cuestiona la legitimación de la representación procesal de Camilo, conforme al art. 259 LECrim, por carecer de poder especial, para ser parte en este procedimiento.

SEGUNDO.- Asentada de este modo la cuestión objeto de recurso, entraremos a conocer en primer lugar la cuestión de fondo, cuyo resultado hará ocioso entrar en el estudio de los motivos que presentan un perfil meramente formal.

(i) En primer lugar, debemos avanzar que compartimos con la resolución recurrida que no concurren indicios de que en los hechos por los que se sigue esta causa esté implicado el elemento racista o discriminatorio contrario a la dignidad e igualdad que caracteriza el delito contemplado en el art. 510 CP.

En efecto, el hecho denunciado consistente en proferir en el perfil de Instagram de Camilo la manifestación "Estrella q vas a ver cuando llegues al cielo después de las bombas q van a soltar en Cataluña", no resulta subsumible, no solo por el contexto sociopolítico en que resultó vertida, sino por su propia naturaleza y circunstancias, en el conocido como delito de odio recogido en el art. 510 CP.

El art. 510 CP sanciona 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".

Según ha tenido ocasión de expresar el Tribunal Supremo, lo que protege "el tipo penal del art. 510 es la dignidad de las personas, y colectivos de personas, a los que por su especial vulnerabilidad el Código otorga una protección específica en el mencionado artículo". STS 646/2018, de 14 de diciembre.

"El elemento que caracteriza a los delitos de odio es el ánimo subjetivo que conduce al autor a la comisión del hecho agresivo, lo que permite excluir un animus ajeno al contenido agresivo. El ánimo consiste en la animadversión hacia la persona, o hacia colectivos, que unificados por el color de su piel, por su origen su etnia, su religión, su discapacidad, su ideología, su orientación o su identidad sexual, o por su condición de víctimas conforman un aparente unidad que permite configurar una serie de tipos de personas. Además, estos delitos se conforman sobre una acusada circunstancialidad de la tipología, lo que obliga a interpretar la calificación jurídica de los hechos en función de la realidad social del tiempo en el que ha de aplicarse la norma. Por otra parte, desde la tipicidad objetiva, las expresiones y actos han de tener una gravedad suficiente para lesionar la dignidad de los colectivos contra los que se actúa". STS 646/2018, de 14 de diciembre.



"Y en todo caso, mediante el delito examinado no se persiguen las ideas, sino que la expresión de las mismas se realice "de modo que incorporen una provocación al odio, a la discriminación, o a la violencia, infringiendo los valores constitucionales de la dignidad humana y de la no discriminación por causa de nacimiento, origen racial, sexo o religión, o por cualquier otra circunstancia de carácter personal o social a los que se refieren los artículos 10 y 14 de la Constitución ". STS 646/2018, de 14 de diciembre .

En el supuesto actual, en los hechos objeto de denuncia no se aprecia el plus motivacional que exige el precepto, con impacto en la dignidad de la persona por motivos discriminatorios y con efecto llamada hacia la hostilidad y violencia.

El mensaje emitido carece, por su inconcreción y generalidad, de idoneidad y potencialidad suficiente para constituir una incitación a la hostilidad o a la humillación frente personas o grupos de personas vulnerables.

Desde esta perspectiva, la "ponderación de los valores en juego, libertad de expresión y agresión a través de expresiones generadores de un odio, ha de realizarse a partir de la constatación de los siguientes elementos: a) en primer lugar, el autor debe seleccionar a sus víctimas por motivos de intolerancia, y dentro de los colectivos vulnerables a los que alude la norma (...). b) en segundo lugar, la conducta no sólo atemoriza a la persona destinataria del mensaje, sino a todo el colectivo al cual pertenece, creando sentimientos de lesión de la dignidad, de inseguridad y de amenaza. c) las expresiones realizadas deben agredir, también, a las normas básicas de convivencia basadas en el respeto y la tolerancia, de manera que toda la sociedad se vea concernida por la expresión de las ideas que contrarían abiertamente los mensajes de tolerancia que el ordenamiento jurídico, como instrumento de control social, expone a la ciudadanía que los hace propios, lo que permitiría excluir de la consideración aquellas opiniones sobre personas de notoriedad pública por su actuación y sometidas a cuestionamiento ciudadano. d) Además, debe tratarse de mensajes que generen (...) un "sentimiento de odio" con "aptitud y seriedad para conformar un sentimiento lesivo a la dignidad. e) El ánimo que persigue el autor es el de agredir, lo que permitiría excluir las manifestaciones pretendidamente hilarantes y las que se efectúan desde la venganza puntual, desprovistas de la necesaria mesura". STS 646/2018, de 14 de diciembre .

En el sentido anterior, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de 28 de junio de 2018 , consideró que no nutre "el delito de odio del art. 510.1 CP cualquier expresión de hostilidad difundida públicamente contra una o más personas pertenecientes a un colectivo o grupo social identificable de personas, aunque sea claramente ofensiva y perturbadora de la paz social y del orden público. Por lo que se refiere específicamente a la motivación ideológica del discurso de odio, que es la única que menciona de alguna forma el Ministerio Fiscal en su querrela como motivadora de las expresiones de hostilidad atribuidas al querrelado, la propia razón de ser del tipo penal, a la que ya nos hemos referido al describir sus precedentes internacionales, requiere que la motivación se encuentre, precisamente, en la ideología de los que constituyen el objetivo de las expresiones ofensivas, con independencia de la que pueda ostentar el autor o autores de aquellas. Por otra parte, no cualquier colectivo o grupo social de personas puede ser víctima del delito del art. 510 CP , que por su propia definición típica solo puede referirse a aquellos que puedan considerarse vulnerables y se identifiquen como tales por razón de alguna condición personal o social."

El AAP de Barcelona (sección 6ª) 10066/2018 de 12 de diciembre , consideró además que "la virtualidad ofensiva de la conducta ha de proyectarse no sólo sobre la persona a la que afecta sino sobre todo el grupo, aun cuando lo sea de modo meramente potencial. La conducta ha de revestir especial gravedad y ha de ir tendencialmente dirigida a demonizar al colectivo frente a la opinión pública, construyendo la imagen del grupo y de sus miembros como seres inferiores carentes de dignidad. Una interpretación restrictiva de este tipo es la única que se acomoda a la finalidad teleológica de la reforma y la que permite evitar problemas concursales insolubles con otros tipos delictivos".

Por nuestra parte, en el auto de fecha 25 de septiembre de 2018 (rollo de apelación 480/2018), añadimos que para la existencia del delito contemplado en el art. 510 CP resulta necesario que la expresión vertida resulte proferida por un grupo, o persona integrada en un grupo, cuyo posicionamiento ideológico e ideario principal sea menospreciar, humillar o desacreditar a otras personas o grupos por sus propias características o por profesar un pensamiento diferente, de modo tal que conlleve no reconocer su plenitud de derechos y en definitiva su dignidad como personas, proclamada en el art. 10 CE .

En este caso, la expresión objeto de este procedimiento, "Estrella q vas a ver cuando llegues al cielo después de las bombas q van a soltar en Cataluña", no posee las notas de gravedad que la jurisprudencia exige para su consideración como expresión de odio penalmente relevante. En sí misma resulta inconcreta e irreal, no reviste las características de una incitación determinada hacia la humillación o violencia contra personas o grupos vulnerables; y en el contexto histórico en que se vertió, más constituye una reacción puntual y momentánea, que una expresión de odio fría y madurada según exige el precepto.



A lo expresado debe añadirse que el sujeto pasivo del delito no pertenece a un grupo que pueda considerarse vulnerable y se identifique como tal por razón de alguna condición personal o social, ni consta que el sujeto activo pertenezca a una comunidad de personas cuyo posicionamiento ideológico e ideario principal sea menospreciar, humillar o desacreditar a otras personas o grupos por sus propias características o por profesar un pensamiento diferente.

(ii) Y sentado lo anterior, la conclusión aquí alcanzada no puede sino derivar en la decisión de archivo adoptada en instancia, por más que ésta se haya producido en el contexto de la apertura de diligencias previas, donde ninguna se haya practicado, ante la imposibilidad de investigar hechos que no revistan apariencia de delito, conforme a los fines del procedimiento penal.

Debe recordarse que el mero "hecho de interponer una denuncia o querrela no aboca, de modo irremediable, a su admisión y a la plena sustanciación del procedimiento ya que el "ius ut procedatur" que ostenta el denunciante o querellante no supone ni representa "un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino tan sólo el derecho a una decisión judicial razonada sobre las pretensiones deducidas, que bien puede ser el sobreseimiento o archivo de las actuaciones" (TC 191/1992, de 16 de noviembre ; 111/1995, de 4 de julio) con lo que ninguna lesión al derecho a la tutela judicial supondrán aquellas resoluciones por las que se acuerde la inadmisión de la querrela o de la denuncia (conforme a lo establecido en los artículos 313 y 269 de la L.E.Cr) cuando se excluya "ab initio" su eventual relevancia penal, en cuyo caso deberá optarse por la inadmisión de la denuncia, conforme a lo establecido en el citado artículo 269 de la L.E.Cr , o por su sobreseimiento cuando no estuviera justificada la perpetración del delito, conforme a lo establecido en el artículo 641.1 de la citada Ley "- AAP Lleida (sección 1) 164/2018 de 22 de marzo .

O como señala el AAP Álava (sección 2) 105/2018 de 23 de febrero "debe destacarse tal y como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia y esta propia sala, la presentación de una querrela o una denuncia no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal, sino que se precisa la realización de una inicial valoración jurídica de la misma que puede conducir a su inadmisión a trámite sin más. Y tal inadmisión no vulnera la tutela judicial efectiva del querellante en su vertiente de acceso a la jurisdicción, dado que es doctrina constitucional reiterada la que señala que el ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación (Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 31/1996, de 27 de febrero , que se hace eco de las Sentencias del mismo Tribunal núm. 111/1995, de 4 de julio ; 157/1990, de 18 de octubre ; 148/1987, de 28 de septiembre ; y 108/1983, de 29 de noviembre)".

(iii) El recurso, por las razones expresadas, debe ser desestimado, puesto que los hechos no resultan subsumibles en el delito contemplado en el art. 510.2 CP , sin que en este punto resulte necesario entrar en el resto de cuestiones formales planteadas en los escritos de las partes.

TERCERO.- Conforme a lo razonado procede la desestimación del recurso de apelación, con declaración de oficio de las costas de esta alzada.

PARTE DISPOSITIVA

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Camilo , contra el auto dictado por el Juzgado de Instrucción 23 de Barcelona de fecha 12 de febrero de 2019 , que confirmamos en su integridad. Declaramos de oficio las costas de esta apelación.

Notifíquese el presente auto a las partes, advirtiéndoles que contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno; únase certificación al rollo de sala y remítase otra al Juzgado de su procedencia, para su debido conocimiento y efectos, y verificado todo ello archívese aquél sin más trámites, previas las oportunas anotaciones en los libros registros correspondientes.

Así lo acordó y mandó el Tribunal y firman los Magistrados reseñados al margen; doy fe.