



Roj: **SAP B 9580/2012 - ECLI: ES:APB:2012:9580**

Id Cendoj: **08019370052012100742**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **5**

Fecha: **29/06/2012**

Nº de Recurso: **53/2012**

Nº de Resolución: **787/2012**

Procedimiento: **Apelación penal**

Ponente: **MARIA DEL PILAR PEREZ DE RUEDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN QUINTA

ROLLO APEN Nº 53/2012-R

PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 177/2011

JUZGADO DE LO PENAL Nº 2 DE MANRESA

S E N T E N C I A N ú m.

Ilmas. Señorías

DÑA. ELENA GUINDULAIN OLIVERAS

D. JOSE MARIA ASSALIT VIVES

DÑA. MARIA DEL PILAR PEREZ DE RUEDA

En la ciudad de Barcelona, a veintinueve de junio de dos mil doce.

VISTO, en grado de apelación, ante la Sección Quinta de esta **Audiencia Provincial**, el presente rollo de apelación nº 53/2012, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 177/2011, procedente del Juzgado de lo Penal nº 2 de Manresa, seguido por un delito de PROVOCACIÓN Y DISCRIMINACIÓN AL ODIO contra Constancio y Herminio , el cual pende ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Constancio y el interpuesto por la representación procesal de Patricio , y otros, constituidos en acusación particular, contra la Sentencia dictada el día 11 de noviembre de 2011 , por el/la Sr./a. Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO:

Que debo condenar y condeno a Constancio como autor penalmente responsable de un delito de PROVOCACIÓN AL ODIO, previsto y penado en el artículo 510.1 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, a la pena de un año y seis meses de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a pena de multa de nueve meses con una cuota diaria de 18 euros, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 53 del Código Penal en caso de impago a razón de un día de privación de **libertad** por cada dos cuotas de multa no satisfechas.

Que debo absolver y absuelvo a Herminio como autor responsable de un delito de provocación al odio del artículo 510.1 del Código Penal por el que venía siendo acusado en el presente procedimiento con todos los pronunciamientos que le sean favorables.



Constancio , deberá satisfacer las costas del presente procedimiento."

SEGUNDO.- Admitidos los recursos y de conformidad con lo establecido en el artículo 795.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , no siendo preceptivo el emplazamiento y comparecencia de las partes, se siguieron los trámites legales de esta alzada y quedaron los autos vistos para sentencia.

TERCERO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el/la Ilmo. /a. Sr. /a. Magistrado/a D/Dña. MARIA DEL PILAR PEREZ DE RUEDA.

HECHOS PROBADOS

UNICO.- Se admite la narración fáctica de la sentencia recaída.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- No se admiten los de la instancia.

SEGUNDO.- Contra la sentencia que le condena como autor de un delito de provocación a la discriminación y al odio previsto en el artículo 510.1 del CP , Constancio , a través de su representación procesal formula recurso de apelación, solicitando su libre absolución. En apoyo de su pretensión esgrime los siguientes motivos: a) vulneración de normas procesales y constitucionales; b) infracción del derecho a la tutela judicial efectiva al no pronunciarse sobre la cuestión de las dilaciones indebidas; c) aplicación indebida del artículo 510.1 del CP al no haberse desvirtuado la presunción de inocencia del artículo 24 de la CE, y d) vulneración de los derechos a la **libertad** de expresión y a participar en los asuntos públicos contenidos en los artículos 16 , 20.1 y 23 de la CE .

TERCERO.- Examinadas las actuaciones que comportan el presente rollo de apelación, procederá el Tribunal al análisis de las cuestiones invocadas en el recurso, si bien no seguiremos el orden expositivo, pues pasaremos al estudio de los motivos contenidos en las letras c) y d) toda vez, que, por su trascendencia a los fines de la petición de absolución que se nos reclama, consideramos fundamental pues afecta al tipo penal objeto de acusación, esto es, habremos de determinar, si concurren o no los requisitos para su apreciación.

Discrepando del recto criterio emitido por la Juzgadora de Instancia, que realiza una amplia y detallada motivación de la sentencia recaída, sin embargo, convenimos que el panfleto transcrito en el apartado de hechos probados, no es constitutivo del delito de provocación al odio, pues ninguna de las expresiones recogidas en el mismo supone una invitación directa y convincente a cometer ningún delito en concreto, por lo que la intervención del derecho penal no es posible.

Hemos podido comprobar que todas las partes intervinientes tanto desde el punto de vista de las acusaciones, como de las defensas, se han explayado en informar al Tribunal de múltiples citas jurisprudenciales tanto a nivel nacional como de sedes internacionales, que por su eco mediático, han traspasado las fronteras. Reseñas jurisprudenciales que se agradecen por la colaboración que han contribuido a la convicción de esta sala tras los debates propios de unas sesiones de deliberación, que realmente, por tratarse de un tema poco usual, ha provocado en cierta medida la dilación en el redactado de la presente resolución

Dicho lo anterior la regulación normativa penal de todas las cuestiones atinentes a los extranjeros debería guiarse por dos grandes criterios o principios, que afectaran a la intervención del Derecho penal. Tales criterios son: **a)** el deber de los poderes públicos de adoptar medidas dirigidas a prevenir cualquier tipo de actitud discriminatoria en la comunidad. Las medidas preventivas deben a su vez evitar caer en la llamada "huida hacia el Derecho Penal". Este derecho debe circunscribir su intervención a aquel campo que acota sus principios básicos y particularmente los principios de lesividad, intervención mínima y responsabilidad por el hecho. Cuando no se respeten estos principios, y el derecho penal interviene, estaremos en presencia de un uso indebido de las normas penales, para ocultar las omisiones de los poderes públicos en la adopción de otro tipo de medidas de orden **económico, social educativo etc. y b) el segundo principio** alude al deber del Poder Público de evitar actuaciones de cualquier clase que puedan significar o ser interpretadas como trato discriminatorio hacia el extranjero en general.

La tutela penal específica de los extranjeros debe respetar, en todo caso las garantías y principios del Derecho penal atendiendo a las siguientes notas básicas:

1º.- Necesidad de compatibilizar la persecución penal de la discriminación con el respeto del contenido esencial de las **libertades** de expresión **ideológica** y de asociación garantizada en la Constitución.

2º.- Respeto por el principio de responsabilidad por el hecho, eliminar toda incriminación fundada en un derecho penal de autor.



3º- Escrupuloso respeto al principio de intervención mínima, remitiendo a otros campos del ordenamiento la búsqueda de una protección más adecuada.

4º- Renuncia a utilizar el derecho penal como instrumento meramente simbólico (lesividad). En consecuencia buscarse una mayor efectividad en la prevención de conductas punibles, y no utilizar fórmulas que lleven a inaplicar los preceptos por genéricos o dificultad probatoria de los elementos típicos.

5º- Respeto al principio de proporcionalidad ajustando la entidad de las penas en función del hecho cometido.

Partiendo de tales presupuestos, los tipos penales más importantes de entre los destinados a dar protección penal directa contra la discriminación, y por consiguiente a proteger a los extranjeros en tanto que personas o grupo de personas susceptibles de ataques de este corte, se ubican sistemáticamente en el Libro II Delitos contra la Constitución, y en el capítulo cuarto, artículos 510 , 511 , 512 , 515 , 517 , 518 , delitos contrarios al ejercicio de los Derechos Fundamentales y las **Libertades** Públicas.

El artículo sometido a examen es precisamente el 510.1 del CP que dice: "Los que provocaren a la discriminación, al odio, o a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología religión, o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, su orientación sexual, enfermedad o minusvalía... ". Los problemas que plantea la interpretación del precepto, son básicamente los siguientes:

A.- El tenor literal del tipo penal y las exigencias que se desprenden de su simple lectura llevan a concluir que no se requiere de un resultado lesivo. La conducta típica "provocar" implica incitar a que otros discriminen, provocar una conducta peligrosa para el bien jurídico tutelado que serían los grupos o asociaciones como en el caso de los extranjeros.

B.- La conducta a la que se refiere el artículo 510 esta expresamente descrita y formulada en el artículo 18.1 del CP "la provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante que facilite la publicidad o ante una concurrencia de personas a la perpetración de un delito. Dicho concepto de provocación en el tipo penal que ahora examinamos debe ser directa, concreta, amenazante, definitiva y grave para desplegar la eficacia de la conducta de provocación. A sensu contrario la provocación genérica, indirecta, no cabe en el precepto pues como bien apunta en este apartado LANDA GOROSTIZA, las declaraciones generales en democracia deben permitirse. La intención por otro lado debe ser directa y explícita; la provocación debe dirigirse expresa e inequívocamente a conseguir los resultados que el provocador se propone, a saber crear en otros la voluntad de realizar actos de violencia, discriminación odio, hostiles hacia los extranjeros. Este requisito excluye las meras descalificaciones o juicios de valor negativos.

C.- El legislador no exige la perpetración de un delito, sino que basta la provocación a la discriminación, odio o violencia. La discriminación debe interpretarse en sentido estrictamente jurídico, debe tratarse de actos que infrinjan el mandato del artículo 14 de la Constitución Española , y tratarse de hechos ilícitos.

D.- El odio como concepto es desafortunado por cuanto se trata de una apelación a los sentimientos difícilmente de exteriorizar y por tanto de difícil probanza. Por otro lado la provocación al odio entraría en conflicto potencialmente con derechos fundamentales como la **libertad** de expresión y de opinión.

Trasladando tales pautas al hecho objeto de controversia, no alcanzamos a determinar donde radica la provocación al odio que se sustenta contra un determinado grupo de personas extranjeras concretamente de inmigrantes magrebíes por cuanto no concurren los requisitos que hemos examinado para la tipificación penal en el artículo 510 CP , .No debemos olvidar que tales folletos o panfletos se repartieron en periodo próximo de elecciones y no consta ninguna denuncia ante la Junta Electoral de Zona que conoce de los problemas electorales y de campaña, ni tampoco consta el grado de incidencia que pudo tener en los votantes, es mas, parece ser por las declaraciones del testigo constituido en acusación particular que no se ha incrementado el grado de posible xenofobia en la localidad de Vic.

El parecer de esta sala es que nos encontramos ante unos panfletos de contenido irónico que deben ser tomados por la población en general como un ejercicio de reflexión según la convicción particular de cada ciudadano con opinión hacia los extranjeros y que denota un alto grado de madurez democrática.

La estimación de los motivos, con la consiguiente revocación de la sentencia en el sentido de que procede dictar un pronunciamiento absolutorio hace innecesario entrar a conocer del resto de motivos invocados por el apelante.

CUARTO.-Contra la sentencia que absuelve al acusado Herminio , la representación procesal de Patricio , y otros, constituidos en acusación particular, formulan recurso de apelación alegando el error en la valoración



de la prueba, solicitando se condene a dicho acusado, de conformidad con las penas contenidas en su escrito de conclusiones elevadas a definitivas en el acto del juicio oral.

El recurso no habrá de prosperar, por cuanto, de conformidad con lo establecido en la conocida doctrina del Tribunal Constitucional, encabezada por la STC 167/2002 y otras posteriores, las sentencias de corte absolutorio, no son revisables, so pena de incidir en una vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

A lo anterior reproducimos en este apartado la fundamentación precedente al resolver el recurso del acusado Constancio .

El recurso debe ser desestimado.

VISTOS los artículos de pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Constancio , contra la Sentencia dictada en fecha 11 de noviembre de dos mil once por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Manresa en los autos de los que el presente rollo dimana, la debemos REVOCAR Y LA REVOCAMOS en el sentido siguiente: " Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS, a Constancio , del delito de provocación al odio previsto en el artículo 510.1 del CP , por el que venía acusado, con todos los pronunciamientos favorables, incluidas las costas que se declaran de oficio en ambas instancias."

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Patricio , y otros, constituidos en acusación particular, contra la sentencia de fecha 11 de noviembre de 2011, dictada por el Juzgado Penal nº 2 de Manresa , la debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS en cuanto al pronunciamiento absolutorio respecto del acusado Herminio .

Declaramos de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno. Devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia.

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

PUBLICACIÓN.- Barcelona, en la misma fecha. En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.