



Roj: **AAP B 8534/2018 - ECLI:ES:APB:2018:8534A**

Id Cendoj: **08019370052018200556**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **5**

Fecha: **25/09/2018**

Nº de Recurso: **480/2018**

Nº de Resolución: **669/2018**

Procedimiento: **Otros recursos**

Ponente: **ALICIA ALCARAZ CASTILLEJOS**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL

BARCELONA

SECCIÓN QUINTA

Rollo nº 480/2018

Diligencias Previas num. 26/2018

Juzgado de Instrucción num. 5 de los de DIRECCION000

AUTO

Ilmas. Sras.:

D^a. Elena Guindulain Oliveras

D^a. Alicia Alcaraz Castillejos

D^a. Rosa Fernández Palma

En la ciudad de Barcelona, a 25 de septiembre de 2018.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de enero de 2018 se dictó auto por el que se acordó reputar los hechos objeto de estas actuaciones, por los que se incoó inicialmente procedimiento de Juicio inmediato sobre Delitos Leves nº 6/2018, en un presunto delito de odio e incoar procedimiento abreviado que se registra como diligencias previas.

SEGUNDO.- Notificada que fue a las partes la resolución indicada, se interpuso contra la misma recurso de apelación por la representación procesal de Adriano , y, en base a las alegaciones y consideraciones que se consideraron pertinentes, interesó que se dicte nuevo auto por el que se acuerde dejar sin efecto el auto recurrido en lo que se refiere a Adriano , y, en su lugar, se acuerde el sobreseimiento de la causa respecto al recurrente y/o la continuación por los trámites de delito leve respecto al mismo.

Tras admitir y tener por interpuesto el recurso de apelación, se confirió traslado del mismo a las demás partes, y, en tal trámite, el Ministerio Fiscal se opuso al recurso e interesó su desestimación.

Tras evacuarse los traslados preceptivos, con el resultado que obra en autos, y una vez deducidos los correspondientes testimonios de particulares designados, se elevaron a esta Sección Quinta para su ulterior sustanciación y resolución.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido las reglas y las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a Alicia Alcaraz Castillejos, que expresa el parecer unánime de la Sala, previa deliberación y votación.



RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El recurso interpuesto por Adriano se apoya en lo siguiente:

a) El auto recurrido no contiene los fundamentos fácticos y jurídicos necesarios que ampare la transformación en procedimiento abreviado, siendo un auto inmotivado al impedir el preciso conocimiento de las razones o fundamentos de la transformación en diligencias previas. En base a esto, insta en el cuerpo del recurso la nulidad de ese acto y que se dicte uno nuevo en el que se exterioricen los datos tenidos en cuenta por el Instructor para creer que existen indicios racionales de criminalidad contra Adriano .

b) No hay datos suficientes para sostener indiciariamente que Adriano haya fomentado violencia por motivos racistas, étnicos, ideológicos, etc, ni que haya realizado actuación alguna para fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia, y alega que tampoco existe acto de humillación, menosprecio o desacreditación de un colectivo ni afectación a la dignidad por parte de Adriano .

SEGUNDO.- Respecto la mencionada falta de motivación, indicamos que el auto combatido colma las exigencias de motivación por cuanto recoge, aunque de forma genérica y por remisión, pero suficiente, por qué acuerda seguir la causa por diligencias previas del procedimiento abreviado, siendo que se apoya en el contenido del atestado nº NUM000 de los Mossos d Esquadra de DIRECCION001 , el cual informa de unos hechos que revisten indicios de delito (independientemente de su calificación jurídico penal por parte del Juez o Tribunal) y de las personas presuntamente autoras de los mismos. En este punto merece recordar que la S.T.S. 802/07, de 16 de Octubre, al referirse al requisito de la motivación, establece que *"debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90 de 19.2 , 101/92 de 25.6), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque "La CE. no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial"*.

Por lo expuesto consideramos que el auto recurrido contiene los elementos y razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios fácticos y jurídicos que fundamentan la decisión, y ello precisamente permite controlar en alta alzada la procedencia o no del auto combatido respecto Adriano .

En consecuencia, debe fenecer el motivo de la falta de motivación.

TERCERO.- Entrando en el fondo del recurso que nos ocupa, tras revisar el contenido del atestado, y por la declaración de Bienvenido en la que se contienen los hechos denunciados por su parte, comprobamos que los hechos se circunscriben indiciariamente a que el día 5 de enero de 2018 procedió un hombre a retirar lazos amarillos que se habían colocado por personas en la decoración del pesebre de forma discreta, el cual se encontraba en la plaza de Barcelona s/n de DIRECCION001 , pisando ese hombre el pesebre y retirando los lazos amarillos; y, en el momento de ir a grabar esa conducta, esa persona propinó un puñetazo a Bienvenido en el móvil que le rebotó en la cara, mencionando que aportó parte médico. Añade que un grupo de gente amigo del hombre que le agredió lo retiraban del lugar, y mientras se lo llevaban el hombre seguía haciendo gesticulaciones con la mano como si después seguirían. Y esos hechos son los que se atribuyen, a la vista del testimonio elevado a este Tribunal, a Adriano .

Aunque -como se ha indicado- estos son los hechos denunciados por Bienvenido , siendo que el apelante del recurso que resolvemos es Adriano , debemos exponer los hechos denunciados por ambas partes, Bienvenido y Adriano , para efectuar la valoración jurídico penal de las conductas.

Por su parte, Adriano denunció que al ver el pesebre ambientado con lazos amarillos, decidió retirar los lazos amarillos que envolvían las figuras y las respectivas plantas del pesebre, y mientras realizada esta conducta varias personas le increpaban diciéndole "faxista" "libertad presos políticos" "que cojones tienes chico" "butiflé" "poca vergonya", y grababan con el teléfono móvil. Añade que las personas que grabaron ordenaron a los menores que les acompañaban a que volvieran a colocar los lazos que quitaba Adriano ; ante ello Adriano comentó a una de las personas que le estaba grabando que dejara de grabar y le apartó el teléfono móvil al no hacer caso, y durante ese hecho una persona ajena a esa conversación y aparentemente amigo de la persona que estaba grabando, agredió a Adriano por detrás, propinándole un puñetazo en la zona posterior de la cabeza produciéndole fuerte dolo en el oído y mandíbula, y la misma persona que estaba grabado con el teléfono le propinó un puñetazo frontal en toda la boca, aportando informe de urgencias del mismo día 5 de enero de 2018. En estos hechos la persona denunciada es Bienvenido , como consta el atestado.

Pues bien, la presunta conducta desplegada por Adriano podría ser subsumible en un delito leve de lesiones o, en su caso, de maltrato de obra, pero no es subsumible en un delito del art. 510 CP, y ello por lo siguiente.



Ese precepto contiene un delito contra la Constitución (Título XXI Libro II CP), y más concretamente, de los cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por ella (Capítulo IV). Mayoritariamente la doctrina viene sosteniendo que se protege con este delito como bien jurídico el derecho a la no discriminación (artículo 14 de la CE), relacionado con la dignidad como fundamento del orden político y la paz social, que se ve vulnerado mediante el ejercicio ilícito extremo de los derechos reconocidos en el artículo 20 del texto constitucional.

La Sentencia del Tribunal Supremo num. 72/2018, de 9 febrero, en relación al delito del art. 510, que relaciona con el delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP, recoge lo siguiente : *"... el art. 510 Cp sanciona a quienes fomentan promueven la discriminación, el odio o la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos que son recogidos, en el precepto. El elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del "discurso del odio", que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren la antijuricidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo. El tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad.*

Ambos delitos presentan una estructura similar, de lo que el delito de enaltecimiento es la especie del genérico 510 Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) y una problemática parecida, relacionada con la colisión de su punición con el derecho fundamental a la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 112/2016, de 20 de junio (RTC 2016, 112) , perfiló los límites de esa colisión. Tras destacar el carácter fundamental y preeminente que tiene la libertad de expresión, señala el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión, singularmente por las manifestaciones que alienten la violencia, afirma que puede considerarse necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir formas de expresión que propaguen, promuevan, o justifiquen el odio basado en la intolerancia. La función jurisdiccional consiste, en estos casos, en valorar, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la expresión de las ideas vertidas y las circunstancias concurrentes esto es, si la conducta que se enjuicia constituye el ejercicio legítimo ilícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad o, por el contrario, la expresión es atentatoria a los derechos y a la dignidad de las personas a que se refiere, situación que habrá de examinarse en cada caso concreto.

Respecto a la tipicidad subjetiva, tanto el delito de enaltecimiento como el de incitación al odio, no requieren un dolo específico, siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico que ha de ser constatado a partir del contenido de las expresiones vertidas. El dolo de estos delitos se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar."

Merece destacar el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de 28 de junio de 2018, el cual contiene: *"...no constituye el delito de odio del art. 510.1 CP cualquier expresión de hostilidad difundida públicamente contra una o más personas pertenecientes a un colectivo o grupo social identificable de personas, aunque sea claramente ofensiva y perturbadora de la paz social y del orden público. Por lo que se refiere específicamente a la motivación ideológica del discurso de odio, que es la única que menciona de alguna forma el Ministerio Fiscal en su querrela como motivadora de las expresiones de hostilidad atribuidas al querrelado, la propia razón de ser del tipo penal, a la que ya nos hemos referido al describir sus precedentes internacionales, requiere que la motivación se encuentre, precisamente, en la ideología de los que constituyen el objetivo de las expresiones ofensivas, con independencia de la que pueda ostentar el autor o autores de aquellas. Por otra parte, no cualquier colectivo o grupo social de personas puede ser víctima del delito del art. 510 CP , que por su propia definición típica solo puede referirse a aquellos que puedan considerarse vulnerables y se identifiquen como tales por razón de alguna condición personal o social."*

Por otra parte destacamos que a partir de la reforma introducida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, el art. 510.2. a) tipifica la siguiente conducta: *"a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir,*



faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos."

Pues bien, en base a la doctrina jurisprudencial anterior, no apreciamos en el supuesto sometido a nuestra consideración que concurren los elementos típicos del delito del art. 510 CP, ni del apartado primero a) ni del apartado segundo a), siendo que el art. 510.2 a) es el tipo en el que se apoya el Ministerio Fiscal al impugnar el recurso.

En este sentido, si bien el origen de la confrontación con presuntas agresiones por parte de ambas partes entre sí, fue por la previa colocación y posterior retirada de los lazos amarillos en la decoración del pesebre ubicado en la plaza de Barcelona s/n de DIRECCION001, conductas basadas en un posicionamiento ideológico confrontado por la situación en Catalunya y por la situación de prisión provisional en la que están algunas personas -dirigentes políticos- vinculadas con el proceso independentista, consideramos en el supuesto que nos ocupa, trasladando lo recogido en el citado auto de Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, que las conductas expresivas consistentes, respectivamente, en colocar y en retirar lazos amarillos no permiten apreciar que haya un fomento o incitación al odio contra el grupo con un posicionamiento confrontado o diferente al que pueda tener la persona que coloca o retira los lazos amarillos. Y, por otra parte, no consta en nuestro supuesto que los presuntos agresores pertenezcan a un posicionamiento ideológico cuyo principal ideario sea menospreciar, humillar o desacreditar a otras personas o grupos por sus propias características o por profesar un pensamiento diferente, de modo tal que ello conlleve no reconocer su plenitud de derechos y en definitiva su dignidad como personas, proclamada en el art. 10 de la Constitución, ni tampoco consta que el sujeto pasivo (respecto de cada una de las conductas) pertenezca a un grupo minoritario necesitado de especial protección.

En general, ni la ideología de cada uno de esos grupos enfrentados políticamente, ni los fines políticos que persiguen, parten de la consideración del contrario político como carente de dignidad o inferior por tener un posicionamiento ideológico diferente.

Además, aunque en el supuesto sometido a nuestra consideración -que debe ser valorado en su globalidad y no de forma fragmentada respecto la conducta del apelante Adriano-, se hubiesen proferido expresiones como las indicadas en el atestado, "faxista" "libertad presos políticos" "que cojones tienes chico" "butiflé" "poca vergonya", hacia Adriano, el proferir las mismas, incluso con motivo de la colocación y posterior retirada de los lazos amarillos por lo que los mismos expresan, no tiene otra procedencia que la voluntad de su emisor como persona física.

Tampoco consta, a la vista del testimonio de particulares elevado a este Tribunal, que ese proceder desplegado por los denunciados haya tenido alguna repercusión o efecto para los habitantes de la localidad donde acaecieron los hechos, ni que haya comportado un enfrentamiento real entre los que tienen ideas contrapuestas sobre la libertad de las personas mencionadas en situación de prisión provisional. Y el que los hechos que nos atañen, con personas implicadas, hayan sido divulgados en alguna vía de comunicación (como se aprecia en el testimonio de particulares), no interfiere en esa apreciación.

En consecuencia, la conducta expresiva del recurrente centrada en retirar los lazos amarillos de un pesebre tras ser colocados, aun habiendo presuntas agresiones recíprocas, no puede integrarse en los tipos del art. 510.1. a) ni 2.a) CP por lo ya indicado, siendo que los hechos revisten indicios de delitos leves de lesiones.

Todo lo expuesto comporta que debe estimarse el recurso de apelación, siendo procedente dejar sin efecto el auto recurrido respecto el recurrente Adriano, y debe proseguir el procedimiento por los trámites del Juicio por delito leve, como ya se acordó por auto de 15 de enero de 2018.

CUARTO.- Se declaran de oficio las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

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

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la representación procesal de Adriano contra el auto de fecha 29 de enero de 2018 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 5 de los de DIRECCION000, y, en consecuencia, lo dejamos sin efecto respecto el recurrente debiendo proseguir el procedimiento por los trámites del Juicio por delito leve.

Declaramos de oficio las costas procesales producidas en esta alzada.



Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Así por este auto, lo pronuncio, mando y firmo.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ