

Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 8 - 28035

Teléfono: 914934586,914934588

Fax: 914934587

REC MCSM

37050980

N.I.G.: 28.079.00.1-2017/0124407

Recurso de Apelación 361/2018

Delito: Delitos sin especificar

O. Judicial Origen: Juzgado de Instrucción nº 17 de Madrid

Procedimiento Origen: Diligencias previas 1728/2017

AUTO N°206/18

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN DECIMOSEXTA

Magistrados

[REDACTED]

En Madrid, a ocho de marzo de 2018.

HECHOS

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción 17 de Madrid, dictó auto el 13 de octubre de 2017, acordando la inadmisión a trámite la querrela formulada por la representación procesal de la REAL FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CAZA, contra [REDACTED] y otras 91 personas, por los presuntos delitos de incitación al odio, injurias, calumnias y amenazas, al no revestir los hechos caracteres de infracción penal.

SEGUNDO.- Contra esta decisión la representación procesal de parte querellante, formuló recurso de reforma y subsidiario de apelación, siendo desestimado el primero por auto de 18.12.2017, al tiempo que admitía a trámite el subsidiario de apelación, y dados los traslados necesarios, la parte recurrente efectuó alegaciones, siendo impugnadas por el Ministerio Fiscal, se remitió la causa a este Tribunal, donde se formó el oportuno rollo de Sala, señalándose el día 6 de los corrientes para su deliberación; siendo ponente la Ilma. Sra. Magistrada Suplente D^a Josefina Molina Marín, que expresa el parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se alza la querellante, Real Federación Española de Caza, contra el auto que acuerda no admitir a trámite la querrela interpuesta por los presuntos delitos de incitación al odio del art. 510 del CP, de calumnias e injurias de los arts. 205 y 208 ambos del CP, y de amenazas de los arts. 169 y 170 del CP, contra 92 usuarios de las redes sociales, por los comentarios insultantes y amenazantes, que a su juicio constituye una violenta campaña contra la actividad cinegética, que es una actividad regulada legalmente, y contra una concreta cazadora, D.^a Mel Capitan Hunter, que le llevó al suicidio con 27 años.

Alega que en el escrito de querrela existen indicios de criminalidad, lo que debe posibilitar el ejercicio de la tutela judicial efectiva, pues de la documental y videos aportados, se aprecia en las frases empleadas que contienen odio hacia el colectivo de cazadores -que está regulado legalmente- y no pueden estar amparadas bajo el paraguas de la libertad ideológica o de expresión, pues se les llama asesinos, cobardes, se les amenaza con la muerte, se incita a la violencia contra ellos, etc..., y pone como ejemplo estos mensajes: "...quién mata animales por placer hace lo mismo con las personas, son sicópatas, no tienen respeto por la vida de nadie. A los cazadores como a los pedófilos deberían tenerlos bajo vigilancia, están mal de la cabeza y del alma..."; "...yo propongo matar y degollar a todos estos putos cazadores, total solo sirven para hacer el mal. Ojala se maten todos de la misma manera que esta tía..."; "...he trabajado en licencias además de hacer perfiles psicotécnicos de los cazadores. Tienen la gran mayoría un perfil muy cerrado, la mayoría su carencia de respeto no la limitan a la vida de los animales, el perfil general es de derechas, machista,

ultra católico, racista y homófobo...". Añade que ese discurso de odio online, denominado "ciberodio", presenta un potencial daño aún mayor de episodios de violencia contra cazadores, por la sobreabundancia comunicativa, que se convierte en pública de manera masiva, lo que se conoce como "viralizaciones", cuyas características son la permanencia de los contenidos, anonimato y transnacionalidad, aumentando el daño potencial y su persecución del discurso del odio.

Por otro lado considera que llamar asesinos a los cazadores, es imputarles un delito de asesinato, lo que constituiría un delito de calumnias. Y en relación al delito de injurias, las manifestaciones empleadas exceden de los límites tolerables, señalando como ejemplo el que se les llame "sicópatas, que no tienen respeto por la vida de nadie..., cazadores hijos de puta y tu Mel púdrete en el infierno,... asesinos todos los cazadores deberíais acabar así..., os odio hasta el hecho de querer mataros uno a uno con mis manos... la sociedad os detesta y poco a poco os iréis extinguiendo, ... púdranse los cazadores de mierda,... escoria de la humanidad,... borrachuzos asesinos... les cortaba yo la cabeza..., matar a toros, animales por deporte o gusto, es asesinar, como matar personas por gusto... hago fiestas cuando revienta una de estas mierdas que cazan animales y cuando los toreros mueren o sufren accidentes igual... ojala se suicidaran todos los malditos cazadores, asesinos y abusadores de nuestros hermanos no humanos..., manada de enfermos mentales... Mel hijos de puta malparidos, ... me alegro que haya una asesina menos no me da pena. Su muerte hace bien al mundo..." Y finalmente, existiría también un delito de amenazas en el mensaje que propone matar y degollar a "todos estos putos cazadores".

La Magistrada de Instrucción considera que tales hechos no revisten los caracteres de infracción penal, por cuanto que no se aprecia la existencia de los elementos del delito de odio del art. 510 del CP, pues no hay un llamamiento a la acción ni siquiera implícito, y la justificación del suicidio de Mel Capitán por su afición a la caza no incita a la violencia contra los cazadores. En cuanto a los delitos de calumnias e injurias toma en consideración la polémica actual sobre la existencia de la caza, y dentro de esa polémica social, en un estado democrático, debe prevalecer la libertad de expresión, sin que baste la denominación de un delito para incurrir en la calumnia, siendo necesario la imputación de hechos concretos. Y finalmente en cuanto al delito de amenazas, el anuncio del mal debe ser real y perseverante. Todo lo cual le lleva a considerar que los hechos denunciados en la querrela deben quedar al

margen de la jurisdicción penal, sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitarse en otros órdenes jurisdiccionales.

Argumentos que la sala comparte y que determinan la desestimación del recurso, conforme analizamos en los fundamentos siguientes.

SEGUNDO.- Como declaró el Tribunal Constitucional en el ATC 240/1988: "El archivo anticipado de las actuaciones en la fase instructora y la misma desestimación de la querrela no constituyen por sí mismas una violación de derechos fundamentales, sino una posibilidad perfectamente lógica en el proceso penal cuando no se percibe la presencia de hechos delictivos".

En efecto, el Tribunal Constitucional ha venido estableciendo un cuerpo de doctrina según el cual no existe un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino que el mismo es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en la fase instructora que le ponga término anticipadamente (SSTC 203/1989 y 191/1992, entre otras), que bien pueden ser el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o, incluso, la inadmisión de la querrela presentada (SSTC 11/1985, 148/1987, 33/1989, 37/1993, 217/1994, 111/1995, 85/1997, 120/1997, 138/1997, 94/2001 y 129/2001, entre otras muchas)".

El que el Juzgado instructor acuerde el sobreseimiento de las actuaciones sin practicar las diligencias interesadas por la parte denunciante/querellante, no conlleva infracción constitucional alguna, puesto que la instrucción "tiene por objeto establecer si los hechos que se investigan pueden ser o no constitutivos de delito y tal finalidad se cumple cuando el material reunido en la investigación permite al Juez afirmar que el factum no es subsumible en ninguno de los tipos penales" (SSTC 191/1989, de 16 de noviembre; 232/1998, de 1 de diciembre). Por ello, el Tribunal Constitucional viene declarando que la parte acusadora no tiene derecho a que el órgano judicial lleve a cabo una actividad investigadora exhaustiva o ilimitada, sino que una vez constatado que los hechos que se investigan no son subsumibles en ningún tipo penal, el deber del Juez de Instrucción no es agotar las posibilidades de investigación, sino no alargar innecesariamente el proceso, para salvaguardar los derechos de los posibles implicados (SSTC 89/1986, de 1 de julio;

232/1998, de 1 de diciembre, y 176/06 de 5 de junio).

TERCERO.- En el presente supuesto la Juez a quo ha efectuado un examen correcto de los hechos objeto de la querrela, analizándolos a la luz de la abundante documental que la acompaña, examen que razonadamente le lleva a concluir que los mismos no pueden incardinarse en los tipos penales por los que se formula la querrela.

En efecto, aunque resulten intolerables, reprochables moralmente, faltos de respeto, ofensivos e injustificables desde el punto de vista de la mayoría de la sociedad, los distintos comentarios y expresiones que son objeto de la querrela, sin embargo no por ello tienen necesariamente que encajar en los tipos penales por los que se ha formulado la querrela.

Como señala la STS 4/2017 de 18 de enero sobre el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas "el derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia". Y la STC 235/2007 (Caso Librería de Europa) afirma que la libertad de expresión protege cualquier idea "por equivocada o peligrosa, incluso las que ataquen al propio sistema democrático", pues la Constitución ampararía también "a quienes la niegan".

Ahora bien, los mensajes de odio relativos a problemas étnicos, religiosos, sexuales o ligados a la utilización del terrorismo, sí encuentran ese amparo penal, los tres primeros en el art. 510 del CP, y el último con un tratamiento específico en el art. 578 del CP.

En concreto, las conductas que sanciona el art. 510 del CP (fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia -510.1,a-; producir, elaborar, poseer con la finalidad de distribuir, facilitar a terceras personas el acceso, distribuir, difundir o vender escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia -510.1,b-; negar, trivializar gravemente o enaltecer los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltecer a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada -510.1,c-; lesionar 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 -510.2,a-; enaltecer o justificar por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél de que se trate -510.2,b-), se sancionan cuando se realicen, en todos los supuestos, con el siguiente elemento subjetivo: «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».

Es claro que no puede incardinarse en ese elemento subjetivo que precisa el tipo penal, la actividad cinegética, por muy importante que sea su función en la labor de protección del medio ambiente, mantenimiento y conservación de las especies cinegéticas, y motor de riqueza para las zonas rurales desfavorecidas, estando reconocida en el art. 148 de la Constitución. Ese elemento subjetivo queda concretado en el tipo penal invocado, por un lado, a la pertenencia del sujeto pasivo a una nación, a una etnia o raza. Y, por otro, la "identidad" sexual (que busca extender la punición a supuestos de transfobia), "orientación sexual", y, como ha sido elemento común en la reforma penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se sustituye el término «minusvalía» por el de «discapacidad» (en consonancia con lo establecido en la Disposición Adicional Octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia).

En cuanto al delito de calumnias, además del razonamiento expuesto por la Juez a quo para rechazar la concurrencia del tipo, debe añadirse, que no es constitutivo del delito de asesinato dar muerte a un animal, por lo que no podría constituir nunca una acción constitutiva de calumnia, que precisamente consiste en la atribución de un delito. Y respecto del delito de injuria, no podemos perder de vista el contexto en el que tienen lugar esas manifestaciones tan críticas, ofensivas y desafortunadas, como repulsa de la actividad de la caza, lo que excluiría la acción penal por estar amparada por las libertades de expresión o ideológica del art. 20.1 a) y d) de la CE, es decir, no se advierte el ánimo de injuriar, sino de crítica desabrida y realizada claramente con exceso verbal. Por otro lado la falta de injurias livianas del antiguo artículo 620, ha sido despenalizada, por lo que los hechos

carecen de relevancia penal, pudiendo en su caso la parte encontrar formas de reparación fuera de la incriminación penal, reservada para las acciones más graves, como consecuencia de su consideración como ultima ratio.

Y por último, como señala la Juez a quo, el delito de amenazas es eminentemente circunstancial, valorándose la ocasión en la que se profiere, que en este caso lo es en una plataforma discrepante con la labor cinegética, resultando además atípicas las amenazas dirigidas contra desconocidos, tal y como aconteció en el supuesto de autos.

Por todo lo expuesto, una vez que la Juez a quo llega de forma inequívoca a la conclusión de que los hechos carecen de relevancia penal, razonándolo motivadamente en su resolución, como es el caso de autos y que esta Sala comparte, no puede afirmarse que hubiera un deber adicional de instrucción cuyo incumplimiento vulnere derechos fundamentales de la querellante, por lo que procede confirmar la resolución recurrida.

CUARTO.- Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

PARTE DISPOSITIVA

Se DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la representación de la REAL FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CAZA, contra el auto de 13 de octubre de 2017 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 17 de Madrid en las diligencias previas nº 1728/2017, y en consecuencia CONFIRMAMOS dicha resolución, así como el auto de 18.12.2017 que desestimaba la previa reforma, declarando de oficio las costas de esta alzada.

Contra este auto no cabe recurso.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ