

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **30/11/2023**

Nº de Recurso: **17/2023**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MURCIA SALA CIV/PE

MURCIA

SENTENCIA: 00026/2023

T.S.J.MURCIA SALA CIV/PE

MURCIA

-Domicilio: RONDA DE GARAY, S/N

Telf: 968229383 Fax: 968229128

Equipo/usuario: JSM

Modelo: 901000

N.I.G.: 30030 43 2 2020 0022263

ROLLO: RPL APELACION RESOLUCIONES DEL ART.846 TER LECRIM 0000017 /2023

Juzgado procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2 de MURCIA

Procedimiento de origen: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000011 /2022

RECURRENTE: Eulogio

Procurador: JUAN JIMENEZ-CERVANTES HERNANDEZ-GIL

Abogado: PEDRO LOPEZ GRAÑA

RECURRIDO: MINISTERIO FISCAL

Excmo. Sr.

D. Miguel Pasqual del Riquelme Herrero Presidente **Ilmos. Srs.**

D. Joaquín Angel de Domingo Martínez

D. Ávaro Castaño Penalva

Magistrados

=====

En Murcia, a 30 de noviembre de 2023.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los tres magistrados reseñados al margen, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 26/2023

La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia ha visto las presentes actuaciones (Rollo 17/2023), en apelación de la sentencia dictada en fecha 10 de mayo de 2023 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia en el procedimiento abreviado nº 11/2022, dimanante a su vez de procedimiento abreviado nº 172/2021, seguido

en el Juzgado de Instrucción nº 2 de Murcia. Ha sido parte en esta alzada como apelante don Eulogio (acusado), representado por el procurador don Juan JiménezCervantes Hernández-Gil y defendido por el letrado don Pedro López Graña. Como apelado ha comparecido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Presidente don Miguel Pasqual del Riquelme Herrero, quien expresa la decisión de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia declara como hecho probados el siguiente:

UNICO.- En fecha de no determinada pero sobre el día 18 de julio de 2.020, Eulogio publicó en su perfil de la red social Facebook, Eulogio, el siguiente texto: "Sábado, 18 de julio de 2.020. Carta abierta a Natalia. Si no recuerdo mal, naciste en febrero de 2006, por lo que ahora tendrás 14 años. No nos conocemos personalmente. Yo fui el juez de Familia de Murcia que tramitó la solicitud de adopción presentada en mayo de 2006 por Florencia, basada en el hecho de ser cónyuge de tu madre, Paulina, como si ese solo dato le otorgase un derecho absoluto a la adopción, que no existe y sí el tuyo, al desarrollo armónico de tu personalidad. Ha llegado a mi conocimiento recientemente que se han divorciado y que te han abandonado y entregado a los servicios sociales. Lo siento mucho. El tiempo me ha venido a dar la razón, por desgracia. He hecho gestiones para averiguar tu paradero, pero lógicamente no me han facilitado ningún dato en ese organismo de la Consejería de la CARM que ahora se llama Familias y LGTBI. El caso es que tienes ya más de doce años. Que sepas que tienes derecho a ser oída por un juez y que, cuando cumplas los 16, puedes instar la emancipación o habilitación de edad, y ejercitar acciones legales acto seguido contra el Estado y/o la CARM – y contras tus `dos mamás´. A tu disposición para lo que te pueda ayudar, tanto en lo personal como en lo profesional jurídico. Se ha menoscabado tu dignidad y tus derechos básicos como persona, sujeto de derechos. Una grave injusticia. Eulogio."

Dicha carta iba dirigida a una menor de edad, llamada Natalia, hija de Paulina y Florencia. Con fecha de 23 de diciembre de 2.008, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia dictó sentencia por la que condenó a Eulogio como autor de un delito de retardo malicioso. Dicha sentencia fue objeto de recurso de casación y el 30 de octubre de 2.009, Eulogio fue condenado por sentencia firme de la Sala Segunda del Tribunal Supremo por la comisión de un delito de prevaricación del artículo 446.3 del Código Penal a la pena de doce meses de multa con una cuota diaria de dos euros, con la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria, y la pena de inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado por tiempo de diez años así como a que indemnizase en la cantidad de 6.000 euros a Florencia. Dicha sentencia fue dictada en el seno de un procedimiento iniciado por querrela interpuesta por esta perjudicada por el retardo malicioso de Eulogio, entonces titular del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Murcia, en la tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria de adopción instado por la perjudicada para la adopción de la menor, Natalia, hija biológica de su esposa, Paulina.

En la carta publicada en la red social, Eulogio faltaba groseramente a la verdad, con ánimo de humillar y denigrar gravemente a las perjudicadas por su pertenencia al colectivo gay.

Dicha carta, que estuvo visible en el perfil de la citada red social durante dos días (hasta que fue retirada por su autor) fue publicada, bien directamente o bien incluyendo en la noticia el enlace directo al perfil en la red social de Eulogio, por diversos medios de comunicación o blogs, lo que aumentó notablemente su difusión.

Como consecuencia de esta publicación, Paulina y Florencia se vieron gravemente afectadas en cuanto fueron sometidas a una humillación, cuestionándose su labor como madres por su orientación sexual.

Una vez tuvo conocimiento del inicio del procedimiento judicial contra él, Eulogio escribió la siguiente carta: "CARTA DE

RECTIFICACIÓN. Redacto esta carta abierta con la única voluntad de reconocer un error y pedir sinceras disculpas por el mismo. La mayor parte de mi vida la he dedicado a juzgar los actos de los demás (como juez que he sido) lo que siempre traté de hacer con estricta sujeción a las leyes: la Constitución de 1978 y el resto del ordenamiento jurídico.

El pasado 18 de julio de 2020, actuando a título evidentemente particular, he incurrido en una equivocación en una "Carta abierta a Natalia" publicada en Facebook. Atendiendo a fuentes sin fiabilidad contrastada o conocida, de 2013 y diciembre de 2.019, cometí el error de hacer determinados comentarios, afirmando hechos personales de Florencia y Paulina -madres de Natalia- que pueden no ajustarse a la realidad y que, de ser así, han podido causar un daño injusto a las dos personas aludidas que, como todas, merecen el respeto intrínseco a su dignidad humana. Nada puedo excusar ni oponer en este sentido, por lo que solo puedo mostrar mi profundo arrepentimiento, ofrecerles mis sinceras disculpas y reclamar humildemente su perdón. Únicamente decir que

en absoluto el móvil ha sido el odio, rencor, animadversión o intención de dañar o difamar. En Murcia, a 4 de junio de 2021. Eulogio". Esta carta también fue publicada en su perfil de Facebook.

Con carácter previo a la celebración del juicio, Eulogio ha depositado en la cuenta de consignaciones del órgano judicial la cantidad de 6.000 euros para que sea ofrecida a las perjudicadas.

SEGUNDO.- En la misma sentencia, la sala juzgadora dictó el siguiente FALLO:

Que debemos condenar y condenamos a Eulogio como responsable criminalmente, en concepto de autor, de un delito de odio, previsto y penado en el artículo 510.2 a), 3 y 5 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de reparación del daño, a la pena de dieciséis meses de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, a la pena de diez meses de multa con una cuota diaria de tres euros, con la responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago o insolvencia, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa no satisfechas, a la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre durante cinco años, a que indemnice a Paulina y a Florencia en la cantidad de 3.000 euros para cada una de ellas y al pago de las costas procesales causadas.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes, así como al acusado de conformidad con lo establecido en el artículo 248- 4º de la LOPJ.

TERCERO.- En fecha 29 de junio de 2023, se dictó auto de aclaración de dicha sentencia con la siguiente parte dispositiva:

Denegar la aclaración de la sentencia de 10 de mayo de 2.023 dictada por esta sección segunda de la Audiencia Provincial de Murcia en el procedimiento PA 11/2.022 solicitada por la representación procesal de Eulogio en cuanto a los puntos primero, segundo, tercero y cuarto de su escrito y acordar la aclaración solicitada en el punto quinto en el sentido de añadir, en el fundamento de derecho quinto, página 19 primer párrafo a la oración contenida en la sentencia "determina un dolo específico de querer seguir, pese al tiempo transcurrido, en el procedimiento judicial que le llevó a ser condenado" la siguiente expresión "anclado en los mismos posicionamientos que le llevaron a ser condenado en otro procedimiento judicial hace años, sin que se estén valorando los hechos de aquel otro procedimiento anterior."

CUARTO.- Contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, la representación de don Eulogio interpuso recurso de apelación basado en los siguientes motivos. Motivo primero: nulidad por vulneración del derecho a juez imparcial. Motivo segundo: nulidad por vulneración del derecho de defensa. Motivo tercero: vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión. Motivo cuarto: error de derecho al no concurrir los elementos objetivos del tipo. Motivo quinto: falta de concurrencia del elemento subjetivo del tipo. Motivo sexto: vulneración de derechos fundamentales por deficiente motivación de la sentencia. Motivo séptimo: quebrantamiento de forma y/o error en la valoración de la prueba por predeterminación del fallo. Motivo octavo: infracción de ley por indebida aplicación del subtipo agravado del apartado 3 del art. 510 CP. Motivo noveno: subsidiariamente, infracción de ley por falta de apreciación de la atenuante muy cualificada de reparación del daño. Motivo décimo: subsidiariamente, infracción de ley por falta de la apreciación de atenuante analógica, petición de perdón en el mismo medio y en el periódico de mayor difusión de la región de Murcia. Motivo undécimo: vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Y motivo duodécimo: indebida cuantificación de la responsabilidad civil.

En el suplico de su recurso, el apelante interesó que se dictara sentencia por la que se declarara la nulidad de la sentencia recurrida, ordenándose la retroacción del procedimiento al momento de la instrucción. Subsidiariamente, se acordara la nulidad de la sentencia apelada, ordenándose la celebración de nuevo juicio oral con magistrados distintos a los que han dictado la sentencia apelada. Subsidiariamente a los anteriores, interesó la revocación de la sentencia con el dictado de nueva sentencia absolutoria con todos los pronunciamientos favorables. Y subsidiariamente a las peticiones anteriores, el dictado de nueva sentencia con la reducción de la pena e indemnización impuestas en la sentencia apelada (pena inferior en dos grados a la señalada por la Ley, sin aplicación del subtipo agravado del apartado del apartado 3 del art. 510 CP).

QUINTO.- Del recurso presentado se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien lo evacuó en el sentido de oponerse al recurso interpuesto en base a las alegaciones contenidas en su escrito, interesando la confirmación de la resolución recurrida.

SEXTO.- Teniéndose por interpuesto el recurso en ambos efectos, se remitieron por la Audiencia Provincial las diligencias originales a esta Sala de lo Civil y Penal, formándose el oportuno rollo y señalándose la deliberación, votación y fallo de la causa para el día 14 de noviembre de 2023, en que ha tenido lugar.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Se aceptan los de la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Orden de examen de los motivos del recurso.

Por razones de pura sistemática, alteraremos en nuestra respuesta el orden de los motivos utilizado por el recurrente en su recurso.

La disciplina legal (arts. 790 y 852 LECR) impone como metódica elemental comenzar por el análisis de los motivos (primero, segundo, sexto y séptimo del recurso) que denuncian quebrantamiento de forma y garantías procesales y de aquellos otros que, amparados en un precepto constitucional, abocarían a una nulidad. Solo después analizaremos los motivos (tercero, cuarto y quinto) en los que el recurrente cuestiona de forma conjunta la valoración de la prueba en la determinación de los hechos probados y su subsunción en la norma penal aplicada. Nuestro examen finalizará con la respuesta a los motivos octavo a décimo segundo, que se formulan como subsidiarios a los anteriores motivos.

SEGUNDO.- Motivo primero: vulneración del derecho al juez imparcial.

1.- Insta el recurrente en el primero de los motivos de su recurso la nulidad del procedimiento por haberse vulnerado su derecho a un juez imparcial, interesando la nulidad del juicio y de la sentencia y la retroacción del procedimiento para celebración de un nuevo juicio. Fundamenta esta pretensión en una serie de expresiones - que enumera- contenidas en la sentencia apelada y que, a su juicio, evidencian un posicionamiento ideológico y un prejuicio negativo del tribunal *a quo* frente a las convicciones del acusado.

2.- El motivo, que ha sido impugnado por el Ministerio Público, no va a tener acogida.

Las expresiones utilizadas por el tribunal *a quo* que son señaladas por el recurrente como posicionamiento ideológico y prejuicio negativo contra el acusado forman parte precisamente del juicio valorativo que estaba obligado a hacer al tribunal para discernir si el actuar del acusado puede o no integrar el delito previsto en el art. 510.2, a) del Código Penal por el que venía acusado.

Con este delito se castigan los atentados contra la dignidad de las personas a través de expresiones humillantes, del menosprecio o descrédito de alguno de los grupos protegidos, una parte de los mismos o cualquiera de sus miembros. El tribunal viene así obligado a hacer valoraciones tanto sobre el actuar objetivado del acusado como sobre el ánimo y finalidades subjetivas que lo guiaban, contrastando las mismas (y la visión del mundo que incorporan) con los estándares constitucionales y legales y con los convenios internacionales a través de los cuales se integran y concretan en cada momento con arreglo a la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada los conceptos jurídicos (dignidad, humillación, menosprecio o descrédito) utilizados por el tipo penal.

De hecho, es eso precisamente lo que se enjuicia en este tipo penal. De modo que no puede cuestionarse la imparcialidad del juzgador de instancia por el hecho de hacer en la sentencia precisamente la valoración que le exige el tipo penal sobre cuya aplicación debe resolver.

3.- Procede la desestimación del motivo.

TERCERO.- Motivo segundo: vulneración del derecho de defensa por no haber sido parte el acusado en las diligencias de la fiscalía.

1.- Plantea el recurrente en este segundo motivo del recurso la misma cuestión que ya formuló como cuestión previa al inicio del plenario, a la que da oportuna respuesta la sentencia apelada en su fundamento jurídico tercero. El motivo se limita a reiterar, sin mayor desarrollo argumental ni contraargumentación alguna a lo dicho en la sentencia, que la falta de participación del acusado en las diligencias abiertas por la fiscalía habría vulnerado su derecho de defensa determinante de la nulidad de lo actuado.

2.- También este motivo, que ha sido impugnado por el Ministerio Fiscal, va a ser desestimado.

Y lo haremos remitiéndonos a lo prolijamente argumentado por el tribunal *a quo* en la sentencia apelada sobre la nula incidencia que cabe atribuir a lo practicado o dejado de practicar en las diligencias tramitadas por el fiscal en referencia a un procedimiento jurisdiccional en el que aquellas diligencias no tuvieron ninguna proyección ni incidencia y en cuyo devenir procesal no se advierte -ni se denuncia- infracción alguna que pudiere afectar al derecho de defensa del acusado.

3.- Procede por ello la desestimación del motivo.

CUARTO.- Motivos sexto y séptimo: defectos formales en la sentencia apelada.

1.- En estos dos apartados de su recurso traslada el recurrente su queja por los defectos formales que aprecia en la sentencia recurrida, que concreta en predeterminación del fallo y falta de motivación sobre determinados elementos del tipo penal, a saber: la motivación discriminatoria que se afirma guiaba al acusado; la lesión de la dignidad de las denunciadas; y la aplicación del subtipo agravado de ejecutarse la conducta a través de *internet*.

2.- Ningunos de estos dos motivos, impugnados por el Ministerio Fiscal y que serán objeto de análisis conjunto en la medida en que ambos cuestionan aspectos formales de la sentencia, van a tener acogida.

3.- Por lo que se refiere al vicio de predeterminación del fallo, el examen del desarrollo argumental del motivo evidencia que no es eso lo que se denuncia, sino el error valorativo que el recurrente achaca a la convicción que el tribunal alcanza en relación al ánimo que guiaba al acusado, al declarar acreditado que el acusado actuó "*con ánimo de humillar y denigrar gravemente a las perjudicadas por su pertenencia al colectivo gay*".

Sin perjuicio de volver a referirnos al elemento subjetivo del injusto cuando analicemos la concurrencia de los elementos típicos del delito por el que viene condenado en la instancia, bastará con decir aquí que no se constata vicio alguno de predeterminación del fallo en la expresión fáctica del ánimo que guiaba al acusado, pues la intencionalidad es precisamente uno de los elementos del tipo penal aplicado que ha de tener su reflejo en la declaración de hechos probados de la sentencia.

4.- En cuanto al deber de motivación de las resoluciones, es constante la Jurisprudencia constitucional que señala (por todas, SSTC 3/2019, de 14 de enero, 46/2020, de 15 de junio) que tal exigencia no exige un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se debate, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, la *ratio decidendi*. Tampoco incluye ese concepto un derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las normas llevada a cabo por los jueces y tribunales.

La mera lectura de la fundamentación jurídica de la sentencia apelada evidencia -se comparta o no por el recurrente- la más que suficiente y en buena medida muy cuidadosa y exhaustiva motivación vertida por el tribunal sobre los distintos aspectos a los que se extiende la queja del recurrente de falta de motivación sobre la intencionalidad discriminatoria que guiaba al acusado, sobre en qué medida habría resultado afectada la dignidad de las denunciadas, así como sobre los fundamentos para la aplicación del subtipo agravado aplicado.

5.- Procede por todo ello la desestimación de ambos motivos

QUINTO.- Motivos tercero, cuarto y quinto: vulneración del derecho a la libertad de expresión e infracción de ley por indebida aplicación del tipo penal por el que se condena.

1.- En los siguientes tres motivos de su recurso incluye el recurrente quejas de distinta naturaleza que, por su íntima conexión, exigen de un análisis y una respuesta conjunta.

Comienza el recurrente denunciando en el motivo tercero de su recurso, con amplia cita normativa, jurisprudencial y convencional, que la condena del acusado en la instancia constituye una vulneración de su derecho fundamental a la libertad de expresión en el sentido y con el alcance que al mismo han dado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional, por suponer una limitación de la libertad de expresión que no cumple con los requisitos exigidos por la jurisprudencia y, en particular, por no responder tal limitación a una necesidad social imperiosa propia de una sociedad democrática.

En los motivos cuarto y quinto de su recurso traslada el recurrente -con mezcla de cuestiones de hecho y de derecho- su discrepancia respecto de la concurrencia de los elementos objetivos (efectiva lesión o menoscabo de la dignidad derivada del actuar del acusado) y subjetivos (inexistencia de motivación discriminatoria) del tipo penal por el que se condena en la instancia.

Y termina interesando la estimación de estos tres motivos y el dictado de sentencia absolutoria en esta alzada.

2.- Ninguno de los tres motivos, impugnados todos ellos por el Ministerio Fiscal, van a tener acogida por esta Sala.

3.- Por lo que se refiere, en primer lugar, a la queja del recurrente de haber actuado en el legítimo ejercicio de su libertad de expresión, debemos comenzar recordando, conforme con una muy conocida doctrina constitucional sintetizada en la STC 35/2020, de 25 de febrero, que la condena penal por hechos cometidos a través de la palabra -en este caso un escrito divulgado a través de una red social-, 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 a su vez de las SSTC 112/16, 177/15, 6/81 y 12/82, la peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión, en cuanto que garantiza 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.

Frente a dicha dimensión institucional -sigue diciendo la STC 35/20-, 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 -como enseña la 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 legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político o social, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, odio, discriminación o intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia. Por ello, la divulgación de mensajes que representen o se identifiquen con la exclusión o la discriminación social deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión. Recuerda finalmente dicha sentencia que, junto a las manifestaciones más toscas del denominado discurso del odio que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas, 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 u ofenden o menosprecian la dignidad de quienes no comparten el ideario de los intolerantes.

Es por ello que -STC 112/2016-, 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.

4.- Pues bien. el examen del caso presente a la luz de la doctrina que acabamos de exponer nos lleva a compartir la conclusión del tribunal *a quo* de que las manifestaciones vertidas por el acusado en su misiva divulgada a través de las redes sociales no encontraban amparo en su libertad constitucional de expresión.

Aunque quienes piensan diferente tienen derecho a expresar públicamente sus opiniones, incluso si algunas de ellas ofenden, chocan, inquietan o merecen rechazo, siempre que no rebasen los estrictos límites que hagan ilegítima su conducta, el acusado en su escrito sobrepasó dichos límites. Su escrito no solo supuso una intromisión ilegítima en la vida personal y familiar de la menor y sus dos progenitoras al divulgar datos y realizar imputaciones inveraces sobre aspectos que afectaban a la intimidad de todas ellas y a la fama y buen nombre de las dos progenitoras, a las que imputó públicamente haber abandonado a su hija y haberla entregado a los servicios sociales.

El acusado fue mucho más allá al incluir en su misiva pública: a) un mensaje suficientemente explícito sobre la inaptitud intrínseca de una pareja constituida por personas del mismo sexo para adoptar haciendo cuestionamientos fundados solo en la orientación sexual de la adoptante y su esposa ("*...como si ese solo dato le otorgase un derecho absoluto a la adopción, que no existe y sí el tuyo al desarrollo armónico de tu personalidad...*"); b) la insinuación del pronóstico de seguro abandono posterior a que tales parejas someten a los menores adoptados (como cuando tras revelar información inveraz sobre el abandono de la menor adoptada afirma que "*... el tiempo me ha venido a dar la razón, por desgracia...*"); c) la afirmación, en referencia nominal a la menor adoptada, de que en base a la mera condición y orientación sexual de sus progenitoras "*... se ha menoscabado tu dignidad y tus derechos básicos como persona, sujeto de derechos*"); y d) expresiones peyorativas sobre la orientación sexual de las aludidas y su pertenencia a un determinado grupo social caracterizado por dicha orientación (como cuando hace mención a "*... ese organismo que ahora se llama*

Familias y LGTBI"..." o se refiere a *"...tus dos mamás..."* como responsables de los de daños causados a la menor por el solo hecho de su adopción.

Expresiones todas ella que no se hacen en referencia aislada a las circunstancias personales y puntuales de las concretas personas a las que mencionaba en su escrito, sino precisamente por su pertenencia al colectivo social de personas del mismo sexo que conforman parejas de vida estable y adoptan menores para constituir una familia.

El acusado no se limita así a expresar en abstracto su particular punto de vista sobre un determinado fenómeno social o sobre los aspectos jurídicos, psicológicos y educativos de la adopción, lo cual quedaría amparado por su libertad de expresar libremente su opinión o sus creencias, por más que éstas chocaran, inquietaran o merecieran rechazo en toda o parte de la población.

5.- Por el contrario, y con esto damos ya concreta respuesta a los reproches del recurrente sobre la falta de concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal aplicado, la carta hecha pública por el acusado no solo contiene su personal rechazo ideológico y sus prejuicios a la adopción de menores por parejas del mismo sexo, sino que su misiva aparece guiada por el ánimo finalista de agredir y lesionar la dignidad de las destinatarias de dichas manifestaciones, vertiendo valoraciones y concretas imputaciones (por lo demás inveraces, como él mismo reconoció en un escrito posterior) objetivamente injuriosas, calumniosas, vejatorias y ofensivas dirigidas a esas personas solo por su orientación sexual y por el ejercicio que hicieron de derechos y facultades (como es la posibilidad legal de adopción) que tienen reconocidos por nuestro Ordenamiento.

Apreciamos así en el caso presente una actuación del acusado tendencialmente dirigida a demonizar a ese concreto colectivo, construyendo la imagen del grupo y de sus miembros como seres incapaces de prohijar en las mismas condiciones que el resto de ciudadanos y potencialmente inclinados al incumplimiento grave de sus deberes paternofiliales. Ataque que, con independencia de su mayor o menor incidencia en la opinión pública y en el imaginario colectivo, supone -y éste es el resultado constatado- una grave lesión de la dignidad de las personas a las que el mensaje va dirigido, que es precisamente el bien jurídico protegido por este concreto precepto, entendido (art 10.1 de la Constitución) como una cualidad que adorna y protege a la persona individualmente, en todas las facetas de su personalidad, como son la de su identidad, autoestima o el respeto ajeno, que debe acompañar a cualquier ser humano por el mero hecho de serlo (STS de 17 de junio de 2016).

6.- Concluimos, por todo ello, que acertó el tribunal de instancia al declarar que la conducta del acusado integró el delito de odio por el que se le condena en la instancia. Concretamente, la modalidad atenuada prevista en el apartado segundo, letra a) del art. 510 del Código Penal. Dicho precepto, en lo que aquí interesa, castiga las lesiones a la dignidad de las personas mediante acciones o mediante la elaboración y distribución de escritos que representen una grave humillación, menosprecio o descrédito de determinados grupos sociales, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos y en atención, entre otros motivos, a su sexo, orientación o identidad sexual.

Apreciamos la concurrencia de todos sus elementos: a) la emisión de expresiones de menosprecio, descrédito o humillación exigidos por el tipo; b) la afectación real y efectiva de la dignidad de unas personas concretas (delito de resultado); y c) la presencia de una motivación discriminatoria de un determinado grupo y de sus integrantes (expresión de intolerancia excluyente).

La conducta del acusado sobrepasa, en efecto, el umbral de gravedad exigido en el tipo penal, atendido el concreto medio empleado (una misiva pública dirigida a través de una red social a una menor a la que cita por su nombre); el contexto en el que se utiliza el discurso de odio en cuestión, atendidos los antecedentes de su previa intervención en este asunto como juez encargado de la adopción, que expresamente invoca en su misiva, y que le valió su condena por prevaricación; la capacidad que, por esa razón, tenía el acusado para ejercer influencia sobre la opinión pública; la naturaleza y contundencia del lenguaje empleado (haciéndose eco de bulos conteniendo hechos inveraces -como él mismo reconoció en un segundo escrito- y difundiendo estereotipos negativos y estigmatizantes); y la reiteración con que el acusado insiste en trasladar sus particulares creencia y prejuicios sobre la vida de unas personas concretas solo en atención a la orientación sexual de éstas.

Tal acción solamente pueda ser entendida desde el desprecio a la dignidad intrínseca que todo humano posee por el mero hecho de serlo; un ataque a otra persona, considerada diferente, como expresión de una intolerancia incompatible con la convivencia y que va tendencialmente dirigida -como venimos señalando- a demonizar al colectivo frente a la opinión pública, construyendo la imagen del grupo y de sus miembros como seres carentes o minusvalorados en su dignidad.

6.- Procede, en consecuencia, la desestimación de los tres motivos que hemos analizado aquí conjuntamente.

SEXTO.- Motivo octavo: infracción de Ley por indebida aplicación del subtipo agravado del art. 510.3 del Código Penal.

1.- En este motivo de su recurso, cuestiona el recurrente la aplicación que hace la sentencia apelada del subtipo agravado previsto en el art. 510.3 CP. Argumenta que la divulgación de las manifestaciones enjuiciadas a través de una red social estarían ya incluidas en los tipos sancionados en el apartado 2 del art. 510, y solo serían de aplicación a los tipos previstos en el apartado 1 del mismo artículo, por lo que la sanción adicional de los hechos enjuiciados por el apartado 3 implicaría la vulneración de la prohibición del *non bis in idem*.

2.- El motivo, impugnado por la acusación pública, no va a prosperar.

Como ha señalado una reiteradísima doctrina jurisprudencial (por todas, STS nº 830/2017, de 18 de diciembre), la queja de infracción de precepto legal tiene siempre que analizarse a partir de la intangibilidad de la narración de hechos probados de la sentencia apelada, tanto si éstos no han sido expresamente impugnados como si ha quedado desestimado el previo cuestionamiento de los mismos por parte del recurrente. De modo que cualquier modificación, alteración, supresión o cuestionamiento de la narración fáctica desencadena la inadmisión del motivo y en trámite de sentencia su desestimación.

En el caso presente, la sentencia apelada declara probado que la misiva del acusado fue publicada por éste en su perfil de una red social, lo que permitió que la misma fuera republicada, bien directamente o bien incluyendo en la noticia el enlace directo al perfil en la red social del acusado, por diversos medios de comunicación o blogs, lo que -concluye, y esto es lo aquí importante- aumentó notablemente su difusión.

Tal conclusión fáctica no ha sido cuestionada por el recurrente, que limita su cuestionamiento a la aplicación a tales hechos del subtipo agravado previsto en el apartado 3 del art. 510 CP. Este establece literalmente que *"las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas"*.

Pues bien, tanto la utilización de internet por el acusado como la notable difusión que sus manifestaciones alcanzaron satisfacen el fundamento agravatorio del subtipo agravado, que reside -como señala la STS 72/2018, de 9 de febrero- en el amplio espectro de personas que pueden acceder al mensaje discriminatorio al utilizar el autor determinados cauces informativos o medios, multiplicándose con ello la proyección, buscada por el autor, del mensaje que se emite. Ha de tenerse en cuenta a este respecto que el Tribunal Supremo ha señalado (así en STS 488/2022, de 19 de mayo) que la aplicación del subtipo agravado no requiere una cuantificación pericial del impacto en la red que los mensajes pudieron haber tenido, bastando un acceso público de gran alcance.

3.- Procede, en atención a lo anterior, la desestimación del motivo.

SÉPTIMO.- Motivos noveno y décimo: calificación jurídica del esfuerzo reparador del acusado.

1.- En los motivos noveno y décimo de su recurso, argumenta el recurrente sobre el esfuerzo reparador desplegado por su patrocinado, que estima ha sido incorrectamente valorado por el tribunal sentenciador. A su juicio, dicho esfuerzo habría de materializarse jurídicamente en la apreciación como muy cualificada de la atenuante simple de reparación del daño del art. 21.5 CP ya considerada en la sentencia apelada, así como en la apreciación no queda claro en el recurso si alternativa o acumulativamente a la atenuación antes indicada de la atenuante analógica muy cualificada del art. 21.7 CP.

2.- El motivo, que ha sido impugnado por el Ministerio Fiscal, no va a tener acogida.

La sentencia apelada dedica su fundamento jurídico sexto a esta cuestión, donde constata -en perfecta sintonía con los hechos declarados probados- tanto la retirada de la carta dos días después por el acusado de su perfil social, como la divulgación de una segunda carta de rectificación, como también la consignación para entrega a las denunciadas de la misma suma (6.000 €) interesada por el Ministerio Fiscal en concepto de responsabilidad civil. Circunstancias que el tribunal *a quo* valora para la apreciación de la atenuante de reparación del daño, si bien en su modalidad de simple atenuación, denegando su apreciación como muy cualificada en atención a que *"el importe de la cuantía, que si bien es el exigido por el Ministerio Fiscal, no es de por sí tan elevado como para apreciar un especial esfuerzo"*, y la tardía consignación de dicha suma (*"unos días antes de la celebración del juicio -14 de abril de 2023- a pesar del conocimiento por parte del acusado de la petición formulada por el Ministerio Fiscal desde, al menos, la notificación del auto de apertura del juicio oral y el emplazamiento, efectuado el 21 de diciembre de 2021"*).

3.- Partimos nosotros en nuestra respuesta de la misma previa consideración que hace el tribunal *a quo* cuando, con atinada cita jurisprudencial, recuerda que para la apreciación de la atenuante como muy cualificada se requiere que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias

personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.) y al contexto global en que la acción se lleve a cabo.

Como nos recuerda la STS 467/2015, con cita de las STS 809/2007, 78/2009, 1323/2009, 954/2010, 1319/2011, 707/2012 o 196/2014, por su naturaleza objetiva, esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, mientras que por su fundamento de política criminal se configura como una atenuante *ex post facto*, que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito. Su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se aprecia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. El elemento sustancial de esta atenuante consiste, por su parte, en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues este precepto se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal.

Pues bien, compartimos con el tribunal *a quo* que en el caso presente se dan ambos elementos (cronológico y sustancial), pero solo con la intensidad que justifica la estimación de la atenuante como simple y no como cualificada.

Y no solo por las razones expuestas por el tribunal *a quo* cuando argumenta que los esfuerzos de reparación desplegados por el acusado próximas han ido siempre a la zaga de los avances del procedimiento; tanto al publicar la carta de rectificación casi un año después de la publicación de la primera carta y tras de la iniciación del procedimiento penal en su contra; como al consignar el importe de la reparación solo días antes de iniciarse el juicio, por tanto, dieciséis meses después de notificársele el auto de apertura del juicio oral y casi tres años después de la comisión del delito.

A nuestro juicio, lo especialmente relevante para la no apreciación de la atenuante de reparación del daño como muy cualificada es el limitado potencial reparador que atribuimos a los términos en que el acusado se expresa en su carta de rectificación. Dice literalmente en ella que *"Atendiendo a fuentes sin fiabilidad contrastada o conocida, de 2013 y diciembre de 2019, cometí el error de hacer determinados comentarios, afirmando hechos personales de Florencia y Paulina -madres de Natalia- que pueden no ajustarse a la realidad..."*. La rectificación y petición de perdón expresados por el acusado parece así acotarse a la información inveraz que publicó un año antes sobre el abandono de esta concreta menor por sus dos progenitoras, haciéndolo además en términos hipotéticos (*... que pueden no ajustarse a la realidad ...*). Pero no alcanza a una reparación integral e incondicionada de las víctimas en relación al mensaje de odio públicamente divulgado sobre la inaptitud intrínseca de las parejas constituidas por personas del mismo sexo para adoptar y el daño que una adopción en tales circunstancias genera en los menores adoptados. Dicho de otro modo, aquella rectificación -que además se hizo en redes pero que el acusado evitó hacer personalmente en plenario al optar por no comparecer al acto del juicio- no alcanza a desdecirse de unas previas manifestaciones que fueron expresión de una intolerancia que ya hemos dicho (fundamento jurídico quinto) que resultó incompatible con la convivencia al demonizar a un determinado colectivo frente a la opinión pública, construyendo la imagen del grupo y de sus miembros como seres carentes o minusvalorados en su dignidad.

4.- Procede, por ello, la desestimación del motivo.

OCTAVO.- Motivo décimo primero: indebida inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas.

1.- Interesa el recurrente en este motivo la rectificación de la sentencia apelada en lo relativo a la falta de estimación de la atenuante de dilaciones indebidas ya invocada -y rechazada- ante el tribunal sentenciador.

2.- El motivo, impugnado por el Ministerio Fiscal, no va a tener acogida.

El recurrente se limita a remitirse en este motivo a las alegaciones que ya hizo ante el tribunal sentenciador, quien da cumplida y fundada respuesta a esta cuestión, haciendo un repaso del iter procesal del procedimiento para concluir en la inexistencia de paralizaciones injustificada y extraordinarias del mismo, así como en una duración total no exorbitante del procedimiento. Apreciaciones frente a las que nada argumenta el recurrente y a las que, por tanto, nos remitimos para la desestimación del motivo.

NOVENO: Motivo décimo segundo: falta de motivación del importe de la responsabilidad civil.

1.- En el último motivo de su recurso, denuncia el recurrente la falta de motivación en que incurre la sentencia apelada a la hora de cuantificar el importe de la indemnización por la que condena al acusado.

2.- El motivo, impugnado también por el Ministerio Fiscal, no va a tener favorable acogida.

Baste para ello la cita de una jurisprudencia reiterada sobre el daño moral que impide dar la razón a la parte apelante. Sirva de muestra la STS 3650/2021, de 23 de septiembre, donde se advierte:

- Que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico. Así ocurre cuando el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente (SSTS. 1198/2006 de 11 de diciembre, 131/2007 de 16 de febrero, 643/2007 de 3 de julio, 784/2008 de 4 de noviembre y 351/2021, de 28 de abril).

- Que la medición de la indemnización por daños morales puede realizarse mediante la ponderación del hecho delictivo mismo del que éstos son su consecuencia o resultado causal, de tal suerte que la propia descripción del hecho puede constituir la base que fundamente el *quantum* indemnizatorio.

- Que no es preciso que los morales tengan que concretarse en alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, sino que pueden surgir de la mera significación espiritual que tiene el delito para la víctima y de la necesidad de integrarlo en su experiencia vital, sin más parámetro para la evaluación de su alcance - cuando no hay alteraciones médicamente apreciables- que la gravedad de la acción que lesionó al perjudicado, la importancia del bien jurídico protegido y la singulares circunstancias de la víctima (STS 650/2021, de 20 de julio)".

- Que la traducción económica de una reparación por daños morales es tarea reservada a la discrecionalidad del tribunal de instancia y, por tanto, inatacable en vía de recurso. Se podrán discutir las bases, pero no el monto concreto, que no solo no está sujeto a reglas aritméticas, sino que resulta de precisión exacta imposible cuando hablamos de daños morales (STS 957/2007, de 28 de noviembre, 97/2016, de 28 de junio, 554/2021, de 23 de junio).

3.- Procede, en aplicación el caso de la mencionada doctrina jurisprudencia, la desestimación del motivo.

DÉCIMO PRIMERO.- Costas procesales.

Respecto a las costas causadas en esta alzada, ante la falta de previsión legal en esta materia, las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2021 y 24 de marzo de 2022 han manifestado que no cabe aplicar por analogía el sistema de vencimiento objetivo que para el recurso de casación establece el artículo 901 LECR, por lo que es necesario acudir a las previsiones generales del artículo 240 del mismo texto. Este precepto habilita la declaración de oficio o la imposición de costas a las partes, con dos matices: uno referente al procesado absuelto y otro relativo a los querellantes, a los que se les impondrán cuando hayan actuado con temeridad o mala fe, por lo que únicamente procederá la condena en costas cuando concurren estas circunstancias.

No rigiendo, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo expuesta, el criterio objetivo del vencimiento en el recurso de apelación y siendo apelante, en el presente caso, el condenado en la primera instancia, en aras a la efectividad de su derecho al recurso contra la sentencia penal condenatoria (arts. 14.5 PIDP y 846 ter LECR) en garantía del principio de tutela judicial efectiva (art. 24 CE), deben declararse de oficio las costas procesales devengadas en esta instancia.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español y su Constitución,

FALLAMOS

1º.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado, don Eulogio, contra la sentencia dictada en fecha 10 de mayo de 2023 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia en el procedimiento abreviado nº 11/2022.

2º.- Confirmar la sentencia de instancia en todos sus extremos.

3º.- Declarar de oficio las costas procesales causadas en esta alzada.

Notifíquese a todas las partes personadas en esta alzada y dese copia de la misma a doña Paulina y doña Florencia.

Frente a esta resolución cabe recurso de casación previsto en los artículos 792.4 y 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo manifestar el que lo interponga la clase de recurso que trate de utilizar, petición que formulará mediante escrito autorizado por abogado y procurador dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la Sentencia, y que solicitará ante este Tribunal.

A efectos del cómputo del indicado plazo se hace saber expresamente a las partes que la presente sentencia se notificará exclusivamente a los representantes procesales de las partes, al estimar que, conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, (autos de 18/07/2017, Queja 20011/17, de 22/02/2018, Queja 20219/2017, de 23/05/2019, Queja 20090/2019, de 17/10/2019, Queja 20241/2019, de 11/04/2019, Queja 21145/2018, de 22/10/2020, Queja 20407/2020) no se requiere la notificación personal a sus representados.

La difusión del texto de esta resolución a las partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos ni comunicados con fines contrarios a las leyes

Así, por esta nuestra Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Magistrados de la misma anteriormente reseñados.