

	EVA DOMINGO MARTINEZ	Referencia	17/0089
	Cliente	JORGE RAMOS TOLOSA	
	Letrado	GUILLERMO NOGUERA SOLER	
	Procedimiento	1490/2020	AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA - SECCION 3ª
	Notificación	13/01/2021	Resolución 11/01/2021
	Procesal		

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCIÓN TERCERA
VALENCIA**

ROLLO APELACIÓN RESOLUCIÓN INTERMEDIA NÚM. 1490/2020

Procedimiento Abreviado número 1603/2016

Juzgado de Instrucción núm. 19 de Valencia

AUTO N° 20/2021

Ilmos Sres.
Presidente
Dña. M^a Carmen Melero Villacañas-Lagranja
Magistrados
Dña. Lucía Sanz Díaz
Don Lamberto J. Rodríguez Martínez

Valencia a once de enero de dos mil veintiuno. Vistas las precedentes actuaciones y en atención a los siguientes:

HECHOS

PRIMERO.- En las Diligencias Previas núm. 1603/2016 del Juzgado de Instrucción núm. 19 de Valencia se dictó auto con fecha 29 de mayo de 2020 en el que se acordaba seguir los trámites del Procedimiento Abreviado.

SEGUNDO.- Las representaciones legales de JORGE RAMOS TOLOSA, BERNAT SORINAS GIMÉNEZ, IRENE ESTEBAN MOLINA y BLANCA CASTERA MOLADA, PAU FÁBREGAT BERNAT y JORGE SÁNCHEZ JIMÉNEZ, CARLOS ANTONIO MARCOS PITA e INMACULADA MILÁN GINER, interpusieron recursos de reforma y subsidiarios de apelación, desestimándose los primeros en auto de 23 de septiembre de 2020.

TERCERO.- Admitidos los recursos de apelación, se tramitaron procesalmente, adhiriéndose a los mismos el Ministerio Fiscal, y se elevaron las actuaciones a esta Audiencia, Sección Tercera, donde se formó rollo de apelación núm. 1491/2020, se nombró Magistrada Ponente a la Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Melero Villacañas-Lagranja, y se cumplieron los trámites pertinentes.es.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En los recursos de apelación formulados, esencialmente se sostiene que las diligencias practicadas no aportan indicios de comisión de infracción penal

alguna y que en todo caso se estaría en un supuesto de ejercicio del derecho a la libertad de expresión de ideas. En concreto, en el recurso interpuesto por la representación legal de JORGE RAMOS TOLOSA se argumenta que aún si hubieran quedado acreditados los hechos imputados no serían constitutivos del delito, en cuanto amparados por el art. 20 de la Constitución Española. En el presentado por la representación legal de BERNAT SORINAS GIMÉNEZ, se pone de manifiesto, además, la inexistencia de acusación particular y la solicitud de sobreseimiento de las actuaciones por parte del Ministerio Fiscal, que no existe expresión injuriosa o calumniosa en la conducta del apelante que ejerció su derecho a la libertad de expresión y no es aplicable lo dispuesto en el art. 510 del Código Penal; que el cantante Mastiyahu es persona pública y por tanto debe ser más tolerante a la crítica; se cita Jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la libertad de expresión. En el recurso interpuesto por la representación legal de IRENE ESTEBAN MOLINA y BLANCA CASTERA MOLADA se niega la atribución a las apelantes de haber participado en las presiones directas o indirectas a los organizadores del Festival por parte de personas, ciudadanos y grupos del entorno de la entidad "*Movimiento de Boicot, Desinversión y Sanciones (BDS) a Israel*", para que se desconvocara la actuación del cantante Matisyahu por considerarle un músico alineado en posiciones sionistas, y considera que los hechos son atípicos y deben considerarse encuadrables dentro del ejercicio del derecho a la libertad de expresión recogido en el art. 20 de la Constitución Española y al respecto al pluralismo político y tolerancia, considerando aplicable al caso la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de Audiencia Provincial que se cita en el recurso; considerando relevante que ni el citado músico ni la organización del festival hayan presentado denuncia y que el Ministerio Fiscal interesó el sobreseimiento de las actuaciones, lo que revela la escasa relevancia penal de los hechos, estando en manos el procedimiento sólo de la Acusación Popular, considerando que la resolución apelada infringe también el principio de intervención mínima del Derecho Penal. En el recurso formulado por la representación legal de PAU FÁBREGAT BERNAT y JORGE SÁNCHEZ JIMÉNEZ, se argumenta el derecho a la libertad de expresión ejercido en el presente caso, realizando un resumen de la evolución de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y cita la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Baldassi y otros contra Francia de 11 de junio de 2020. Y en cuanto a los hechos objeto de investigación se sostuvo que el Festival donde iba a actuar el citado músico tenía un compromiso explícito con los derechos humanos y ya en anteriores ocasiones, se había excluido por sus letras y posicionamiento personal; y en este caso se suscitó un debate público sobre asuntos de interés público, en las redes sociales y en medios de comunicación, en los partidos políticos, la ciudadanía y se confrontaron puntos de vista diversos; e imputa a la Acusación Popular que trate de descontextualizar la acción crítica política, ocultando que el movimiento "*Movimiento de Boicot, Desinversión y Sanciones a Israel*", es un movimiento histórico internacional que cuenta con entidades de todos los países, también con entidades judías, para blanquear la imagen del gobierno de Israel; y se alega también que el Juez de Instrucción puede acordar el sobreseimiento libre de las actuaciones en este caso. En el recurso presentado por la representación legal de CARLOS ANTONIO MARCOS PITA, también se alega la inexistencia de indicios de comisión de delito alguno y solicita el sobreseimiento libre y archivo de la causa, considerando que las conductas que se investigan quedan aparadas en el derecho a expresar libremente las ideas; careciendo de entidad penal los hechos porque se ha solicitado por el Ministerio Fiscal el sobreseimiento de la causa, Matisyahu al que se ofrecieron acciones no la ejercitadas ninguna, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que los actos como los denunciados no constituyen delito y se amparan en la libertad de expresión (Sentencia de 11 de julio de 2020

-ECHR 169/2020-). Y, finalmente, por la representación legal de INMACULADA MILÁN GINER se interesa el sobreseimiento de las actuaciones por igual causa por las mismas causas que el anterior apelante.

En la querella presentada por la Acusación Popular se imputa la comisión de un delito cometido con ocasión del ejercicio de derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución del art. 510.1 a) del Código Penal por promoción e incitación pública a la discriminación y al odio por motivos referentes a la ideología, religión o creencias, o subsidiariamente en el art. 510.2 a) del Código Penal por lesión a la dignidad de las personas por razones de su ideología, religión o creencias; y por otro lado, de un delito de amenazas y coacciones previsto y penado en los arts. 169 y 172 del Código Penal.

El art. 510 sanciona a "*quienes públicamente fomenten, promuevan o incitan directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología...*". Y el mismo art. 510.2 se refiere 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 y otros referentes a la ideología*".

Las conductas que contempla el artículo 510 son muy concretas, y sí, vienen referidas a motivos racistas, antisemitas, xenófobos, etc. no castiga a quien odia, sino a quien promueve, incita o fomenta el odio, y de una forma muy determinada; o a quien hace apología de delitos de odio; o a quien lesiona la dignidad de las personas mediante humillaciones, menosprecios o descréditos de cierta intensidad y por esos motivos discriminatorios.

En el auto recurrido no se concreta qué hechos de los que han sido objeto de investigación pudieran tener tal finalidad, y sólo se afirma que "*tanto en publicaciones en redes sociales, medios de comunicación y contactos directos con las dichas organizadores, hicieron que estos, en un momento dado, desconvocaran el llamamiento y participación del artista. Finalmente, la organización del Festival reconsideró su decisión y el artista pudo participar como estuvo inicialmente previsto*". Y atribuye a "*aquéllos que realizaron tales manifestaciones y presiones*", que no se han descrito previamente la opinión de que "*“Matisyahu” no había condenado la política y actuaciones del Estado de Israel en relación con los palestinos y la cuestión de la “ocupación” de tales territorios, considerando al músico alineado en posiciones “sionistas” que rechazan y combaten*".

La Sentencia del Tribunal Supremo (Penal), sec. 1ª, número 646/2018 de 14 de diciembre, rec. 2161/2017, recuerda que "*El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una profusa jurisprudencia de la que destacamos los casos Garaudy contra Francia, de 24 julio 2003; Norwood contra el Reino Unido, de 16 noviembre 2004; Alinak contra Turquía, de 29 marzo 2005; Feret contra Bélgica, de 16 julio 2009 y Vejdeland y otros contra Suecia del 9 febrero 2012. Esta jurisprudencia parte de la afirmación de que la libertad de expresión admite las limitaciones proporcionadas sobre "toda forma de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia". Consecuentemente, proclama la limitabilidad del derecho fundamental a la libertad de expresión y la libertad ideológica. En las dos últimas Sentencias el Tribunal Europeo señala que para que exista discurso de odio no es necesario que se incite a la violencia, basta que se incite al odio, a injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación: "El tribunal estima que la incitación al odio no requiere necesariamente*

un llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas, como injurias, o a ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población, y sus grupos específicos, o a la incitación a la discriminación, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad de partes o núcleos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales, representan un peligro para la paz social y la estabilidad política de los estados democráticos".

Pero en este caso, los hechos que se consideran supuestamente delictivos se reducen a la atribución al citado músico de un presunto posicionamiento respecto de la política del gobierno de Israel, no por su condición de judío, religión o cualquier otra circunstancia. Y al respecto, se ha reiterado por parte de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que el elemento que caracteriza a los delitos de odio es el ánimo subjetivo que conduce al autor a la comisión de un hecho agresivo, lo que permite excluir un animus ajeno al contenido agresivo; y se ha considerado que ese 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; de forma que resultan ajenos al contenido del art. 510 del Código Penal aquéllos actos que tiendan a que una determinada persona se manifieste en contra de una política concreta de un determinado país. Pero, además, en sentencias como la dictada por el Tribunal Supremo (Penal), sec. 1ª, núm. 646/2018 de 14 de diciembre, rec. 2161/2017, citando la STS 259/2011, de 12 de abril, se afirma que *"la Constitución no prohíbe las ideologías que sitúan en los extremos del espectro político. Incluso aún podría decirse que tampoco prohíbe las ideas que por su extremismo, se sitúen fuera de ese amplio espectro político, por muy rechazables que puedan considerarse desde la perspectiva de los valores constitucionales. Incluso cuando se trata de conductas dotadas de una suficiente gravedad, el legislador puede limitar la intervención penal para aquellos hechos que supongan un resultado de lesión o la creación de un peligro, que aunque abstracto debe ser real, para la integridad de esos bienes jurídicos. En parecidos términos se pronunció el Tribunal Constitucional, STC 235/2007, que señala que "el artículo 20.1 de la Constitución, ofrece cobertura a las opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, por muy erróneas o infundadas que resulten siempre que no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro cierto para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos,". O la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1995, de 11 diciembre, "la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, también para aquéllos que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población", en referencia a la STDH De Haes y Gijssels c. Bélgica de 24 de febrero de 1997".*

En la misma sentencia se mantiene que *"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. (...) 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 10 y 14 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 ámbito de protección constitucional de los delitos de odio aparece enmarcado por el contenido de los artículos 16 de la Constitución, que consagra 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 proclama 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 Tribunal Supremo ha mantenido, además, que “los derechos a la libertad ideológica y a la libertad de expresión permiten, inicialmente, no solo asumir cualquier idea, sino expresarla e incluso, difundirla, y acomodar a ella el desarrollo de la vida propia, siempre con los límites que impone la convivencia respetuosa con los derechos de los demás. La restricción de tales derechos, pues, y más aún el recurso a la sanción penal, requiere de una justificación que solo se encuentra, en palabras del TC, cuando colisiona con otros bienes jurídicos defendibles que se revelen acreedores de una mayor protección, tras la necesaria y previa labor de ponderación. Y no solo eso, sino que será preciso que las características de la colisión sean tales que justifique la sanción penal” (Tribunal Supremo (Penal), sec. 1ª, A 16-11-2020, rec. 20280/2020).

En este caso, la conducta que se imputa tendente a evitar mediante emisión de opiniones a través de medios de comunicación o redes sociales, prensa, etc, que el cantante Matisyahu no participara el 22 de agosto de 2015 en el Festival Rototom Sunsplash en Benicasim, y que incluso se expusieron a la propia organización del Festival (tuvieran o no el poder temporal de suspender dicha actuación que finalmente tuvo lugar), tachando al artista de “amigo de Israel” o “amante de Israel”, o emitiendo insultos a través de las redes sociales hacia su persona, o con Hastags utilizados en las redes sociales y en los carteles de la campaña #Nazizyahu, #NoPeaceMatisyuhu o #RototomConstratcZionist (cuya autoría no está claramente acreditada) carecen de la entidad que permita configurar tales actos como de promoción, incitación o fomento del odio hacia la persona del cantante, o sostener que se ha lesionado la dignidad del mismo.

Como expone el Ministerio Fiscal en su escrito de adhesión a los recursos de apelación formulados, su contenido no tiene potencialidad penal para incitar al odio, teniendo en cuenta que los motivos del art. 510 del Código Penal son *numerus clausus*, que el sujeto pasivo en este caso es un cantante al que no se le discrimina por ser judío sino por su supuesta afinidad con la política del estado de Israel, y él no se ha reconocido como miembro o afín a grupo alguno relacionado con ella; y al discurso de odio a través de redes sociales, articulados sobre frases como “Hitler tenía razón”, “Sionismo es nazismo” “Lo peor que hizo Hitler es no terminar con los judíos sionistas que dominan el mundo” le es aplicable el criterio jurisprudencial expuesto que reconoce la prevalencia de la libertad de expresión pese a que las frases sean reprochables, cuando -como afirma el Ministerio Fiscal- no hay actos más concluyentes de difusión y expansión y, sobre todo, la imposibilidad de determinar la autoría concreta de cada una de las expresiones.

Por último, el Ministerio Fiscal y por algunos de los recurrentes, aluden a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de junio de 2020 referida a una campaña de boicot a productos importados de Israel, según la cual la condena en Francia de activistas que apoyaban el movimiento de boicot, desinversión y sanciones (BDS) fue considerada una violación de la libertad de expresión, y se procedió por ello a anular la condena.

En la misma se afirma que el Tribunal comparte la opinión de las demandantes respecto a la consideración de que *“El boicot es ante todo una forma de expresar opiniones de protesta. La convocatoria de boicot, que tiene como objetivo comunicar estos puntos de vista al tiempo que pide acciones específicas relacionadas con ellos, se encuentra, por tanto, en principio bajo la protección del artículo 10 de la Convención. 64. El llamado al boicot constituye, sin embargo, un método particular de ejercicio de la libertad de expresión, ya que combina la expresión de una opinión protestante y la incitación a un trato diferenciado para que, según las circunstancias que lo caracterizan, es probable que constituya un llamamiento a la discriminación de los demás. Sin embargo, el llamado a la discriminación parte del llamado a la intolerancia, que, junto al llamado a la violencia y al llamado al odio, es uno de los límites que no debe superarse en ningún caso en el contexto del ejercicio de la libertad de expresión (ver, por ejemplo, Perinçek, antes citado, § 240). Sin embargo, incitar a tratar de manera diferente no equivale necesariamente a incitar a la discriminación”*.

Por último, no se acredita en las actuaciones, y el auto omite referencia a ello, el posible mal que se anuncia causar como elemento constitutivo de las presuntas amenazas denunciadas y las presuntas presiones o boicot tampoco resultó eficaz ni relevante, cuando la actuación del artista tuvo lugar finalmente. En todo caso, de poder considerar los hechos constitutivos de alguna infracción penal, considerados fuera de cualquier intencionalidad de provocar, incitar o fomentar el odio entre terceros respecto de la persona del reiterado artista, sólo lo serían de naturaleza leve, respecto de los cuales (y como bien se indica en el escrito del Ministerio Fiscal) algunos no está clara su autoría, y otros requieren para su persecución penal de denuncia o querrela previa del artista afectado o de los organizadores del Festival. El delito leve de amenazas aparece configurado en el Art. 171.7 del Código Penal como estrictamente privado, de tal manera que su persecución y el ejercicio de la acción penal están limitados exclusivamente al perjudicado u ofendido por el delito, con exclusión de la intervención del Ministerio Fiscal y de la acusación popular. Otro tanto cabe decir de los delitos de coacciones o injurias y calumnias, respecto de los que no consta denuncia o querrela del ofendido (arts. 172.3 y 215 del Código Penal).

SEGUNDO.- Procede, en consecuencia, la estimación de los recursos de apelación y adhesión a los mismos del Ministerio Fiscal; y en consecuencia procede revocar resolución recurrida, y sobreseer las actuaciones conforme a lo dispuesto en el art. 641.1º en relación con el art. 779.1.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no resultar suficientemente justificada la perpetración de los delitos que han dado lugar a la formación de la causa.

TERCERO.- Procede declarar de oficio de las costas procesales del recurso.

PARTE DISPOSITIVA

VISTOS los preceptos legales invocados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación, la Sala acuerda:

PRIMERO: ESTIMAR los recurso de apelación interpuestos por las representaciones procesales de JORGE RAMOS TOLOSA, BERNAT SORINAS GIMÉNEZ, IRENE ESTEBAN MOLINA y BLANCA CASTERA MOLADA, PAU FÁBREGAT BERNAT y JORGE SÁNCHEZ JIMÉNEZ, CARLOS ANTONIO MARCOS PITA e INMACULADA MILÁN GINER contra el auto de 23 de septiembre de 2020, dictado en el Procedimiento Abreviado número 1603/2016 del Juzgado de Instrucción núm. 19 de Valencia, que desestimó la reforma del de 29 de mayo del mismo año; resoluciones que se confirman, declarando de oficio las costas devengadas en la substanciación del presente recurso.

SEGUNDO: SOBRESEER PROVISIONALMENTE las Diligencias Previas número 1603/2016 del Juzgado de Instrucción núm. 19 de Valencia.

Notifíquese en legal forma esta Resolución a las partes personadas, informándoles que no es susceptible de recurso y remítase testimonio de la misma al Juzgado de Instrucción.

Así lo acordó la Sala y firman los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen superior.