

## **Audiencia Provincial de Valencia, Sección 2ª, Sentencia 468/2020 de 19 Nov. 2020, Rec. 44/2020**

**Ponente: Ortega Lorente, José Manuel.**

**LA LEY 171003/2020**

ECLI: ES:APV:2020:3864

**Resolución confirmada**

DELITO COMETIDO CON OCASIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LAS LIBERTADES PÚBLICAS. Absolución. El acusado publica mensajes en la cuenta pública de un tercero en la red social Facebook, no constado que estuviera en disposición de obtener adhesiones a sus mensajes para colaborar en la creación de un estado de opinión agresivo contra personas que compartieran la ideología comunista que atribuía al titular de la cuenta. A pesar que los mensajes son ofensivos, denigrantes y expresivos del rechazo de la ideología del titular de la cuenta, los mismos no integran los requisitos del tipo por el cual se formula acusación, al no ser la acción comunicativa objetivamente apta para extender un discurso de odio hacia los destinatarios de su mensaje dado el contexto en el cual se produce. Doctrina jurisprudencial sobre las conductas que integran el tipo penal frente a la libertad de expresión.

*La Audiencia Provincial de Valencia absuelve al acusado por un delito cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.*

### **AUDIENCIA PROVINCIAL**

#### **SECCIÓN SEGUNDA**

#### **VALENCIA**

Avenida DEL SALER,14 2º

Tfno: 961929121

Fax: 961929421

NIG: 46250-43-2-2017-0023383

Procedimiento:**Procedimiento Abreviado [PAB] Nº 000044/2020- E -**

Dimana del Procedimiento Abreviado [PAB] Nº 000933/2017

Del JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 5 DE VALENCIA

#### **SENTENCIA Nº 468/20**

=====

Composición del Tribunal:

#### **Presidente**

D. JOSÉ MANUEL ORTEGA LORENTE (ponente)

#### **Magistrados/as**

D. PEDRO ANTONIO CASAS COBO

D. JOSÉ MARÍA GÓMEZ VILLORA

=====

En Valencia a diecinueve de noviembre de dos mil veinte

La Sección segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, integrada por los Magistrados anotados al margen, ha visto la causa instruida con el número de Procedimiento Abreviado 000933/2017 por el JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 5 DE VALENCIA, contra D. Luis Pablo, con D.N.I. NUM000, nacido en PALMA MALLORCA el NUM001/77, hijo de Juan Ramón y de Maribel, representado por la Procuradora D<sup>a</sup>.CRISTINA MALDONADO AÑON y defendido por la Letrada D<sup>a</sup>. ROSARIO MILLAN MIRALLES.

Han intervenido el Ministerio Fiscal, representado por D. JESÚS GARCÍA JABALOY y como acusación particular D. Arcadio, representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. ENCARNACION PEREZ MADRAZO y asistido por el letrado D. RICARDO CANO ZAMORANO

## I. ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En sesión que tuvo lugar el día 12 de noviembre de 2020 se celebró ante este Tribunal juicio oral y público en la causa instruida con el número de procedimiento abreviado 000933/2017 por el JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 5 DE VALENCIA , practicándose en el mismo las pruebas propuestas por las partes que habían sido admitidas.

**SEGUNDO.-** El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución, previsto y penado en el art. 510.2.a) del Código Penal y solicito la condena del acusado como autor del mismo a DOS AÑOS de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, multa de DOCE MESES a razón de 10 euros por cuota diaria con responsabilidad personal en caso de impago conforme a lo previsto en el art. 53 del Código Penal, inhabilitación especial para la profesión u oficio educativos en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, durante SIETE AÑOS y prohibición de acudir al lugar del delito -a la red social Facebook-, por CINCO AÑOS, con cierre por ese tiempo de la cuenta-perfil que tuviera en dicha red, no pudiendo acceder a la misma ni crear otras cuentas- perfiles en dicha red social, más el pago de las costas procesales. También solicitó que se procediera a la retirada de los mensajes que envió y por los que venía acusado.

La acusación particular calificó los hechos en los mismos términos y solicitó la condena del acusado a las mismas penas que las solicitadas Fiscalía, salvo en lo relativo a la pena de prisión, que solicitó que se impusiera con una extensión de TRES AÑOS. Asimismo, solicitó la condena del acusado a indemnizar a D. Arcadio en la cantidad de 2.000 euros por daños morales, más los intereses legales.

**TERCERO.-** La defensa del acusado en sus conclusiones definitivas solicitó la libre absolución de su defendido por entender no había incurrido en delito alguno.

## II. HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.-** El 24 de abril de 2017, Luis Pablo, mayor de edad, envió un mensaje público a la cuenta de usuario en Facebook perteneciente a Arcadio, con el siguiente texto: " Arcadio, me cago en ti y tú comunismo, chavista de mierda, proasesino de tu pueblo de querer que tu pueblo pase miserias, repito me cago en tí y en tu comunmierdas hijo de perra".

Dicho mensaje provocó que otros seguidores de la cuenta de Arcadio contestaran a dicho mensaje en términos recriminatorios. Así, el usuario de la red social Facebook que se identifica como Conrado, le contestó "*habla cuando tus palabras sean mejor que tú silencio y visto lo visto por el bien del planeta*"

*para decir esos argumentos mantén la boca cerradita y deja que la gente no vea lo inepto que eres y podrías disimularlo, a le que le den..."*.

Tras dicho mensaje, Luis Pablo publicó otro en la cuenta de Arcadio, con el siguiente contenido literal: "*Pero pedazo de idiota podemierdas me cago en ti y en tu comunismo tu ladras mierda y yo te digo lo que hay, eres un idiota que está a favor de matar a tu pueblo como el inmaduro, que bueno fue don Francisco con vuestros abuelos ARRIBA ESPAÑA hijos de la gran puta, os ganamos en dos guerras civiles y os volveríamos a ganar panolis de mierda y repito ARRIBA ESPAÑA HIJOS DE LA GRAN PUTA*".

Dicho mensaje encontró respuesta en el usuario de la red social identificado como Juan Pablo, que publicó en la cuenta de Arcadio un mensaje con el siguiente texto: " Luis Pablo, me parece que tu comentario es repugnante, y faltas al respeto insultando no a una persona, sino a muchas más. Con esa actitud excluyente seguro que te buscas problemas".

Luis Pablo publicó entonces el siguiente mensaje: "*El único problema és eliminar mierda comunista como vosotros me cago en vuestra madre que bueno fue don Francisco Franco con vuestros abuelos joder*".

Contestó en la cuenta de Arcadio el identificado como Juan Pablo, con frases tales como "*Ensalzas a Franco diciendo que fué bueno con nuestros abuelos (¿??), como si tú fueses nacional de pura cepa y sin tacha. Estás orgulloso de lo que hizo tu familia durante una guerra civil. Eso te retrata.- Dices que no (¿??) habéis ganado en dos guerras civiles....¿Quién ha ganado a quién?. ¿A quién has ganado tú?. (Aparte de tu aplastante derrota sobre el sentido común). Digo más, ¿QUÉ DOS GUERRAS CIVILES? aunque una cosa tienes razón: las sabandijas y los besaculos han ganado todas las guerras de este país, porque siempre acaban mamando de la polla del vencedor.- Una cosa que voy a alabar de tu intervención es tu habilidad para combinar palabras, como sociomierdas. Muy buena. Yo también voy a probar: montacargas, sacapuntas, fachirrancio, besabanderas...*".

Posteriormente, Luis Pablo, en la cuenta de Arcadio, publicó los siguientes mensajes:

*"Rogelios de mierda al paredón, que blando fue don Francisco Franco con vuestros abuelos ARRIBA ESPAÑA cabrones comunistas"*.

*"Podemierdas os daba p'al pelo cabrones chavistas podemierdas"*.

No consta que los mensajes de Luis Pablo tuvieran repercusión, más allá de las contestaciones antedichas y de algún signo de aprobación para cada mensaje; tampoco consta que por el modo en que actuó, estuviera en disposición de obtener adhesiones a sus mensajes para colaborar en la creación de un estado de opinión agresivo contra personas que compartieran la ideología comunista, que es la que el señor Luis Pablo atribuía al señor Arcadio y a las otras personas que le respondieron y a las que dirigió sus mensajes.

### **III. FUNDAMENTOS JURIDICOS**

#### **PRIMERO.- Justificación de los hechos probados.**

##### **1. Prueba practicada.**

En la vista oral, el acusado admitió haber escrito y publicado en la página asociada a la cuenta de Facebook de D. Arcadio, los mensajes cuya autoría le atribuyen las acusaciones y que constan en las capturas de mensajes publicados en la cuenta, obrantes a los fs. 13 a 17 de las actuaciones. Aceptación de autoría congruente con el hecho acreditado de que el acusado era el titular de las cuentas y teléfono utilizados para el envío de los citados mensajes -v. informe policial obrante a los fs. 79 y 80, emitido el 18 de marzo de 2019 y que fue ratificado en juicio por el funcionario policial que lo elaboró (agente NUM002)-.

El acusado manifestó que él comenzó a enviar los mensajes como broma, para reírse de la persona titular de la cuenta de Facebook en la que los publicaba, pero luego terminó mal. Dijo estar arrepentido de los términos de mal gusto que empleó. Dijo arrepentirse de lo dicho a las personas a las que dirigió los mensajes, pero no de lo manifestado sobre el comunismo y el socialismo; manifestó que ha estado viviendo nueve años con una mujer rusa, que vivió el comunismo y lo que ella le ha contado hace que esté en contra. Dijo que lo que pretendía era reírse, no humillar a nadie e insistió en que se arrepentía de los modales.

El denunciante, Arcadio, manifestó que no conocía al acusado, que era el titular del perfil o cuenta en los que el acusado publicó sus mensajes y que éstos iban dirigidos a él y a otras personas. Dijo no haber tenido problemas anteriores con el remitente de tales mensajes. Manifestó tener más de 10.000 seguidores de su perfil en Facebook.

En relación a los hechos, dijo que si bien su cuenta es de perfil profesional y que en ella se reciben críticas, no son de esa índole, con amenazas como las que contenían los mensajes del acusado. Señaló que le preocupó el contenido de los mensajes, pues no sabía si detrás de ellos había simplemente un "hater" - personas que sistemáticamente muestran actitudes negativas u hostiles ante cualquier asunto- o alguien que quisiera hacerle daño. Añadió que fue por eso que él y sus compañeros de despacho, decidieron dar traslado de tales comentarios a su abogado.

Declaró el señor Arcadio que a raíz de los comentarios o mensajes enviados desde la cuenta del acusado, hubo gente que los criticaba y otros que lo apoyaban con mensajes tales como "Viva Franco, Viva España, fuera rojos...". Comentarios o intercambio de mensajes que duró, según refirió, unos tres días. Añadió que el acusado contestaba a los mensajes que le apoyaban -al señor Arcadio-.

Manifestó que los mensajes enviados por el acusado le provocaron nerviosísimo, llevar cuidado cuando iba por la calle, insomnio, intranquilidad; que recibir ese tipo de mensajes induce a no publicar en redes sociales para evitar ataques. Alegó que dado el contenido de los mensajes, que interpretó como expresivos de que el emisor le deseaba la muerte, pensó que quizás quien los emitía podía ir a por él por no soportar al partido político en el que él desarrollaba actividad y participaba. Añadió que el primero de los mensajes del señor Luis Pablo vino precedido de un mensaje del declarante en el que comunicaba que se presentaba a una elecciones primarias del partido político "Podemos".

Refirió que él no intercambió mensajes con el señor Luis Pablo.

## **2. Valoración de la prueba.**

### **2.1. Contenido de los mensajes.**

El contenido de la prueba permite declarar acreditado que el señor Luis Pablo "colgó" en la página de Facebook, en el muro de la cuenta del denunciante, los siguientes mensajes:

a) *" Arcadio, me cago en ti y tú comunismo, chavista de mierda, proasesino de tu pueblo de querer que tu pueblo pase miserias, repito me cago en tí y en tu comunmierdas hijo de perra".*

b) *" Pero pedazo de idiota podemierdas me cago en ti y en tu comunismo tu ladras mierda y yo te digo lo que hay, eres un idiota que está a favor de matar a tu pueblo como el inmaduro, que bueno fue don Francisco con vuestros abuelos ARRIBA ESPAÑA hijos de la gran puta, os ganamos en dos guerras civiles y os volveríamos a ganar panolis de mierda y repito ARRIBA ESPAÑA HIJOS DE LA GRAN PUTA".*

c) *"El único problema és eliminar mierda comunista como vosotros me cago en vuestra madre que bueno fue don Francisco Franco con vuestros abuelos joder".*

d) *"Rogelios de mierda al paredón, que blando fue don Francisco Franco con vuestros abuelos ARRIBA ESPAÑA cabrones comunistas".*

e) *"Podemierdas os daba p'al pelo cabrones chavistas podemierdas"*.

Del contenido de la prueba documental y de lo manifestado, tanto por el acusado como por el denunciante, se desprende que el primer comentario -identificado como mensaje a)- fue en respuesta a la noticia que el denunciante publicó en su cuenta pública, de que se presentaba a una elecciones internas del partido Podemos. Los siguientes fueron contestaciones a comentarios efectuados por otros usuarios de la red social Facebook que habían tenido conocimiento del primer y sucesivos comentarios del acusado. Así, el mensaje b) vendría precedido de un mensaje crítico con el mensaje a), enviado por uno de esos usuarios; el mensaje c) vendría precedido de otro mensaje crítico de un usuario distinto al anterior y el d) y el e), como respuesta a otro comentario crítico de dicho usuario.

No cabe duda que los mensajes enviados por el señor Luis Pablo tienen contenidos ofensivos, denigrantes, expresivos también del rechazo de la ideología que el señor Luis Pablo interpreta que profesa el señor Arcadio y quienes intervienen enviando mensajes criticando los suyos.

## 2.2. Análisis del contenido de los mensajes.

Se advierte, leyendo los mensajes, lo siguiente:

a) El primer mensaje es ofensivo, dirigido al titular de la cuenta - Arcadio-, en tanto que comienza por " Arcadio...". Ofensivo, pues usa expresiones como *"chavista de mierda"*, *"proasesino"*, *"me cago en ti"*, *"comunmiedas, hijo de perra"*; expresivo del rechazo de la ideología que, en términos obviamente gruesos, carentes de ningún matiz o justificación, expone el remitente al atribuir al destinatario *"querer que tu pueblo pase miserias"*

b) El segundo parece emitirse como contestación al mensaje del usuario identificado como " Conrado". Este, al parecer, contesta al mensaje a), con, entre otras, estas palabras: *"habla cuando tus palabras sean mejor que tú silencio y visto lo visto por el bien del planeta para decir esos argumentos mantén la boca cerradita y deja que la gente no vea lo inepto que eres y podrías disimularlo, a le que le den..."*. Y la respuesta del acusado es el mensaje b). Aquí, reitera expresiones ofensivas, vejatorias, despreciativas - *pedazo de idiota, me cago en ti, ladras mierda, eres un idiota, panolis de mierda, hijos de puta*- que mezcla con expresiones reveladoras de su desprecio, no sólo por la persona destinataria, sino por quienes profesan la ideología que el remitente parece presumir que profesa el remitente del mensaje al que contesta - *"me cago en ti y en tu comunismo, está a favor de matar a tu pueblo como el inmaduro"* (mención que parece estar vinculada al atribuido "chavismo" que, con apariencia despectiva o menospreciativa, atribuyó al señor Arcadio en el mensaje a))- . Se observa en este mensaje un salto cualitativo, cuando alaba la figura del Dictador -Franco- y la conducta que tuvo con los abuelos del interlocutor y quienes comparten su ideología - *"vuestros abuelos"*- . En el contexto en el que se incluye dicha mención -habla en términos polarizados, parece dividir la sociedad en dos bandos, los seguidores de Franco que ganaron *"dos guerras civiles"* (sic), seguidores que, de haber otra guerra, volverían a ganar- y dados los calificativos ofensivos para quienes no integran su bando, cabe inferir que el autor del mensaje incluye a las personas que integran el grupo en el que se integra el señor Arcadio y a quienes contestan a sus mensajes - proximidad ideológica a Podemos- en el grupo de aquéllos a los que desprecia y que si existen es porque -a su particular criterio- el Dictador Franco permitió que sus abuelos vivieran.

c) El mensaje c) parece ser contestación al que envió el usuario identificado como Juan Pablo, en el que calificaba su comentario anterior -b)- de repulsivo, insultante, expresivo de actitud excluyente y apto para que el remitente tuviera problemas.

La contestación del acusado es contundente, con un texto que reincide en el contenido del anterior, con expresiones que encuadran a quienes le critican en ese bloque que califica ahora de *"mierda comunista"*; suma expresiones ofensivas a quienes considera que integran ese grupo - *"me cago en vuestra madre"*- con la reiteración de ese mensaje que parece lamentar que el Dictador fuera bueno con sus abuelos -porque, cabe inferir que eso sería lo que permitiría, a criterio del acusado, que los

que integra en ese grupo contrario, enemigo (los que califica en este y anteriores mensajes de "mierda comunista", "podemierdas", "comunmierdas"), existan-.

d) y e) Los dos último mensajes parecen contestación al que el usuario identificado como Juan Pablo envía para criticar el mensaje b) o los mensajes b) y c). El mensaje crítico tenía este contenido: *"Ensalzas a Franco diciendo que fué bueno con nuestros abuelos (¿??), como si tú fueses nacional de pura cepa y sin tacha. Estás orgulloso de lo que hizo tu familia durante una guerra civil. Eso te retrata.- Dices que no (¿??) habéis ganado en dos guerras civiles...¿Quién ha ganado a quién?. ¿A quién has ganado tú?. (Aparte de tu aplastante derrota sobre el sentido común). Digo más, ¿QUÉ DOS GUERRAS CIVILES? aunque una cosa tienes razón: las sabandijas y los besaculos han ganado todas las guerras de este país, porque siempre acaban mamando de la polla del vencedor.- Una cosa que voy a alabar de tu intervención es tu habilidad para combinar palabras, como sociomierdas. Muy buena. Yo también voy a probar: montacargas, sacapuntas, fachirrancio, besabanderas..."*

Estos dos últimos mensajes -d) y e)-, reinciden en las expresiones ofensivas para quienes el señor Luis Pablo cobija bajo la etiqueta de *"rogelios, comunistas, podemierdas, chavistas"*; así usa epítetos similares a los usados en anteriores mensajes -Rogelios de mierda, cabrones chavistas- y en estos dos últimos, aparte de reincidir en lo que parece ser una idea fija, constante, cuál es la "bondad" del Dictador por haber sido "blando" con los abuelos de los que califica como *"rogelios, comunistas, chavistas, podemierdas"*, utiliza expresiones indicativas de que habría que eliminar a quienes integra en tales categorías - *"rogelios al paredón"*- o, cuanto menos, habría que actuar contra ellos - *"os daba p'al pelo"*-.

### **2.3. Significado de los mensajes.**

La lectura detallada de los mismos revela que el acusado emitió un total de cinco mensajes. El primero por propia iniciativa y sin que hubiera otro precedente, anterior, a él dirigido. Ese primer mensaje contiene calificativos expresivos de su desprecio por el destinatario - Arcadio-, desprecio motivado por la proximidad ideológica que el acusado debió deducir que tenía el señor Arcadio a un partido político al que el acusado desprecia por ser -a su particular criterio- filocomunista y "chavista".

Los siguientes los envía en respuesta a los mensajes que envían personas distintas al señor Arcadio; mensajes, todos ellos, que critican los modos y el contenido de los sucesivos textos del señor Luis Pablo. En los sucesivos mensajes el tono agresivo, ofensivo, se va incrementando; especialmente, se incrementa la agresividad. Eso sí, los términos son genéricos, expresivos del rechazo de la ideología o lo que el señor Luis Pablo ampara o comprende bajo las etiquetas "podemierdas, rogelios, comunmierdas, comunistas, chavistas"; etiquetas que asocia con personas que, a su criterio, quieren que el pueblo pase miserias, están a favor de matar a su pueblo, están vinculados con el bando perdedor en la Guerra Civil, bando contrario al del señor Luis Pablo, que parece identificarse con el que lideró el General Franco en dicha contienda, al que tacha de blando o bueno con el bando contrario. Finalmente, el acusado, respondiendo a las críticas, llega a expresar su deseo de que los integrantes de ese bando -rojos, podemierdas, comunistas, chavistas- sean eliminados.

Ahora bien, por razones que explicaremos con detalle más tarde, si bien el discurso contenido en esos mensajes, por su contenido, pudiera haber sido apto para generar un clima justificativo del recurso a la violencia para la consecución de objetivos políticos -discurso del odio-, lo cierto es que el contexto conocido no revela aptitud para ello ni, por tanto, cabe considerar que pudiera el señor Luis Pablo pretender algo que la manera en que actuó no permitía conseguir.

Dado el lugar utilizado para la publicitación de los mensajes -una página asociada a una cuenta en la que no consta que hubiera seguidores ideológicamente afines al discurso del señor Luis Pablo-, dado el contexto de enfrentamiento dialéctico en el que aparecieron cuatro de los cinco mensajes -contestación a otros que le criticaban-, dado el perfil conocido del acusado -hombre vehemente,



como puso de manifiesto en la vista oral, pero del que no consta la condición de líder o representante de movimiento alguno- y dada la escasa repercusión de los mensajes -lo que consta documentado es que apenas generaron reacciones de aprobación u otro tipo- cabe concluir que su acción comunicativa no era objetivamente apta para extender un discurso de odio hacia los destinatarios de su mensaje. Es por ello que no ha podido declararse acreditado que los mensajes de Luis Pablo tuvieran repercusión más allá de las contestaciones antedichas; del mismo modo, la prueba practicada tampoco ha permitido declarar probado que del modo que actuó estuviera el acusado en disposición de obtener adhesiones a sus mensajes para colaborar en la creación de un estado de opinión agresivo contra personas que compartieran la ideología que el señor Luis Pablo atribuía al señor Arcadio y a las otras personas que le respondieron y a las que dirigió sus mensajes. Y siendo la acción, aparentemente inhábil para generar un discurso de odio, tampoco cabe atribuir al acusado que pretendiera lo que a través de los medios empleados no aparentaba poder lograr.

## **SEGUNDO.- Calificación jurídica.**

### **1. El delito del art. 510. 2. a) del Código Penal .**

El Ministerio Fiscal califica los hechos como constitutivos de un delito cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución, previsto y penado en el art. 510.2. a) del Código Penal.

La acusación particular calificó los hechos conforme al mismo precepto penal.

#### **1.1. El art. 510.2.a)**

El art. 510.2.a) dice: "*Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:*

*a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos".*

#### **1.2. Doctrina constitucional.**

Conforme con la doctrina constitucional -recogida en la reciente STC 35/2020 de 25 de febrero-, la condena penal por hechos cometidos a través de la palabra - en este caso escrita-, revela un conflicto de derechos de trascendencia constitucional cuya balanza sólo podrá inclinarse hacia la tipificación de la conducta delictiva si, en primer lugar -después ya vendrá el análisis de la tipicidad penal de los hechos-, cabe afirmar que la conducta enjuiciada no constituye un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión.

Recuerda dicha STC con cita de otras -las STC 112/16, 177/15, 6/81 y 12/82-, "*la 'peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión', en cuanto que garantía para 'la formación y existencia de una opinión pública libre', que la convierte 'en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática'. De modo congruente con ello se destaca la necesidad de que dicha libertad 'goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones', que ha de ser 'lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor'. [...] El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático*

*representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas".*

Frente a dicha dimensión institucional, recuerda la STC 35/20 que la libertad de expresión tiene, como todos los demás derechos, sus límites, de manera que cualquier ejercicio de ese derecho no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, y recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista, de lo que resulta que, en principio, se pudiera considerar necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia y que, del mismo modo, la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios.

Por tanto - STC 177/2015-, ante conductas que pueden ser eventualmente consideradas manifestaciones del discurso del odio, la labor de control constitucional que debe desarrollarse es la de dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia' (FJ 4). Igualmente, dicha sentencia recuerda cómo la STC 136/1999, de 20 de julio declaró que *'no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre' (FJ 15). Del mismo modo, la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre' (FJ 4). Y, además, que '[e]s obvio que las manifestaciones más toscas del denominado discurso del odio son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes'.*

Es por ello que - STC 112/2016-, los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser siempre ponderados con exquisito rigor, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal. A ese respecto se incide en que, cuando esto sucede, esas limitaciones siempre han de ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado, lo que obliga al juez penal a tener siempre presente su contenido constitucional para *'no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático'.*

La STC 35/20, citando la STC 235/2007, recuerda parámetros de gravedad de hechos cometidos a través de la expresión de opiniones o ideas que pueden justificar la sanción penal. Y señala que para sancionar penalmente conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores, es preciso que, como manifestación del discurso del odio, se genere una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión.

Conforme a lo expuesto y a lo expresado por el TEDH -la STC 35/20 contiene una extensa referencia a sentencias de dicho Tribunal sobre la materia- ninguna de las disposiciones del CEDH *'podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a*



*dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo'. En concreto, por lo que se refiere a sanciones penales vinculadas a conductas de incitación o apología del terrorismo es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que podría resultar justificada una limitación de la libertad de expresión cuando pueda inferirse que dichas conductas supongan un riesgo para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito. Así, el TEDH ha considerado que la condena estaba justificada si la conducta era manifestación del discurso del odio, entendiendo por tal aquél que justifica el recurso a la violencia para la consecución de objetivos políticos.*

Es por todo ello, concluye la STC 35/20 -con cita de la STC 177/2015- que la labor que debe desarrollar el órgano judicial penal consiste en valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión, lo que determina que *'la ausencia de ese examen previo al que está obligado el juez penal o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible' y 'constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración' [FJ 2 d)]. A esos efectos, la jurisprudencia constitucional ha afirmado como justificativo de esa posición no solo que '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 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3 , y 177/2015, de 22 de julio , FJ 2); sino también que el juez al aplicar la norma penal, como el legislador al definirla, no pueden 'reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal'.*

### **1.3. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.**

El Tribunal Supremo, por su parte, ha ido elaborando, también, un cuerpo de doctrina jurisprudencial que constituye una referencia relevante para identificar qué conductas cabe entender amparadas por el tipo penal, sin que la subsunción en el tipo penal pueda suponer la imposición de límites que devalúen el contenido protegido por la libertad de expresión.

1.3.1. Señala la STS 646/18 de 14 de diciembre, citando la STS 4/2017 de 18 de enero y analizando el art. 578 del Código Penal, que es necesario *"no convertir la libertad de expresión, y los límites que ésta tolera y ampara, en el único parámetro para discernir cuando lo inaceptable se convierte en delictivo. No todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en la porción de injusto que abarca el artículo 578 del Código penal. Nuestro sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasa necesariamente por la incriminación penal... no todo mensaje inaceptable o que ocasiona 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 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 que lo que no es acogido en que la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo...".* Añade que *"el derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia".*

Siguiendo esa línea argumental, no basta para identificar la conducta como delictiva, que las expresiones enjuiciadas tengan un contenido que no esté amparado por la libertad de expresión. Así, la STS 185/2019 de 2 de abril, señala: *"Los límites de la punición respecto a la libertad de expresión*

*parten de esa consideración del derecho fundamental como limitable y la necesidad de reservar lo punible no solo a la trasgresión del derecho fundamental requiriendo además aditamentos referidos a la generación de un peligro a la convivencia".*

1.3.2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo suya la expresión "discurso del odio" en la Sentencia de 8 julio 1999, caso *Erdogdu* contra Turquía, donde argumentó que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado discurso del odio, esto es aquel desarrollado en términos que supongan una incitación violenta contra los ciudadanos en general, contra determinadas razas o creencias, en particular.

1.3.3. La STS 646/2018 de 14 de diciembre afirma que *"El delito de odio aparece definido en el art. 510 Cp., que no requiere, en su tipicidad, una generación de una situación concreta de peligro aunque si una aptitud para la generación de una situación de peligro, que sea tenida por seria, a la dignidad de las personas a las que se refiere"*.

Añade que desde el plano normativo y jurisprudencial, *"en el art. 510 Cp., enmarcado en la categoría de delito de odio, su tipicidad no requiere la generación de un riesgo, abstracto, concreto o hipotético, que si es preciso en los delitos de provocación o de apología del terrorismo, previstos en el art. 579 Cp, que requieren la idoneidad para incitar a la comisión de un delito terrorista. La tipicidad del art. 578 Cp., aún requiriendo la generación de un riesgo, en esta tipicidad su exigencia tiene una menor intensidad, no es de incitación a la comisión, sino de aptitud del discurso para generar ese riesgo "aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el sistema de libertades". (STC 112/2016).*

*Señalado lo anterior, los delitos de discurso del odio, genérico y específico, precisan de los necesarios límites para no llevar a la tipicidad a meras transgresiones a la libertad de expresión.*

*La necesaria ponderación de los valores en juego, libertad de expresión y agresión a través de expresiones generadoras 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, exigencia que también juega respecto de las víctimas de delitos terroristas. 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 merezcan una calificación de graves y serios para la incitación a la comisión de actos terroristas (art. 579 Cp), o la generación del sentimiento de odio, 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 medida".*

1.3.4. La STS 72/2018 de 9 de febrero, por su parte, dice que *"el art. 510 Cp sanciona a quienes fomentan promueven la discriminación, el odio o la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos que son recogidos, en el precepto. El elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del "discurso del odio", que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren la antijuricidad del discurso del odio sin*

*necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo. El tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad.*

*Ambos delitos presentan una estructura similar, de lo que el delito de enaltecimiento es la especie del genérico 510 Cp. y una problemática parecida, relacionada con la colisión de su punición con el derecho fundamental a la libertad de expresión".*

1.3.5. La STS 185/19 antes citada señala que *"El ordenamiento español se ha hecho eco de esta modalidad agresiva a la convivencia y recoge en varios artículos, modalidades enmarcadas en el denominado discurso del odio. El art. 510 y del Código penal, como arquetipo del discurso que el odio; el artículo 578, el delito de enaltecimiento, y el de menosprecio a las víctimas; el art. 579, con un contenido que amenaza a la ejecución de delitos de terrorismo al exigir la incitación a la comisión de delitos de terrorismo; el artículo 607, en su redacción anterior a 2015, cuando acogía la provocación, incitación al delito de genocidio, y anteriormente, la negación al holocausto; así como otras manifestaciones en las cuales aparece, de alguna forma, concernida la libertad de expresión y ataque a instituciones.*

*El bien jurídico protegido por 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. Cuando el discurso de odio se concreta en el terrorismo a la dignidad de la víctima, y de la sociedad en general, se une la finalidad terrorista cuyo contenido resulta de la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008, esto es, actividad delictiva realizada con la finalidad de subvertir el orden constitucional, alterar gravemente la paz pública, desestabilizar el funcionamiento de una organización internacional, o provocar un estado de terror.*

*El elemento que caracteriza a los delitos de odio es el ánimo subjetivo que conduce al autor a la comisión del hecho 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 una 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. Cuando la variedad del discurso del odio se concreta en el terrorismo, a ese ánimo subjetivo, agresivo, se suma la finalidad terrorista exigiendo la generación de un peligro que será concreto (art. 579 CP) o de aptitud de riesgo y peligro (art. 578 CP).*

*Lo que es objeto de castigo en los delitos de odio, no puede ser la expresión de una idea, sino cuando se haga 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 10y14 de la Constitución. El problema de la tipicidad de estos delitos surge a la hora de dar contenido a la provocación al odio o a la comisión de delitos en concreto.*

*El tipo debe completarse con el riesgo que mantener ese tipo de comportamientos provoca para la colectividad social, dando lugar a que, por ellos mismos, o por otros sujetos, influenciados por ese*

*mensaje, se originen actos que pongan en peligro valores esenciales del ser humano, como su vida, integridad física o su libertad. Es desde el punto de vista del riesgo, donde debe ponerse el acento de su tipicidad.*

*El ámbito de protección constitucional de los delitos de odio aparece enmarcado por el contenido de los artículos 16 de la Constitución, que proclama el derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto; el artículo 20 que consagra la libertad de expresión; el artículo 10.1 de la Constitución que enuncia la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y los derechos que son el fundamento del orden político y la paz social.*

*El discurso generador del odio y la discriminación no tienen amparo, ni cobertura en los referidos derechos constitucionales. A tal efecto son numerosos los Tratados Internacionales ratificados por España que, al amparo del artículo 10 de la Constitución, ha de guiar la interpretación de la tipicidad de los delitos de odio en sus variadas manifestaciones típicas. Junto a la Convención de Naciones Unidas para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948; la Convención de Naciones Unidas sobre eliminación de toda forma de discriminación racial de 22 diciembre de 1965; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 diciembre de 1966; el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 noviembre de 1950; la Recomendación (97) 20, de 20 octubre 1997 y la de 3 octubre de 2002, de política general acerca de la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial en la Comisión europea contra el racismo e intolerancia (ECRI); la recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo sobre blasfemia, insultos religiosos y discurso de odio contra personas por razón de su religión; la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 noviembre 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal; la Convención sobre cibercrimen, de 23 noviembre 2011; la Recomendación 7 de la Comisión europea contra el racismo y la intolerancia, de 13 diciembre del 2002, que identifica el discurso del odio, como expresiones que intencionadamente difundidos implican a) una incitación pública a la violencia y el odio; y b) a través de las cuales insultan y difaman públicamente a personas o grupo de personas por razón de su raza, color, lengua, religión, nacionalidad, su origen, nación o etnia; la Convención del Consejo de Europa sobre prevención del terrorismo, de 16 mayo 2008, cuyo artículo 5 define la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo, disponiendo que la tipificación de las conductas requiere la creación de un riesgo para la comisión de un delito terrorista. Concretamente, la Convención del Consejo de Europa sobre prevención del terrorismo, de 16 de mayo de 2005 y la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, establece que en su punición los Estados miembros han de incorporar a su tipicidad una potencialidad de riesgo de que puedan cometerse actos terroristas.*

*En nuestro ordenamiento penal, las figuras previstas en los artículos 510, 578 y 579 CP, se corresponden con delitos de odio, el primero genérico, en tanto que los otros dos son específicos".*

## **2. Análisis de tipicidad de los hechos probados.**

### **2.1. Parámetros para identificar la antijuridicidad de los mensajes enjuiciados.**

No siempre resulta fácil determinar si mensajes que, por su contenido, no encuentran amparo en el ejercicio de la libertad de expresión y, en su literalidad, justifican el recurso a la violencia para la consecución de objetivos políticos, pueden ser penalmente típicos al amparo del art. 510 del Código Penal. Y ello porque, como hemos visto, es preciso analizar si en el contexto en el que el o los mensajes se emiten, son objetivamente aptos para generar el riesgo de provocar actos que pongan en peligro valores esenciales del ser humano, como su vida, integridad física o su libertad.

No olvidemos que si bien el tipo penal no exige la aptitud del mensaje para provocar un peligro concreto para bienes jurídicos de personas pertenecientes al grupo objeto del mensaje ofensivo,



vejatorio, humillante, sí debe ser apto para -como tipo que sanciona conductas integrables en la categoría del "discurso del odio"- generar un clima de odio contra los integrantes de un colectivo de los contemplados en el apartado a) del art. 510.1 o contra una persona por su pertenencia a ese colectivo; clima que debe ser apto para inducir a los receptores del discurso a la comisión de actos lesivos para la integridad física, la vida, la libertad de dichas personas.

En este concreto ámbito, puede ser de utilidad la Recomendación de Política General nº 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), que suministra los puntos a tomar en consideración para contextualizar las conductas de incitación al odio y evaluar si existe o no el riesgo de que se produzcan estos actos. A tal efecto, hay que tener en cuenta las circunstancias específicas en las que se utiliza el discurso de odio. En particular:

"(a) el contexto en el que se utiliza el discurso de odio en cuestión (especialmente si ya existen tensiones graves relacionadas con este discurso en la sociedad);

(b) la capacidad que tiene la persona que emplea el discurso de odio para ejercer influencia sobre los demás (con motivo de ser por ejemplo un líder político, religioso o de una comunidad);

(c) la naturaleza y contundencia del lenguaje empleado (si es provocativo y directo, si utiliza información engañosa, difusión de estereotipos negativos y estigmatización, o si es capaz por otros medios de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación);

(d) el contexto de los comentarios específicos (si son un hecho aislado o reiterado, o si se puede considerar que se equilibra con otras expresiones pronunciadas por la misma persona o por otras, especialmente durante el debate);

(e) el medio utilizado (si puede o no provocar una respuesta inmediata de la audiencia como en un acto público en directo); y

(f) la naturaleza de la audiencia (si tiene o no los medios para o si es propensa o susceptible de mezclarse en actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación)."

## 2.2. Análisis de la tipicidad de los hechos probados.

Los hechos declarados probados no reúnen todos los elementos necesarios para poder integrar la conducta dentro del ámbito típico del delito del art. 510.2.a) del Código Penal.

En el fundamento jurídico primero, apartado 2.3, dijimos:

*"La lectura detallada de los mismos revela que el acusado emitió un total de cinco mensajes. El primero por propia iniciativa y sin que hubiera otro precedente, anterior, a él dirigido. Ese primer mensaje contiene calificativos expresivos de su desprecio por el destinatario - Arcadio-, desprecio motivado por la proximidad ideológica que el acusado debió deducir que tenía el señor Arcadio a un partido político al que el acusado desprecia.*

*Los siguientes los envía en respuesta a los mensajes que envían personas distintas al señor Arcadio; mensajes, todos ellos, que critican los modos y el contenido de los sucesivos mensajes del señor Luis Pablo. En los sucesivos mensajes el tono agresivo, ofensivo, se va incrementando; especialmente, se incrementa, la agresividad. Eso sí, los términos son genéricos, expresivos del rechazo de la ideología o lo que el señor Luis Pablo ampara o comprende bajo las etiquetas "podemierdas, rogelios, comunmierdas, comunistas, chavistas"; etiquetas que asocia con personas que, a su criterio, quieren que el pueblo pase miserias, están a favor de matar a su pueblo, están vinculados con el bando perdedor en la Guerra Civil, bando contrario al del señor Luis Pablo, que parece identificarse con el que lideró el General Franco en dicha contienda, al que tacha de blando o bueno con el bando contrario. Finalmente, el acusado, respondiendo a las críticas, llega a expresar su deseo de que los integrantes de ese bando -rojos, podemierdas, comunistas, chavistas- sean eliminados".*

*Los mensajes en cuestión tienen el siguiente contenido:*



a) " Arcadio, me cago en ti y tú comunismo, chavista de mierda, proasesino de tu pueblo de querer que tu pueblo pase miserias, repito me cago en tí y en tu comunmierdas hijo de perra".

b) " Pero pedazo de idiota podemierdas me cago en ti y en tu comunismo tu ladras mierda y yo te digo lo que hay, eres un idiota que está a favor de matar a tu pueblo como el inmaduro, que bueno fue don Francisco con vuestros abuelos ARRIBA ESPAÑA hijos de la gran puta, os ganamos en dos guerras civiles y os volveríamos a ganar panolis de mierda y repito ARRIBA ESPAÑA HIJOS DE LA GRAN PUTA".

c) "El único problema és eliminar mierda comunista como vosotros me cago en vuestra madre que bueno fue don Francisco Franco con vuestros abuelos joder".

d) "Rogelios de mierda al paredón, que blando fue don Francisco Franco con vuestros abuelos ARRIBA ESPAÑA cabrones comunistas".

e) "Podemierdas os daba p'al pelo cabrones chavistas podemierdas".

### **No cabe duda de que tales mensajes no están cubiertos por el derecho a la libertad de expresión.**

La crítica política desabrida, incluso soez, maleducada, puede estar cubierta por el ejercicio de la libertad de expresión. Es sumamente ilustrativa la STEDH de 28 de agosto de 2018 dictada en el caso Savva Terentyev c. Rusia. En la Sentencia, el Tribunal reconoce el carácter injurioso del lenguaje empleado (el demandante, condenado por un delito de incitación al odio tilda de "maderos", "matones" y "cerdos" a los policías", y afirma que deberían ser quemados en hornos como en Auschwitz), y destaca que el lenguaje ofensivo puede quedar fuera del ámbito de protección del derecho si busca denigrar gratuitamente. Sin embargo, también señala que el uso de determinadas expresiones, por sí mismo, no determina la consideración como injurioso del mensaje, pues el autor puede perseguir, en concreto, impactar mediante un recurso retórico o estilístico. El TEDH sostiene que el estilo forma parte de la expresión, tanto como el contenido de lo que se expresa y, por tanto, también está convencionalmente protegido, y recuerda que las expresiones no pueden dissociarse del contenido ideológico del mensaje y del contexto en el que se emite.

En el presente caso, la parte de los mensajes que contienen crítica al contrario político, está amparada por la libertad de expresión. En ese contexto, expresiones tales como "rogelios, chavista de mierda", incluso "podemierda", podría encontrar amparo en dicha libertad de crítica política, dentro de los amplísimos márgenes que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han considerado necesario amparar para garantizar el ejercicio de una libertad básica para el funcionamiento de una sociedad democrática. Ahora bien, cuando el mensaje pasa del epíteto soez que refuerza el rechazo del proyecto político contrario, a la expresión de la necesidad, conveniencia o deseo, de que los que apoyan dicho proyecto o se integran o apoyan al partido que defiende dicho proyecto, debieran no haber existido o debieran ser eliminados violentamente -"Rogelios de mierda, al paredón", "os daba p'al pelo"-, la crítica soez, vociferante, descontrolada, puede subir un escalón y tener aptitud para generar odio hacia los integrantes del grupo destinatario de las invectivas e insultos, de contribuir a la generación de un clima en el que bien el propio emisor, bien terceros que lean tales mensajes, encuentren un estímulo para desarrollar conductas violentas contra aquéllos.

No consideramos que la prueba practicada permita afirmar tal cosa de los mensajes emitidos por el señor Luis Pablo.

Utilizando los parámetros señalados por la Recomendación de Política General nº 15 de la ECRI - antes recogidos-, observamos:

1. No hay constancia de que el señor Luis Pablo enviara los mensajes en un contexto de enfrentamiento en el que existieran tensiones graves por discursos de persecución o gravemente excluyentes contra afiliados o simpatizantes del partido Podemos.

2. No hay constancia de que el señor Luis Pablo tuviera capacidad alguna de generación de discurso, ni de que fuera persona que liderara discurso alguno o tuviera capacidad alguna para influir a través del mismo, en contra de personas vinculadas a partidos del espectro ideológico del partido Podemos o de otros que una persona con ideas como las expresadas por el acusado pudiera vincular con dicho espacio.

3. El señor Luis Pablo vertió sus mensajes en una cuenta de una persona vinculada a un partido de izquierdas o que había comunicado su participación en un proceso electoral interno de dicho partido. Y lo hizo con expresiones objetivamente injuriosas, vejatorias, ofensivas dirigidas al titular de dicha cuenta, el señor Arcadio; expresiones que dada la ausencia de vínculo o contacto previo entre ellos, sólo tenían como causa la vinculación del señor Arcadio a dicho partido y el rechazo visceral que al señor Luis Pablo -como puso de manifiesto en la vista oral- le provocan los partidos que comparten idearios socialistas o comunistas o se sitúan en el espacio de la izquierda política. Como su primer mensaje fue comentado o contestado, el señor Luis Pablo replicó y así hasta en tres ocasiones más, dirigiendo sus invectivas, cargadas de animosidad, groserías e hipérbolos denigratorias de los interlocutores, por la condición que el señor Luis Pablo deducía, de que los mismos profesaban un ideario político análogo al del señor Arcadio. En su escalada discursiva incrementó la agresividad, llegando a afirmaciones reveladoras de una posición antitética y agresiva. Aunque, como ya vimos, la literalidad de los mensajes contenían significados que podían entenderse como expresivos del deseo del señor Luis Pablo de que los interlocutores, por izquierdistas, fueran eliminados - *"rogelios al paredón"*- o no hubieran existido - *"que bueno fue don Francisco Franco con vuestros abuelos joder"*- , no puede dejarse de valorar que no hay constancia de que hubiera más mensajes que los recogidos en el relato de hechos probados, que todos fueron enviados en un mismo día y que cuatro de los cinco mensajes se enviaron como respuesta a otros que criticaban el tono, el contenido, el vocabulario empleados por el señor Luis Pablo -aunque, debe dejarse constancia, dichas contestaciones, eran muy críticas con el señor Luis Pablo, pero no incurrían, ni levementemente, en los excesos verbales que caracterizaron los mensajes del acusado-.

4. Los mensajes del señor Luis Pablo fueron publicados en una cuenta que, según el señor Arcadio, tenía más de diez mil seguidores - los datos sobre alcance de la cuenta, obrante al f. 13, serían compatibles con dicha afirmación- pero no consta si dicho dato era conocido por el acusado. Del examen de la prueba documental -fs. 13 a 17 y 43 vuelto- se desprende que aparte de las contestaciones por parte de quienes se identificaban como Conrado y Juan Pablo, los mensajes del señor Luis Pablo -por los emoticonos que aparecen detrás o al lado de los mensajes- apenas contaron con repercusión. El señor Arcadio manifestó que a raíz de los comentarios o mensajes enviados desde la cuenta del acusado, hubo gente que los criticaba y otros que lo apoyaban; éstos con mensajes tales como "Viva Franco, Viva España, fuera rojos...". Comentarios o intercambio de mensajes que duró, según refirió, unos tres días. Sin embargo, de ello no hay constancia documentada; si bien no hay motivos para dudar de que el señor Arcadio afirmó lo que recordaba, lo impreciso de su afirmación y la ausencia de constancia -en los pantallazos de los mensajes- de repercusión de los mensajes del señor Luis Pablo, impide considerar que el acusado actuara para incitar a otros a compartir sus excesos verbales y, en su caso, a generar un clima de opinión de odio hacia los destinatarios de sus mensajes y quienes compartieran ideología con ellos.

5. Más allá de que la cuenta del señor Arcadio fuera pública, no hay constancia de que fuera un espacio virtual visitado por personas afines al discurso del señor Luis Pablo.

Todo ello permite concluir que si bien las expresiones utilizadas por el señor Luis Pablo son manifiestamente reprobables, por ofensivas, por soeces, por agresivas, las mismas se enmarcaron en un contexto de confrontación discursiva con el titular de la cuenta y otras dos personas que contestaron a sus mensajes, sin que los elementos conocidos que permiten contextualizar el mensaje permitan considerar que lo emitía en condiciones aptas para provocar actos que pusieran en peligro

valores esenciales del ser humano, como su vida, integridad física o su libertad. El discurso, por su contenido, pudiera haber sido apto para generar un clima justificativo del recurso a la violencia para la consecución de objetivos políticos -discurso del odio-; sin embargo, el contexto conocido no revela aptitud para ello ni, por tanto, cabe considerar que pudiera el señor Luis Pablo pretender algo que la manera en que actuó no permitía conseguir.

Los mensajes, a pesar de su contenido, no eran objetivamente aptos para extender un discurso de odio hacia los destinatarios de su mensaje: ni por el lugar utilizado para la publicitación de los mensajes, ni por el contexto de enfrentamiento dialéctico en el que aparecieron cuatro de los cinco mensajes -contestación a otros que le criticaban-, ni por el perfil conocido del acusado -hombre vehemente, como puso de manifiesto en la vista oral, pero del que no consta la condición de líder o representante de movimiento alguno- .

Como señalamos anteriormente, la STS 185/19 refiere que lo que se castiga en los delitos de odio, no puede ser la mera expresión de una idea, sino que se haga de modo que incorpore una provocación al odio, a la discriminación, o a la violencia. Y para valorar la concurrencia de ese elemento antijurídico trascendental para dotar de tipicidad a la conducta, hay que efectuar un análisis contextual que, en el presente caso, no permite identificar su existencia. Por ello, no cabe sino concluir que si bien los mensajes del acusado se extralimitaban del ámbito de lo protegible por la libertad de expresión, no por ello son constitutivos del delito por el que se formuló acusación.

Consecuentemente, procede la libre absolución del señor Luis Pablo, con todos los pronunciamientos favorables.

**TERCERO.-** Que en aplicación de los artículos 109 y 116 del Código Penal, ante el carácter de la presente resolución no cabrá efectuar pronunciamiento alguno en materia de responsabilidad civil.

**CUARTO.-** De acuerdo a lo prevenido por los artículos 123 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede decretar de oficio las costas procesales.

**VISTOS**, además de los citados, los artículos 24, 25 y 120.3 de la Constitución, los artículos 1 y 2, 10, 15 y 27 a31 del Código Penal, los artículos 142, 239 y 240, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Valencia,

## FALLAMOS

Que debemos **ABSOLVER y ABSOLVEMOS** a D. Luis Pablo de la acusación contra el formulada en la presente causa, declarando de oficio las costas procesales.

Se dejan sin efecto todas las medidas cautelares que se hayan podido adoptar contra la persona o bienes del/os acusado/s.

Contra la presente resolución, cabe interponer recurso de APELACIÓN ante el Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, en el plazo de diez días siguientes a aquél en el que se notificara la sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.