



Roj: **SAN 4583/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:4583**

Id Cendoj: **28079280012017100001**

Órgano: **Audiencia Nacional. Juzgados Centrales de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2017**

Nº de Recurso: **23/2017**

Nº de Resolución: **35/2017**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **JOSE MARIA VAZQUEZ HONRUBIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JDO. CENTRAL DE LO PENAL N. 1 MADRID

SENTENCIA: 00035/2017

JUZGADO CENTRAL DE LO PENAL

Audiencia Nacional

Madrid

PROCEDIMIENTO ABREVIADO 23/2017

Dimana del P.A. 8/2016 del Juzgado Central de Instrucción nº. 4

MAGISTRADO :

D. JOSÉ MARÍA VÁZQUEZ HONRUBIA

El Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional de Madrid, en la causa referenciada, ha dictado,

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD, EL REY,

La siguiente

SENTENCIA

En MADRID, a veintiuno de Diciembre de dos mil diecisiete.

VISTO en Juicio Oral y Público ante el Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional el procedimiento arriba referenciado, procedente del JUZGADO CENTRAL INSTRUCCIÓN nº. 4 seguido por un delito de injurias al Rey y otro de ultraje a España, contra Bartolomé , con D.N.I. NUM000 , representado por la Procuradora Gemma Muñoz San José y defendido por el letrado Alberto Boada Ubach, habiendo sido partes el Ministerio Fiscal y dicho acusado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones provisionales, que elevó a definitivas en el juicio oral, calificó los hechos procesales como constitutivos de un delito de injurias al Rey del art. 490.3 último inciso del Código Penal y de un delito de ultraje a España del art. 543 del CP en relación con el Real Decreto 1560/1997 de 10 de Octubre y solicitó que se impusieran al acusado las siguientes penas: Por el primer delito, multa de 12 meses a razón de 20 euros de cuota diaria, responsabilidad personal subsidiaria legal de conformidad con el art. 53 CP ; y por el segundo delito, multa de 12 meses a razón de 20 euros de cuota diaria, responsabilidad personal subsidiaria legal de conformidad con lo dispuesto en el art. 53 CP .

SEGUNDO.- La defensa del acusado modificó sus conclusiones provisionales solicitando subsidiariamente a la libre absolución que se consideren los dos delitos como concurso ideal de delitos, alternativamente que se aprecie error de prohibición invencible dictándose sentencia absolutoria o se considere vencible y se aplique



la pena inferior en dos grados y, en todo caso, que se le impusiera una sola pena de 286 días de multa con una cuota diaria de 6 euros de multa o la pena en grado mínimo con dicha cuota diaria.

TERCERO.- Celebrada la sesión del Juicio Oral el día 12 de Diciembre del presente año en los términos que constan en el soporte digital (DVD) que queda unido al procedimiento.

HECHOS PROBADOS

El acusado Bartolomé, mayor de edad, sin antecedentes penales, con D.N.I. NUM000, en ejecución de un plan preconcebido y planificado por él mismo con el deliberado y firme propósito de ofender y menospreciar al Jefe del Estado español y al himno nacional, por lo que ambos representan como símbolos para los sentimientos colectivos identificados con la nación española, publicó en fecha 28 de Mayo de 2015, en el perfil de "Facebook" de la entidad "Catalunya Acció" que presidía, un manifiesto titulado "Por la pitada al Himno Español y al Rey Felipe de Borbón", que recogía entre otros extremos:

"Cataluña vive una situación política decisiva. Los catalanes mayoritariamente hemos entendido que, o nos independizamos de España o desaparecemos como pueblo. Solo así se explican las grandes movilizaciones de los últimos años que han conseguido poner la independencia de Cataluña como eje central de la política catalana.

Con todo, llegar a la victoria final, que no es otra cosa que la proclamación del Estado Catalán Independiente con el consiguiente control político efectivo del territorio, requerirá una gran firmeza en todas nuestras acciones y no dejar pasar ninguna oportunidad para manifestar nuestra voluntad de libertad nacional. Esta lucha se dirime en cualquier frente: político, social, cultural o lingüístico. Pero también en el de la protesta colectiva cívica.

Y el próximo 30 de junio (textual), en el transcurso de la final de la Copa entre el FC Barcelona y el Athletic Club de Bilbao en el Nou Camp, se nos vuelve a presentar una ocasión inmejorable para manifestar una vez más que queremos dejar de ser súbditos del reino de España para convertirnos únicamente en ciudadanos de una Cataluña independiente. Este episodio deportivo supondrá que el máximo representante político e institucional de España, el rey Felipe de Borbón, haga su aparición en el palco del estadio mientras suenan los acordes de la Marcha Real. Debe ser entonces cuando, proponemos, todos los seguidores catalanes que asistan al partido (y los que no también) deben manifestar sonoramente su desacuerdo, tanto por la presencia del monarca como por el sonido de los acordes del himno español, con una sonora pitada, que sin duda acompañarán también los seguidores vascos.

Posiblemente, algunas voces de nuestra casa volverán a repetir que hay que tener respeto por los símbolos de aquel Estado que nos quiere humillar y niega nuestros derechos nacionales. Un Estado que querría hacer del idioma catalán una reliquia del pasado a través de sentencias judiciales, que permite que se equipare impunemente el independentismo catalán con el fascismo o que continúa protegiendo y enaltecendo la memoria de los que entraron a sangre y fuego en Cataluña en el año 1939 y nos fusilaron un Presidente. Pedir respeto para quien te trata como un trapo sucio solo puede explicarse desde un profundo complejo de esclavo.

Estamos convencidos de que la inmensa mayoría de los independentistas tienen más dignidad y coraje que todo eso. Porque entendemos que la primera condición para ganarse la libertad es estar dispuesto a encararse con quien la niega".

A dicho manifiesto se adhirieron las asociaciones "Sobirania i Progres", "Centre Autonomista de Dependents del Comerç i de la Indústria (CADCI)", "Plataforma pel Dret a Decidir (POP)", "Internacional Comisión of European Citizeris (ICEC)", "Fundació President Macia", "Ara o Mai", "Catalunya diu Prou", "Casal per la Libertat i la Independencia de Catalunya (CLIC)", "Societat Catalana de Lliure Opinió (SOCALL)", "Movimiento de Cultura Popular "El Sotrac" y "Units per Declarar la Independencia de Catalunya (UPDIC)".

Al día siguiente, 29 de Mayo de 2015, en el estadio de fútbol del Camp Nou, al celebrarse la final de la Copa del Rey entre los equipos Fútbol Club Barcelona y Athletic Club de Bilbao, al reproducirse el Himno Nacional, ante la presencia del Jefe del Estado D. Felipe VI de Borbón, se produjo una masiva y colectiva pitada que lo hizo inaudible, proveniente de parte del público asistente, retransmitida nacional e internacionalmente, dentro de lo que constituía el evento deportivo, consiguiendo así el acusado la materialización del plan ideado.

Los hechos fueron presenciados públicamente por millones de personas y generaron un sentimiento de indignación en gran parte de la población española en cuanto fueron despreciados y rechazados símbolos representativos de su dignidad como pueblo y como Nación.

La Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte, formuló propuesta de sanción contra el acusado como persona física por su implicación y participación personal,



realizada paralela y separadamente de la entidad que preside, en atención a lo dispuesto en el art. 23.1.c) de la Ley nº. 19/07 de 11 de Julio .

La Secretaria de Estado de Seguridad ha suspendido el plazo de resolución del procedimiento administrativo sancionador hasta la resolución del procedimiento penal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de injurias a la Corona del art. 490, 3 último inciso, y de un delito de ultraje a España del art. 543, ambos del Código Penal y de los que debe responder en concepto de autor el acusado por la participación directa, material y voluntaria que tuvo en su ejecución.

Ante la aparente dicotomía de dos resoluciones judiciales dictadas por dos Secciones distintas de esta Audiencia Nacional, conviene precisar que la Sección 3ª., ordenó que continuara el presente procedimiento revocando la decisión del Juzgado Central de Instrucción que acordó la inadmisión a trámite de la querrela y que fue confirmada por la Sección 4ª. Por tanto, procesalmente, lo que se deja sin efecto es la resolución dictada por el Juzgado Central de Instrucción, no los fundamentos que consignara para dicha resolución, que conviene recordar se limitó a un Auto sucintamente motivado de inadmisión de querrela (folio 550), sin perjuicio además de que no existe perfecta identidad entre aquella inadmisión y este procedimiento, puesto que en aquel caso el "Manifiesto" se refería fundamentalmente al reconocimiento internacional de las selecciones deportivas vascas y catalanas.

Precisado lo anterior y desestimada la cuestión previa relativa a vulneración de derechos fundamentales, por no haberse producido ni alegado en la presente causa, se deferió su estudio a la presente sentencia como cuestión de fondo, admitiéndose únicamente nueva prueba documental aportada por la defensa, y no admitiéndose la petición de la defensa de que el acusado declarara al final del juicio y no en su inicio, pues se adujo como fundamento costumbre regional en Cataluña, por ende sin ningún tipo de acreditación.

El centro pues del juicio estriba en determinar si el Manifiesto publicado en Internet por la entidad "Cataluña Acció" , al que se adhirieron otra serie de asociaciones independentistas y que se titulaba "Por la Pitada al Himno Español y al Rey Felipe de Barbón" y que efectivamente se produjo en el estadio de fútbol cuando sonó el Himno Nacional y Su Majestad el Rey se presentó en el palco, viene amparado por el derecho a la libertad de expresión y difusión de pensamiento, ideas u opiniones (art. 20 de la Constitución Española), tesis de la defensa, o son constitutivos de los delitos citados, tesis del Ministerio Fiscal.

De la autoría de tal "Manifiesto" no hay duda alguna; el propio acusado en su condición de presidente ejecutivo de "Cataluña Acció" (ver informe de Mossos de Esquadra-folio 1109 vuelto del Tomo III) ha reconocido lisa y llanamente en juicio, sin vacilación alguna, ser autor de la incitación a la pitada, que efectivamente se produjo. Y el art. 28 del Código Penal considera autores a quienes realizan el hecho por sí solos o por medio de otro (u otros) como instrumento. Si en principio el autor es el realizador material y la "persona de atrás" es sólo partícipe (inductor), en la autoría mediata sucede precisamente lo contrario: la posición respectiva de los sujetos se invierte en el sentido de que el papel fundamental, el que permite imputar el hecho a alguien como autor, deja de tenerlo el realizador material (en el caso los que pitaron) para pasar a la "persona de atrás" .

El acusado ha aducido en juicio que al Rey lo trata como tal y como Monarca, sin entrar en valoraciones personales, pero conviene recordar, ya entrando en el delito de injurias a la Corona, que el bien jurídico protegido en esta especie delictiva es la Institución de La Corona en cuanto institución integrante de la estructura constitucional, especialmente protegida por el legislador, en tanto que, según el art. 56 CE : "El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia y asume la más alta representación del Estado Español en las relaciones internacionales" . De este modo, es la Corona, no sólo el Rey, sino también las personas que la integran, las merecedoras de dicha especial protección en cuanto símbolos del Estado Democrático que la Constitución consagra. La STC 82/1986 establece: "Se entiende, obviamente, por Estado, el conjunto de los poderes públicos españoles con inclusión de los autonómicos y los locales" . Por tanto, la persona del Rey encarna la institución de la Corona como representación y como símbolo de todos los poderes públicos españoles, estatales, autonómicos y municipales, y por ello se le otorga, como a otros símbolos e instituciones constitucionales, una especial y expresa protección penal.

En cuanto al tratamiento especial que da el Código Penal a las injurias a la Corona, conviene en este punto recordar la singular protección jurídica que el legislador otorga a la Corona, como a otras altas instituciones del Estado, para procurar la defensa del Estado Constitucional, de tal modo que el término injurias y calumnias en este grupo de acciones se extrae del Título XI del Código Penal, "Delitos contra el Honor", para regularlo dentro del Título dedicado a los delitos contra la Constitución: Título XXI. Delito pues de naturaleza pública ya



que lo que se protege no es, como en aquéllos, la dignidad personal de particulares sino la propia estabilidad del sistema, de tal modo que otorga una protección reforzada de la Corona en cuanto la figura del Rey es el símbolo de la unidad y permanencia del Estado (art. 56.1 CE), pues el bien jurídico protegido es la preservación del propio sistema constitucional frente a ataques que conforme los arts. 485 a 491 se regulan de mayor a menor, desde la violencia física extrema contra el Rey y personas de su familia especialmente protegidas hasta la violencia psíquica (coacciones en todas sus modalidades) para terminar con la violencia verbal.

Protección pues instrumental ya que, tratando de proteger la figura del Rey y personas afines, se está tratando de proteger la persona que encarna la institución que representa y simboliza el Estado Constitucional. El T.S. en la citada sentencia de 31/10/2005 es el que ha recogido esta idea estudiando un caso análogo de ataques verbales a S.M. el Rey, consignando expresamente, como límite a la libertad de expresión, "el respeto a los fundamentos del orden público y de la paz social que establece el art. 10.1 de la CE ". Este artículo declara expresamente que el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social. En síntesis, lo que protege esta figura es la figura del Rey como símbolo de la unidad y permanencia del estado Constitucional, es decir de la España Constitucional. No es pues delito privado; el bien jurídico protegido es la preservación del sistema constitucional.

SEGUNDO.- Sentado lo anterior, conviene precisar una nota o característica de injurias al Rey, que es reiterada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y el art. 10.2 del Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que es la innecesariedad: cuando la expresión de menosprecio no guarda relación con el ejercicio de la idea que se trata de expresar, el ejercicio del derecho de libertad de expresión está sometido, no sólo al límite más o menos flexible que contiene el art. 20 de la Constitución Española , sino también al art. 10.1 de la propia C.E .: "el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden público y de la paz social" . Este artículo viene a reproducir el citado del Convenio Europeo que establece como límite de la libertad de expresión la defensa del orden público, la prevención del delito y los derechos ajenos. La C.E. no reconoce un derecho al insulto, y la libertad de expresión e ideológica no son derechos absolutos e ilimitados (SSTC 105/1990 , 85/1992 , 336/1993 , 42/1995 , 76/1995 , 78/1995 , 176/1995 y 204/1997).

Insulto pues referido no a la persona del Rey sino a la institución de la Corona y las SSTC 6/2000 de 17 de enero y 158/2003 , tras insistir en que la CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, vuelve a incidir en la innecesariedad. El acusado se ha declarado en juicio firme partidario . de la independencia de Cataluña, declarándose ufano de ser activista político para conseguir esa finalidad, a la cual tiene perfecto derecho y así lo expresa en el tan repetido manifiesto: "la independencia de Cataluña es eje central de la política catalana" , por tanto la idea u opinión que supuestamente se trataba de expresar es conseguir la independencia de Cataluña, pero las conductas cometidas por el acusado implican un menosprecio intrínsecamente vejatorio público como oprobiosas y pretenden expresar su total desprecio al Monarca y su deseo de destrucción de la institución.

Pues bien, para conseguir esa finalidad de independencia es innecesario menospreciar al Rey, símbolo de la España Constitucional, y procurar su humillación pública. Conforme al vídeo visionado, ni hubo proclamas coreadas, ni pancartas u otras expresiones o gritos tendentes a exteriorizar que los asistentes al evento deportivo pretendían la independencia, y, por cierto, en el manifiesto del acusado lo que se insta es a pitar al himno de España y al Rey.

Existe pues una buscada ocultación del propósito perseguido con el sonoro abucheo, lo que se quería era despreciar al Rey de España y su dignidad institucional, el encausado pretende excusarse en la libertad ideológica para enmascarar el propósito real que no es otro que la humillación y el desprecio a la figura del Rey. Así y como consta en la causa, la excusa o pretexto utilizado en análogo incidente ocurrido en el campo del Mestalla (Valencia) en el 2009 fue la consecución de selección deportiva internacional propia para Cataluña, y también se pitó al Rey, las pretensiones políticas no son más que meras tapaderas para humillar a la Corona.

En definitiva, para declarar en público ideas independentistas es innecesario el escarnio y vilipendio a la figura del Rey y del himno nacional. Se perseguía insultar y despreciar con el aditamento de la desmesura en la acción al ser el partido retransmitido a toda la Nación Española e incluso fuera de nuestras fronteras, siendo conveniente recordar que el Rey, conforme a la CE , asume la más alta representación del Estado Español en las relaciones internacionales.

Es decir, para defender la independencia de Cataluña no es necesario menospreciar al Rey ni al Himno Nacional utilizando un evento puramente deportivo.

Y se considera necesario traer a colación una sentencia del Tribunal Constitucional -recurso de Amparo 996/2009 -, tanto por la composición del mismo, constituido en Pleno, como que se refiere a hechos análogos, en ese caso quema de la foto de los Reyes en manifestación de independentistas catalanes, por ser sentencia

dictada por este Juzgado, confirmada por la Sala Penal de esta Audiencia Nacional, y por la cercanía temporal, pues data del 22 de Julio de 2015 ; vuelve a retomar esta sentencia la nota de la innecesariedad en cuanto "expresiones no requeridas para la exposición de las ideas, es decir, las que en las concretas circunstancias del caso sean ofensivas u oprobiosas" .

Trae a colación dicha sentencia la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de Julio de 2009 : "Se puede considerar necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propugnen, insten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia, del mismo modo que la libre exposición de ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer: criterios propios" . Una simple lectura del tan repetido manifiesto redactado por el acusado basta para concluir que es puro discurso de odio a España, a la que culpa de toda clase de afrentas, lo cual refuerza con la pitada a los símbolos de España; no se pretendía defender la independencia sino incitar al odio basado en la intolerancia a "los otros" (sic en la sentencia del TC) .

Continúa la referida sentencia que las personas pueden comunicar o expresar sus ideas y opiniones mediante conductas, hechos o comportamientos no verbales. Hay pues variados modos de expresión para cometer el delito de injurias al Rey o ultraje a España, estableciendo dicha sentencia que puede cometerse con lenguaje simbólico (symbolic speech) o bien mediante otras conductas expresivas (expressive conduct) , aclarando que el componente significativo dependerá del contexto que integre las circunstancias del caso.

Efectivamente recuerda la STC: "la inmunidad amparada en la libertad de expresión respecto a la formulación de críticas hacia los representantes de una institución o titulares de un cargo público por desabridas, acres o inquietantes que puedan resultar. Pero, sin embargo, esta inmunidad no resulta predicable cuando lo expresado solamente trasluce ultraje o vejación, no permitiendo la protección constitucional aquellos actos que incitan a la violencia o al odio hacia la Corona y la persona del Monarca" . En el tan repetido Manifiesto, después de recordar que el Rey era el Representante de España, a la que atribuye, como se ha dicho, toda clase de agravios y afrentas, es a quien se debe silbar, y ello por su pura presencia, evidentemente incita al odio y la violencia hacia la Corona. Y ello porque "persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia" (sentencia citada).

Se trata pues del "menosprecio de las personas que integran la institución simbolizada, sirviéndose del lenguaje del odio" . El acusado, como "persona de atrás", instigó a sus instrumentos con ese lenguaje para ultrajar al Rey y al Himno Nacional.

La sentencia comentada trae a colación la STC 136/1999 en cuanto "la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión política libre".

Aclarando también dicha sentencia que las manifestaciones más toscas del "discurso del odio" son las que se proyectan sobre condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas, pero también que el discurso fóbico ofrece otras vertientes, siendo una de ellas la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política de quienes no comparten el ideario de los intolerantes".

Nuevamente la lectura del manifiesto redactado por el acusado que, por cierto, y como ha reconocido a instancia de su letrado, jamás ha ocupado un cargo electo en Cataluña pero que se permite hablar en su nombre, resulta un evidente ánimo de excluir de la vida política a quienes no comparten su ideario independentista y esto es lo que transmitió a los espectadores que realizaron materialmente la pitada.

Otra nota muy importante que recoge dicha sentencia, perfectamente aplicable al caso, es la ausencia de espontaneidad en el comportamiento de los autores materiales de la pitada, pues no surge de forma espontánea en el contexto del acontecimiento deportivo "como expresión de la ideología independentista de los recurrentes, sino fruto de actividad diseñada de antemano y orientada a mostrar el mayor grado de hostilidad hacia la Corona" . "Los hechos avalan categóricamente el significado netamente incitador al odio, pues no hay dato alguno de legítimo derecho de crítica hacia la institución monárquica, pues, como en el presente caso, no profirieron ninguna expresión, discurso, mensaje de los que quepa inferir una censura u oposición políticamente articulada contra el Rey", lisa y llanamente actuaron con el propósito de incitar a la exclusión, sirviéndose de la pitada.

Retomando la falta de espontaneidad, es suficiente la lectura de los informes de la Guardia Civil y Policía Nacional obrantes a los folios 57 y siguientes de la causa, el acusado preparó de manera coordinada con otras asociaciones independentistas el acto enjuiciado con la finalidad admitida de atacar a la Corona, utilizando



para ello las redes sociales y propagando, coordinadamente con todas las asociaciones independentistas que constan el hecho objeto del procedimiento, estas asociaciones fueron apartadas de la causa por decisión del juez de Instrucción, pero en todo caso ambos informes coinciden en centrar el eje y promoción de la pitada en "Cataluña Acció" es decir, en el acusado. Ambos informes han sido ratificados personalmente en la vista. La falta de espontaneidad y el liderazgo del acusado se refuerzan cuando consta que la propia "Cataluña Acció" publicita la hora y lugar exacto en que efectivamente se observa una furgoneta con el logo "Reagrupament" repartiendo en la calle los silbatos prometidos. No hay que hacer demasiado esfuerzo inductivo para determinar que "Cataluña Acció", que había promovido la pitada, fue la que por sí o a través de asociaciones afines y/o satélites, repartió el medio material para consumar el delito.

Para no hacer más extensa esta resolución conviene traer a colación otro de los fundamentos de la sentencia del tan repetido Pleno del Tribunal Constitucional que, tras recordar que se deniega el amparo no por posicionamiento ideológico del autor de los hechos, ni por su ideología de naturaleza republicana o separatista, ni su exposición pública, establece que la condena se anuda -se basa- exclusivamente al tratamiento de incitación al odio y a la exclusión de un sector de la población".

Y por último, resalta la sentencia del TC sobre el riesgo evidente de que el público presente percibiera la conducta enjuiciada como una incitación a la violencia y al odio a la Monarquía y hacia quienes la representan, y aunque, no consta que se produjeran incidentes de orden público, la connotación destructiva y despectiva (en este caso de la pitada al Rey) es innegable y por ello, continúa la sentencia del TC, la acción pudo suscitar entre los presentes reacciones violentas e "incompatibles con un clima social sereno y minan la confianza en las instituciones democráticas", citando la STEDH 16 de Julio de 2009 .

No se va a insistir más en que otra de las finalidades de la especial protección a la figura del Rey es preservar la convivencia y la paz social como fundamentos del orden político que establece el art. 10.1 de la CE (sentencia citada del TS de 26 de Abril de 1991).

Conviene resaltar respecto a este punto de garantizar la pacífica convivencia democrática que la acción del autor pudo suscitar acciones violentas, aunque no se produjeran en la práctica, creando una situación de riesgo para bienes y personas.

Y abundando en esta idea resulta que consta en la causa (ver folio 1152) que la Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Intolerancia y la Xenofobia en el Deporte, que suspendió actuaciones hasta resolución judicial, imputó y propuso sanciones a Bartolomé y "Cataluña Acció" por la difusión de contenidos que dan soporte a la violencia o que inciten o fomenten a comportamiento violentos, racistas, intolerantes o xenófobos, cierto es que es una mera propuesta administrativa, pero es dato coadyuvante para mantener la convicción de que la pitada promovida, en expresión del TC, "produjo un riesgo evidente de que se produjeran incidentes de orden público pudiendo incitar a los presentes a reacciones violentas" . Como la xenofobia puede definirse como una ideología del rechazo que tiende a la exclusión social de todo aquel que no comparta la misma identidad cultural, no hay que hacer más consideraciones; teniendo en cuenta los valores constitucionales violados, la conducta del acusado no puede ampararse en la libertad de expresión o ideológica para enmascarar un genuino discurso del odio proscrito por los Tribunales españoles y europeos.

El acusado quería injuriar al Rey, es decir, a la Institución de la Corona como símbolo de la España constitucional y realizó todas las acciones para consumar su propósito.

TERCERO.- En cuanto al delito de ultraje a España, poco puede añadirse en cuanto el acusado ha asumido y consta por escrito que la monumental pitada iba dirigida no sólo al Rey sino al himno español. Ni Bartolomé ni su defensa han negado los hechos ni han hecho la menor alusión a que tal pitada no tuviera un carácter despectivo y despreciativo, sino que han articulado la defensa en que estaría amparada en libertad ideológica vehiculada por la libertad de expresión. Parece evidente que el hecho es perfectamente encuadrable en "expresiones o actos. de tal modo insultantes o agraviantes que el ánimo de injuriar se encuentra insto en ellos" (STS 16/3/1989) . En suma son tenidos en el concepto general como oprobiosos. El ultraje, de palabra o de hecho, a España o a sus símbolos, efectuados con publicidad supone (por todas, STS 7/2/1990) lo mismo que injuria.

Tanto si usamos los términos vejación, menosprecio, deshonor, descrédito, utilizados tradicionalmente por nuestro Derecho Penal, como los actualmente usados por el vigente Código Penal: lesión de dignidad, menoscabo de fama o atentado contra la propia estimación, es evidente que la pitada, recordemos perfectamente planificada, carente de la más mínima espontaneidad, masiva y buscada de propósito en un acontecimiento tan absolutamente ajeno al ámbito político como un partido de fútbol, tenía un carácter oprobioso, infamante y en definitiva suponía un menosprecio intrínsecamente vejatorio.



El ultraje a España o a sus símbolos del art. 543 del Código Penal está incardinado dentro del Título XXI del Código penal, es decir, delitos contra la Constitución, siendo el más grave el de rebelión, para ir descendiendo a delitos contra la Corona y sucesivamente de mayor a menor hasta llegar en el Capítulo VI en que se sitúa esta figura delictiva. En definitiva, el legislador considera que este delito, como los delitos contra la Corona, es merecedor de una especial consideración y redoblada protección; así, no se consideró apropiado situarlo en el Título siguiente: "Delitos contra el Orden Público"; por lo tanto, aquí también el bien jurídico protegido es la preservación del orden constitucional y ello porque el art. 10.1 de la CE establece como principios básicos de éste el respeto a la ley a los derechos de los demás, bienes superiores para lograr la paz social. Por tanto, la protección a España y sus símbolos es también, como el caso de la especial protección a la Corona, instrumental para preservar la convivencia y la paz social. Ya se ha argumentado antes cómo estos ataques al Rey tienen su razón última en tratar de evitar situaciones potencialmente peligrosas, en definitiva de riesgo para la convivencia democrática.

Pero junto a este riesgo abstracto, los ultrajes a España y sus símbolos tienen un componente evidente de ataque subjetivamente pluriofensivo pues afecta a todos los españoles que respetan y hacen suyos y propios los símbolos (bandera, himno, escudo constitucional) de España. La bandera, como el himno, representan lo que España ha sido y lo que España es (un Estado social y democrático de derecho), a los españoles que han sido y a los españoles que son. Por eso carece de toda validez el argumento defensivo de que, entre éstos, fueron contadas las denuncias de particulares por los hechos, pues por más de ser un delito público, no es evidentemente necesario que los ofendidos por el delito lo denuncien para considerarse éste cometido.

Este componente de ofensa personal lo recoge el acusado en su manifiesto: "Posiblemente algunas voces de nuestra casa volverán a repetir que hay que tener respeto por los símbolos de aquel Estado que nos quiere humillar y niega nuestros derechos nacionales", para proseguir con la retahíla de los agravios que a su parecer ha sufrido Cataluña. En suma, era perfectamente consciente de que estaba agravando, a través de sus símbolos, a España y los españoles que no comparten su credo independentista. Señalar que quien ha repetido hasta la saciedad en juicio que sus actos vienen amparados por los derechos y libertades constitucionales, no tienen la más mínima consideración por los derechos (y los sentimientos) de los demás (art. 10.1 CE), lo que podría denominarse sentimiento nacional que el acusado precisa y exactamente mantiene en grado sumo y debería reconocer en "los otros". Una vez más desprecio excluyente e intolerancia tan característico del discurso del odio.

Y nuevamente y evitando reiteraciones, pues vale todo lo dicho respecto a la figura de injurias al Rey, que el art. 56 de la CE define literalmente como "Jefe del Estado y símbolo de su unidad y permanencia", al atacar y ultrajar no sólo al Jefe del Estado sino a un símbolo de la nación que sustenta aquél, el acusado, a través de los autores materiales, los espectadores, previamente dotados de silbatos, no puede ampararse en la libertad de expresión, pues una vez más para defender la ideología independentista del acusado es innecesario hasta la desmesura menospreciar y despreciar a quienes no comparten su ideología. Silbar hasta hacer inaudible el himno español "no transmite ninguna expresión o discurso políticamente articulado" (Sentencia del Pleno del TC tan repetidamente citada), es pura y simplemente demostrar el mayor grado de hostilidad hacia España. La única expresión reconocible es incitar a la exclusión de quienes no sean independentistas, recordar pues que no puede, según la sentencia citada, acogerse a la libertad de expresión; conforme la jurisprudencia del T.E.D.H. aquéllos que olvidan que la tolerancia y respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista, es por lo que se puede considerar necesario en sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir toda forma de expresión que propugne, incite o promueva o justifique el odio basado en la intolerancia (sentencia citada TEDH de 16 de Junio de 2009 asunto Féret c. Bélgica, parágrafo 64).

En definitiva, la masiva y nulamente espontánea pitada al Himno Nacional Español, como símbolo que identifica a España nacional e internacionalmente, está jurídicamente protegido en el Real Decreto 1560/97 de 10 de Octubre (BOE 244 de 11 de Octubre de 1997), su regulación y protección fue pormenorizadamente detallada en el Auto de la Sección 3ª, de esta Audiencia Nacional que ordenó la reapertura de actuaciones (folios 824 y siguientes) es constitutiva de un delito de ultrajes a España y como establecen las SSTC 2/2001 de 15 de enero y 185/2003 de 27 de Octubre "es obvio que los hechos probados no pueden ser al mismo tiempo valorados actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de delito".

CUARTO.- La defensa del acusado ha modificado sus conclusiones provisionales solicitando subsidiariamente a la libre absolución que se considere que Bartolomé actuó bajo un error de prohibición invencible o defectivamente vencible con la consiguiente reducción o exclusión de responsabilidad. En suma, que el acusado ignoraba que sus actos eran constitutivos de delito (error iuris). La jurisprudencia, ante esta espinosa y delicada cuestión, ha evolucionado, tras negar que el error sobre la norma penal excluyera la responsabilidad (la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento), ha comenzado a aceptar la distinción entre el error



de tipo y el error de prohibición, afectando el primero a la tipicidad y el segundo a la culpabilidad, en el n.º 3 del art. 14 del Código Penal se recoge la falta de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, en síntesis la creencia del agente de obrar lícitamente.

Pero la jurisprudencia STS 3/1/1985, por todas, destaca la dificultad de determinar la existencia del error "por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo sin que baste su mera alegación (STS 3/1/1985) sino que deberá probarse (STS 13/11/1989).

Por tanto establece el TS que deberán tenerse en cuenta las condiciones psicológicas y de cultura del agente, siendo más proclive a sufrir error una persona analfabeta y de escasa cultura que otra que la posea en grado elevado.

Si examinamos las condiciones de cultura del acusado, éste posee estudios superiores, ha escrito libros sobre la independencia de Cataluña, se presenta como empresario autónomo y era en el momento de los hechos presidente ejecutivo de una asociación que se denomina cultural "Cataluña Acción para el fomento de la cultura catalana". La policía declarante en juicio autora del informe que consta ha declarado espontáneamente que es un personaje público. Con este acervo cultural y social no resulta atendible que ignorara que una acción como la que promovió fuera constitutiva de delito, cuando menos en su componente más elemental de alteración de la paz social.

Desde el punto de vista psicológico ha reiterado una y otra vez que es activista político (conforme informe policial se presentó una vez a las Municipales de Barcelona en 2011 obteniendo 6.802 votos) y su perfil psicológico ha quedado bien patentizado en juicio oral como persona fuertemente ideologizada con ideas monotemáticas sobre la independencia de Cataluña, pero donde más se demuestra su carácter y talante es en la entrevista realizada en un medio de comunicación "e noticias" en el año 2009 en que en sus dos primeros minutos, visualizados en el juicio oral, alardea y se jacta de ser promotor de pitadas al himno nacional, autocalificándose literalmente "del bueno" de la cuestión y afirmando, con evidente optimismo, que "con un par de pitadas más el Estado español estará finiquitado". El acusado y su defensa han enfatizado que "sólo buscaba titulares", pero aquí esto es indiferente; estas expresiones si están amparadas por la libertad de expresión, lo que no lo está es, una vez más, que vulnere la ley y los derechos de los demás (art. 10 . I. CE).

Si se hacen todas estas consideraciones es para traer a colación más jurisprudencia del TS, en concreto, por todas STS 1074/2004 de 19/10 : "Para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto al proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad que por estimarse similar al dolo eventual no merece trato de benignidad alguno"; se acude también por el TS a la ignorancia deliberada sin querer saber aquello que se puede saber, y la STS 359/2008, de 19 de Junio , "el acusado no muestra un conocimiento equivocado sino mera indiferencia".

Añadamos que no firmó el manifiesto (ver folio 58) que aparecía firmado por Cataluña Acción y otras asociaciones, lo cual se considera significativo, pues si estuviera tan seguro como dice de su licitud, no tendría por qué ocultarse y tampoco acudió al referido partido de fútbol.

Por tanto, ni cultural ni socialmente puede el acusado invocar error y psicológicamente, dado el perfil fanatizado del individuo, es más que evidente que aunque se representara como posible que su actuar era delictivo, no iba a abstenerse de actuar y en todo caso esa posibilidad delictiva le resultaría indiferente. La defensa, al hilo de esta cuestión, ha argumentado con la correspondiente documental periodística que han existido otras pitadas no perseguidas ni sancionadas, con lo cual parece que argumenta que por no perseguirse determinadas acciones delictivas, éstas dejan de serlo o lo que es aún más chocante, que la costumbre deroga la norma penal.

Es sin embargo estimable por Ministerio de la ley la alegación defensiva del concurso ideal de delitos y la aplicación del artículo 77.2 del Código Penal ; efectivamente un solo hecho, la pitada, constituye dos delitos: injurias a la Corona y ultrajes a España que se cometen simultáneamente. El primero, al considerar el Ministerio Fiscal las injurias como menos graves y sujeto el juzgador a este límite por el principio acusatorio formal, está sancionado con multa de 6 a 12 meses y el segundo con multa de 7 a 12 meses. El delito más grave a estos efectos es el de ultrajes a España. Así pues, hay que aplicar en su mitad superior la multa más grave, sin exceder la suma que correspondería si se penaran separadamente ambas infracciones. Por tanto esa mitad superior, que no excede de la suma de las penas por separado, es de 8 meses y 15 días a 12 meses. Sólo puede sancionarse uno de los delitos conforme establece el citado art. 77 del Código Penal .

QUINTO.- En cuanto a la individualización de la pena, dada la trascendencia por la redoblada publicidad que quiso darse y se dio a la acción, es perfectamente proporcionada a derecho la imposición máxima de la pena en su mitad superior, es decir, 12 meses de multa, tanto por razones de prevención especial para que se abstenga el acusado de cometer nuevos delitos en el futuro, como de prevención general o social.



En cuanto a la cuantía de la cuota diaria, también se considera ajustada a derecho la petición de 20 euros diarios. La alegación del acusado que no presenta declaración de la renta, sólo significa que no la hace, aun admitiéndose que no debe presentar la declaración sobre el patrimonio, dada la cuantía exenta de este impuesto, no es dato significativo. El declarante ha alegado que tiene dos hijos a su cargo, uno de ellos menor de edad (acreditado) y alegado que gana de 1.100 a 1.200 euros mensuales y esta suma no es ni siquiera creíble pues también mantiene que ambos están estudiando lo cual en una ciudad del nivel de vida de Barcelona le colocaría en el límite de la subsistencia lo que evidentemente no es el caso, si a ello añadimos que como se ha publicitado notoriamente en estos días el tipo de asociaciones como la presidida por el acusado atiende con fondos de más o menos ignorada procedencia las necesidades de sus asociados con problemas pecuniarios, supone que la suma de 20 euros diarios resulta perfectamente adecuada a las circunstancias del caso.

QUINTO.- No concurren circunstancias modificativas y toda persona criminalmente responsable de un delito debe responder de las costas causadas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

QUE DEBO CONDENAR Y CONDENO A Bartolomé , como autor criminalmente responsable de un delito de injurias a la Corona y un delito de ultrajes a España, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a una pena única de doce meses de multa con cuota diaria de 20 euros (7.200 euros).

En caso de impago total o parcial de la multa, sufrirá la prisión correspondiente: un día de prisión por cada dos cuotas que deje de pagar.

Esta sentencia no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de DIEZ DÍAS para ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Así por esta sentencia, lo pronuncia, manda y firma D. JOSÉ MARÍA VÁZQUEZ HONRUBIA, Magistrado-Juez del Juzgado Central de lo Penal, doy fe.

E/

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.