



Roj: **SAP TF 286/2014 - ECLI:ES:APTF:2014:286**

Id Cendoj: **38038370022014100097**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **2**

Fecha: **07/03/2014**

Nº de Recurso: **150/2014**

Nº de Resolución: **107/2014**

Procedimiento: **Apelación sentencia delito**

Ponente: **FERNANDO PAREDES SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

SALA Presidente

D./D^a. JOAQUÍN LUIS ASTOR LANDETE

Magistrados

D./D^a. FERNANDO PAREDES SÁNCHEZ(Ponente)

D./D^a. MARÍA JESÚS GARCÍA SÁNCHEZ

En Santa Cruz de Tenerife, a 7 de marzo de 2014.

Esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, ha visto en juicio oral y público la presente causa del Apelación sentencia delito número 0000150/2014 procedente del Juzgado de lo Penal Nº 2 de Santa Cruz de Tenerife, por el presunto delito de provocación al odio, contra D./Dña. José , nacido el NUM000 de 1958, con domicilio en DIRECCION001 , DIRECCION000 , NUM001 Villa de Mazo, con DNI núm. NUM002 , en la que son parte el Ministerio Fiscal, en ejercicio de la acción pública, y el acusado de anterior mención, representado por el/la Procurador/a de los Tribunales D./Dña. ALEJANDRO OBON DE LA CRUZ y defendido D./Dña. JOSE SANTIAGO GONZALEZ DORTA, siendo ponente D./Dña. FERNANDO PAREDES SÁNCHEZ quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- Por la Ilmo Sr. Magistrada - Juez del indicado Juzgado de lo Penal , se dictó sentencia en fecha 10 de octubre de 2013 con los siguientes hechos probados: ÚNICO- "Apreciando en conciencia la prueba practicada se declara probado que el acusado, José , mayor de edad y sin antecedentes penales, en fecha no determinada redactó un poema aludiendo a la llegada masiva a tierras canarias de personas de origen africano, con claro contenido xenófobo y provocador y con fecha 12 de Febrero de 2008 lo remitió a la redacción del diario "EL DÍA", con la finalidad de que fuera seleccionado para su publicación en la sección de cultura de dicho diario.

El poema fue seleccionado y publicado el día 4 de Abril de 2008, en el apartado "Versos cada día" de la sección de cultura, en la página 32 del mencionado diario, uno de los periódicos de mayor difusión en la provincia de Tenerife, siendo Director del mismo el acusado, Bartolomé , y Redactor Jefe del área de cultura, el acusado, Elias , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, quienes no consta que hubieran tenido exacto conocimiento del contenido del poema antes de la publicación.

El poema, con el título "DÉCIMAS", rezaba literalmente así:

" Gabriela

mujer grandiosa y portentosa,

testaruda y muy poderosa,



nos quiere dejar sin bandera.
De moros siete u ocho pateras
llenar a Canarias entera
de nuevos pobladores,
extranjeros a montones
paseando por la carretera
y nosotros que nos vayamos pa?fuera.
De moros ya tenemos una jartera
viviendo en plazas, parques y cuevas,
en playas, valles y laderas
ya está Canarias llena.
Yo no se si esto será cosa buena
esta oleada negra,
la cosa se pone bastante fea
esto lo ve cualquiera,
que tenemos que dejar nuestra tierra
y nosotros emigrar pa fuera.
Como canarios vamos a defendernos
de esta oleada de cigarrones,
que nos están llegando a montones
y yo voy están llegando a montes
y yo voy hacer el primero.
Comparemos mosquetones
pistolas, fusiles y cañones,
y hasta un barco cañonero
con ellos dispararemos,
y estos intrusos invasores
que regresen por donde vinieron.
Me despido con un abrazo
a Gabriela y al Zapatero,
por ser los dos tan buenos
de perder el pueblo canario.
Lo digo con este agravio
por sus actitudes irresponsables,
que ya todo el mundo sabe
que no tiene nada de humanos
ya todos lo aseguramos
que seremos moros en vez de cristianos."

Segundo.- Notificada la misma, interpuso contra ella Recurso de Apelación por la defensa de D. José , que fue admitido en ambos efectos. El recurso se fundaba en los siguientes motivos: Vulneración de normas procesales y constitucionales, infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, aplicación indebida del



artículo 510.1 del Código Penal al no haberse desvirtuado la presunción de inocencia y vulneración de los derechos a la libertad de expresión. El Ministerio Fiscal pidió que el recurso fuera desestimado.

Tercero.- Una vez recibidos los Autos en esta Sección, formado el rollo de Apelación núm. 150/2014, se señaló para la deliberación y fallo del recurso, quedando los Autos vistos para Sentencia

HECHOS PROBADOS.

ÚNICO

Se dan por reproducidos los de la Resolución recurrida, que se aceptan en su integridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

La parte recurrente alega en primer lugar error en la valoración de la prueba, sosteniendo que no existe prueba de cargo suficiente para atribuir al acusado ahora apelante la autoría exclusiva y principal de los versos publicados en el periódico diario, ni para tener por acreditado que fue él y no un tercero el que envió dichas décimas para su publicación en forma de colaboración. Arguye vulneración del principio de igualdad, dado el pronunciamiento absolutorio recaído respecto del propietario del medio de comunicación y del Redactor Jefe del Área de cultura del mismo.

El motivo no puede prosperar examinados los autos remitidos no se aprecia el error alegado por la defensa del condenado a la hora de valorar la Juez a quo las pruebas ante ella practicadas, y una vez más cabe señalar que cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación -como en el presente caso- es la valoración de la prueba personal (y la testifical y confesión lo son) llevada a cabo por el Juez "a quo", en uso de las facultades que le confiere el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio, debe partirse, por regla general, de la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por el Juez ante el que se ha celebrado el juicio, núcleo del proceso penal y en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción y oralidad, a través de los cuales se satisface la exigencia constitucional de que, el acusado sean sometido a un proceso público con todas las garantías (artículo 24 de la Constitución), pudiendo el juzgador de instancia, desde su privilegiada posición, intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente sus resultados, así como la forma de expresarse y conducirse las personas que en él declaran (acusado y testigos) en su narración de los hechos y la razón del conocimiento de estos, ventajas de las que, en cambio, carece el órgano llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia. De ahí que el uso que haya hecho el Juez de su facultad de libre apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el juicio, (facultad, insistimos, reconocida en el artículo 741 citado), es plenamente compatible con el derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia, únicamente debe ser rectificado, cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del juzgador "a quo" de tal magnitud y diafanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin en el riesgo de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en los autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada.

Las alegaciones de la defensa sobre la presunción de inocencia nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia, con contradicción de partes, pruebas de cargo válidas y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 300/2005, 117/2007, 111/2008 y 25/2011, entre otras).

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 602/2013 de 5 de julio, la doctrina del Tribunal Constitucional ha delimitado el contenido de la garantía de presunción de inocencia señalando como elementos del mismo:

1º) que exista una mínima actividad probatoria ;

2º) la exigencia de validez en los medios de prueba que justifican la conclusión probatoria ratificando la imputación de la acusación. Así pues la convicción del Juzgador debe atenerse al método legalmente establecido para obtenerla, lo que ocurre si los medios de prueba pueden ser considerados válidos y el debate se somete a las condiciones de contradicción, igualdad y publicidad;



3º) que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. Y eso en relación a los elementos esenciales del delito, tanto objetivos como subjetivos, y, entre ellos, a la participación del acusado;

4º) la motivación del iter que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio;

5º) a falta de prueba directa, la prueba de cargo sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito puede ser indiciaria, siempre que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano.

Así lo han recordado las Sentencias Tribunal Constitucional nº 22/2013 de 31 de enero, citando la doctrina que arranca ya de la STC nº 31/1981 de 28 de julio y la STC nº 142/2012 de 2 de julio que recuerda la sentencia Tribunal Constitucional nº 128/2011. Tal general doctrina, señala la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2013, ha de completarse con alguna precisión de esos no del todo determinados parámetros del canon constitucional. Al efecto, se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 592/12 de 11 de junio:

a) Así, en cuanto al control de la razonabilidad de la motivación con la que se pretende justificar, más que demostrar, la conclusión probatoria, hemos resaltado que, más que a la convicción subjetiva del juzgador, ha de acreditarse que pueda asumirse objetivamente la veracidad de las afirmaciones de la imputación. Para predicar tal objetividad debe constatarse la inexistencia de vacío probatorio, porque se haya practicado medios de prueba que hayan aportado un contenido incriminatorio. Pero, además, la revisión de la valoración hecha por el juzgador de instancia de tales medios y contenidos debe permitir predicar de la acusación una veracidad que se justifique por adecuación al canon de coherencia lógica que excluya la mendacidad de la imputación, partiendo de proposiciones tenidas por una generalidad indiscutidamente por premisas correctas.

b) Aunque aquella objetividad no implique exigencia de que las conclusiones sean absolutamente incuestionables, sí que se estimará que no concurre cuando existen alternativas razonables a la hipótesis que justificó la condena. Y éstas concurren cuando, aún no acreditando sin más la falsedad de la imputación, las objeciones a ésta se fundan en motivos que para la generalidad susciten dudas razonables sobre la veracidad de la acusación, más allá de la inevitable mera posibilidad de dudar, nunca excluible.

Suele decirse que no corresponde a este Tribunal seleccionar entre inferencias o conclusiones valorativas alternativas. Y que la de instancia debe ratificarse si es razonable. Incluso si lo fuere la alternativa. Sin embargo esa hipótesis resulta conceptualmente imposible desde la perspectiva de la garantía constitucional. Porque si la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, las objeciones a la afirmación acusadora lo son también. Y entonces falta la certeza objetiva. El Tribunal, cualquiera que sea su convicción subjetiva, está en ese caso obligado constitucionalmente a dudar.

Puede decirse, finalmente, que, cuando existe una duda objetiva, debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado.

Sin que aquella duda sea parangonable tampoco a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Y

c) El control de la inferencia en el caso de prueba indiciaria implica la constatación de que el hecho o los hechos bases (o indicios) están plenamente probados y los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados.

La razonabilidad de esta inferencia exige, a su vez, que se adecue al canon de su lógica o coherencia, siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, y también al canon de la suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia (STC nº 117/2007). El control de la motivación ha de valorar si el razonamiento expuesto en la resolución recurrida está asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes". (Sentencias TS núms. 762/12 de 26 de septiembre, 638/12 de 16 de julio y 648/12 de 17 de julio, reiterando lo dicho en la núm. 542/12 de 21 de junio, resolviendo el recurso nº 1358/2011 y SSTs núms. 122/2012 de 5 de marzo, 103/12 y 99/12 de 27 de febrero, 1342/11 de 14 de diciembre, 1370/11 y 1432/11 de 16 de diciembre, 1385/11 de 22 de diciembre, 1270/2011 de 21 de noviembre, 1276/11 de 28 de noviembre, 1198/11 de 16 de noviembre, 1192/2011 de 16 de noviembre, 1159/11 de 7 de noviembre).



En el caso de autos la prueba practicada resulta suficiente para entender enervado el principio de presunción de inocencia y determinar un pronunciamiento condenatorio respecto del ahora apelante. Así, frente a sus manifestaciones novedosas vertidas en el acto del plenario, resalta que durante la fase instructora en ningún momento cuestionó la autoría de los versos ni el envío de los mismos para su eventual publicación. Así, en su declaración ante el órgano judicial instructor, obrante a los folios y siguientes de la causa, no mencionó en absoluto la contribución mayor o menor de terceras personas en la redacción de las décimas, asegurando que de haber sabido las consecuencias que le iban a ocasionar no las había enviado. Por otra parte, como han puesto de manifiesto los otros dos coacusados y los testigos empleados del periódico, no se aceptan sino colaboraciones debidamente identificadas mediante expresión de la filiación y del DNI. Resulta inverosímil que una tercera persona remitiera a la dirección postal del periódico unos versos escritos por el apelante haciéndose pasar por él. Esa alegación novedosa e increíble tampoco se ha apoyado en ningún elemento probatorio, sin que la defensa haya mencionado el nombre o dato alguno de algún posible coautor o remitir para la constatación de una afirmación tan sorprendente.

Respecto de la pretendida discriminación respecto de los otros dos acusados absueltos, ha de descartarse por completo. En la sentencia de instancia se motiva la absolución del director del medio en la imposibilidad de tener constancia de que el mismo tuviera un conocimiento concreto de todos y cada uno de los artículos o reseñas que diariamente se incluyen en la edición impresa o virtual del rotativo. Por lo que se refiere al redactor jefe del área de cultura, su absolución obedece a la generación de una duda razonable sobre si el mismo fue quien decidió la inclusión de los versos en la Sección de Cultura de ese día, toda vez que durante varios días comprendidos en el periodo de tiempo que media entre la remisión de la obra hasta su publicación dicho acusado disfrutó de permisos o vacaciones, de manera que la decisión sobre la publicación de los versos pudo perfectamente deberse a otro de los trabajadores de dicha sección. Se ha aportado por la defensa de la empresa propietaria del medio una nutrida relación de artículos publicados que demostrarían una línea editorial antagónica con el punto de vista del autor de la composición, y sin que conste en las actuaciones la publicación de una colaboración o artículo de parecido tenor antes o después del que ha dado lugar a la presente causa, por lo que puede hablarse verosímelmente de un puntual fallo, eso sí grueso y clamoroso, en el proceso filtro y selección del material remitido. Tan sólo en el supuesto de publicación en el futuro por el mismo medio de textos de similar tenor al examinado podría hablarse, en su caso, de algo más que una simple dejación o negligencia en el control de contenidos, puesto que la existencia de un precedente como el actual parece que impide en lo sucesivo alegar un mero desconocimiento, por descoordinación o inconcreción en la cadena de mandos, del contenido de una edición impresa o virtual por los distintos responsables del diario.

Antes de entrar a analizar el contenido de la colaboración y su posible relevancia penal ha de responderse de manera somera a la referencia a una supuesta vulneración del principio acusatorio por no coincidir el texto de la obra transcrita en el apartado de hechos probados de la sentencia con el tenor literal incluido en el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Público. El cotejo de los mismos revela que la diferencia se ciñe a un simple añadido en los hechos probados, al adicionarse un cuarto verso en la tercera estrofa de la composición "y yo voy están llegando a montes" que desde luego supone una mera errata de carácter ofimático y que carece de la menor trascendencia. .

SEGUNDO.- En segundo lugar, se alega por la parte apelante la conculcación del derecho a la libertad de expresión.

El Tribunal Constitucional, al examinar el ámbito de cobertura del derecho a las libertades ideológica y de expresión, ha señalado en la STC nº 235/2007, que el artículo 20.1 de la Constitución, ofrece cobertura a las opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, por muy erróneas o infundadas que resulten siempre que no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro cierto para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos. Luego de establecer que "los derechos garantizados por el art. 20.1 CE, por tanto, no son sólo expresión de una libertad individual básica sino que se configuran también como elementos conformadores de nuestro sistema político democrático", precisa el Tribunal que "...la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, «aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues 'así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin lo cuales no existe 'sociedad democrática' (por todas, STC 174/2006, de 5 de junio, F. 4). Por ello mismo hemos afirmado rotundamente que «es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución -se ha dicho- protege también a quienes la niegan» (STC 176/1995, de 11 de diciembre (F. 2). Es decir, la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población (STDH De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997)".



En la misma sentencia se precisa, en este orden, lo siguiente: " Todo lo dicho no implica que la libre transmisión de ideas, en sus diferentes manifestaciones, sea un derecho absoluto. De manera genérica, se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre ; 11/2000, de 17 de enero , F. 7 ; 49/2001, de 26 de febrero , F. 5 ; 160/2003, de 15 de septiembre , F. 4). En concreto, por lo que hace a las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, hemos concluido que el art. 20.1 CE no garantiza «el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)» (STC 214/1991, de 11 de noviembre , F. 8)".

En la STC 214/1991 , se afirmaba en relación a la colisión entre el derecho al honor de la demandante y el derecho a la libertad ideológica y de expresión, que "...de la conjunción de ambos valores constitucionales dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social".

De esta doctrina constitucional se desprende que, si bien la libertad ideológica y la libertad de expresión protegen la libre expresión de las ideas, incluso aunque resulten rechazables y molestas para una generalidad de personas, no alcanza a cobijar bajo su protección la utilización del menosprecio y el insulto contra personas o grupos, o la generación de sentimientos de hostilidad contra ellos. Se oponen a ello el derecho a la dignidad de la persona, el derecho a la igualdad entre todas ellas y el derecho al honor.

Ya en este ámbito estrictamente penal, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2011 , señaló que "los derechos a la libertad ideológica y a la libertad de expresión permiten, inicialmente, no solo asumir cualquier idea, sino expresarla e, incluso, difundirla, y acomodar a ella el desarrollo de la vida propia, siempre con los límites que impone la convivencia respetuosa con los derechos de los demás. La restricción de tales derechos, pues, y más aún el recurso a la sanción penal, requiere de una justificación que solo se encuentra, en palabras del TC, cuando colisiona con otros bienes jurídicos defendibles que se revelen acreedores de una mayor protección tras la necesaria y previa labor de ponderación. Y no solo eso, sino que será preciso que las características de la colisión sean tales que justifiquen la intervención penal.

La Constitución no prohíbe las ideologías que se sitúan en los dos extremos del espectro político, tradicionalmente y aún hoy, identificados como izquierda y derecha. Incluso podría decirse que tampoco prohíbe las ideas que, por su extremismo, se sitúen fuera de ese amplio espectro político, por muy rechazables que puedan considerarse desde la perspectiva de los valores constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas. La tolerancia con todo tipo de ideas, que viene impuesta por la libertad ideológica y de expresión, no significa condescendencia, aceptación o comprensión, sino solamente que las ideas, como tales, no deben ser perseguidas penalmente. Pero, en cualquier caso, no se encuentran bajo la protección constitucional la realización de actos o actividades que, en desarrollo de aquellas ideologías, vulneren otros derechos constitucionales. Incluso, cuando se trata de conductas dotadas de una suficiente gravedad, el legislador puede establecer sanciones penales para aquellos hechos que supongan la causación de un resultado de lesión o la creación de un peligro, que aunque abstracto debe ser real, para la integridad de esos bienes jurídicos. Pero la expresión o difusión de ideas violentas no puede ser identificada con la violencia que contienen a efectos de su persecución, que sin embargo se justifica cuando supongan una incitación a hacerla efectiva.

TERCERO.- En el caso de autos, las expresiones objeto de análisis se contienen en una colaboración espontánea realizada por el autor publicada en la Sección de Cultura de un periódico de gran difusión en el ámbito provincial. Se aduce por la defensa que la redacción de dicha composición obedece a la forma tradicional conocida como "puntos cubanos", de manera que las concretos términos empleados en algunas estrofas obedecen al simple propósito de adecuarse a la estructura propia de tales composiciones.

En los estudios de música popular se alude al "Punto Cubano" como canto de décimas (improvisadas o no) acompañada de instrumentación. Según los estudiosos, el nombre de punto deriva del punteo del instrumento, sea laúd, laudino, bandurria o tres. El adjetivo cubano, vincula directamente esta manifestación con la isla de Cuba, por lo que sería introducida en el archipiélago por los en su día emigrantes canarios al



retornar a su tierra natal. Se trata de diez versos octosílabos y rima consonante distribuida en el esquema: abbaaccddc. Aunque en sus formas, tanto cantadas como escrita, nos podemos encontrar tanto con versos no octosílabos como con rima asonante. Son caracteres de estas obritas, comunes por lo general a la lírica de corte popular, su libertad formal, su falta absoluta de rigor. Y esa ausencia de ataduras se manifiesta en la composición examinada, en la que tan sólo asoma de manera discontinua una rima asonantada en estrofas cuyos versos responden a una métrica totalmente desestructurada- en mezcolanza no ordenada de heptasílabos, octosílabos o endecasílabos- y sin que sea discernible pauta alguna relativa a un ritmo definido propio de un texto pensado para ser entonado. Debe por tanto descartarse que la utilización por parte del acusado de vocablos o expresiones como las contenidas en la tercera estrofa de las décimas haya sido ni siquiera mínimamente influida por exigencias de orden formal.

La lectura de la composición basta por sí sola para descartar su posible amparo en las alegadas libertades ideológicas y de expresión, conforme a los parámetros reseñados en el fundamento de derecho precedente. Deben obviamente dejarse a un lado las apreciaciones de carácter estético e incluso moral. En los sistemas democráticos no tiene cabida juzgar la calidad de una obra de creación artística en razón a su mensaje, o a su mayor o menor adecuación a los valores sociales imperantes. Por otro lado, no compete aquí discernir sobre la existencia de un asomo de rigor o de fundamento en las opiniones emitidas en forma de composición poética. La ley no puede imponer una verdad histórica, pues su función es la ordenación de la vida en común, no el establecimiento del estado del conocimiento sobre una disciplina científica en un momento dado. Por ello, la cuestión relativa a la corrección de la política migratoria atribuida en el escrito a los entonces Presidente y Vicepresidenta del Gobierno de España resulta totalmente ajena al presente debate. Asuntos tan candentes en el año 2008 y en la actualidad relativos a la incidencia del fenómeno migratorio en las sociedades contemporáneas permiten desde luego acercamientos desde múltiples enfoques y debates en los que se defienden posturas contrapuestas, estableciéndose como único límite el respeto a la dignidad intrínseca de toda vida humana, límite que es rebasado ampliamente por el autor de los versos, en los que junto a alusiones abiertamente xenófobas ("oleada negra", "oleada de cimarrones", "intrusos invasores") se contienen llamamientos francos a la violencia en legítima defensa.

La recomendación número siete de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia identifica el discurso del odio con aquellas expresiones que, intencionadamente difundidas, implican una incitación pública a la violencia, el odio y la discriminación. En la doctrina jurisprudencial de los Tribunales Supranacionales, Tribunal Europeo de derechos humanos y otros organismos como el Comité de Naciones Unidas, se ha acuñado el conflicto de discurso del odio, para referirse a situaciones en las que se produce en la difusión de expresiones que instan, promueven o justifican cualquier forma de odio basada en la intolerancia. el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado en reiteradas ocasiones que la libertad de expresión extiende su cobertura al llamado discurso ofensivo o impopular, es decir, a aquellas ideas no sólo "favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas otras que chocan, ofenden o inquietan al Estado o una fracción cualquiera de su población", pues así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y la apertura propios de una sociedad democrática (SSTEDH. Handyside (TEDH 1976, 6), Lingens (TEDH 1986, 8), Günduz (TEDH 2003, 81)). Esto lleva al tema fundamental consistente en distinguir entre el llamado discurso del odio o hate speech, que no esté protegido, generalmente, por la libertad de expresión y el discurso ofensivo o impopular, sí protegido por la misma, no habiendo los tribunales establecido claramente la línea divisoria entre un tipo y otro de discurso siendo la diferenciación, por lo general, casuística, de modo que en el discurso del odio se incluyen la apología del terrorismo y del genocidio, el negacionismo (tipificado como delito en muchos Estados europeos, no así en España), el discurso discriminatorio de ciertos colectivos, y el discurso xenófobo. ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del apartado segundo del art. 10 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH). En concreto, viene considerando (por todas, Sentencia Ergogdu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999 (TEDH 1999, 97)) que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado "discurso del odio", esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular.

CUARTO.- Impugnación por incorrecta aplicación del artículo 510 del Código Penal .

La superación de los límites de los ámbitos protegidos por las libertades ideológica y de expresión, no implica directamente la tipicidad de las conductas. Junto a la protección del honor, al que se ha referido el Tribunal Constitucional en la STC nº 214/1991 y en la STC nº 176/1995, el Código Penal, en lo que aquí interesa, además de sancionar el delito de genocidio en el artículo 607.1 , castiga la provocación al genocidio en el artículo 615 ; la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia en el artículo 510 ; y la difusión de ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas genocidas, en el artículo 607. El artículo 615 del Código Penal sanciona la provocación a la comisión del delito de genocidio, entre otros.



Castiga el artículo 510.1 del Código Penal a los que provocaren 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, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, situándose dicho precepto por el legislador en el Título XXI del Código Penal relativo a los Delitos contra la Constitución y, dentro del mismo, en el Capítulo IV, De los Delitos Relativos al Ejercicio de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas, sección primera "De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución" debiendo ser interpretado dicho precepto, según dispone el artículo 10.2 de la Constitución Española, de conformidad con la Declaración universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

La utilización del término provocación en la redacción del apartado primero del artículo 510 del texto punitivo ha conducido a sostener que es preciso que se cumplan los requisitos del artículo 18, salvo el relativo a que el hecho al que se provoca sea constitutivo de delito, ya que al incluir la provocación al odio se hace referencia a un sentimiento o emoción cuya mera existencia no es delictiva. Según este criterio en cualquier caso es preciso que se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo. La provocación viene definida en el artículo 18 como incitación directa a la comisión de un delito por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, lo cual exige, según la jurisprudencia (STS nº 791/1998, de 13 de noviembre) los siguientes elementos definidores, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 marzo 1986 : "a) La iniciativa para la ejecución de uno o varios hechos delictivos, no bastando con una estimulación vaga y generalizada; b) Percepción por el destinatario de las palabras o medios excitantes; c) Que la incitación tenga virtualidad suasoria y de convencimiento". Es necesaria, por lo tanto, una mínima determinación del delito a cuya comisión se provoca. En consecuencia, es preciso que la incitación sea directa y encaminada a la ejecución de hechos dotados de una mínima concreción que permita su identificación y su calificación como delito. Además, son precisos los elementos relativos a la publicidad.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2011, va incluso más allá, al afirmar que "Por lo tanto, los actos de difusión de esta clase de ideas o doctrinas son perseguidos penalmente en cuanto que suponen, en la forma antes dicha, un peligro real para los bienes jurídicos protegidos. No es preciso un peligro concreto, siendo suficiente el peligro abstracto, si bien puede entenderse que es suficiente el peligro potencial o hipotético a medio camino entre aquellos, según el cual lo que importa es la capacidad de la conducta para crear el peligro relevante".

A tenor de esta postura, que determinó en su día un pronunciamiento absolutorio en el conocido supuesto de la Librería "Europa", "la existencia del peligro, por lo tanto, depende tanto del contenido de lo difundido como de la forma en que se hace la difusión, sin que pueda dejar de valorarse la sociedad o el ámbito social, al que se dirigen los actos cuestionados. Sin duda en algunos momentos históricos o en algunos lugares concretos, determinadas actividades podrían llegar a ser consideradas peligrosas para la seguridad de esos bienes que se trata de proteger, mientras que en otras circunstancias tal cosa no podría ser afirmada. No se trata de exigir la concurrencia de un contexto de crisis, en el que los bienes jurídicos ya estuvieran en peligro, que resultaría incrementado por la conducta cuestionada, sino de examinar la potencialidad de la conducta para la creación del peligro. Para que el bien jurídico protegido pudiera verse afectado a causa de la difusión de esta clase de ideas o doctrinas, sería preciso que el autor acudiera a medios que no solo facilitarían la publicidad y el acceso de terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hicieran más intensamente, sino que, además, pudieran, por las características de la difusión o del contenido del mensaje, mover sus sentimientos primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes. No se trata, pues, solo de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege". En la misma línea, se arguye que el delito de provocación a la discriminación del art. 510 del CP tiene una mayor pena que los delitos de discriminación propiamente dicha, es decir los previstos en el artículo 511 y 512 del CP, llegando a la conclusión de que la única interpretación de dicho precepto es la de considerar que el mismo trata de garantizar las condiciones de seguridad existencial de colectivos claramente vulnerables. Según esta doctrina, debe realizar una interpretación claramente restrictiva del precepto penal y aplicarlo tan solo en aquellos casos en los que los destinatarios de la provocación carezcan de autonomía suficiente (menores) o si se trata de una situación de crisis extrema de un grupo especialmente vulnerable cuyas condiciones existenciales puedan verse verdaderamente afectada.

Esta interpretación restrictiva del tenor literal del actual artículo 510.1 del Código Penal ha sido discutida doctrinalmente, defendiéndose que la conducta típica del artículo 510 no requiere que sea posible como resultado del mensaje un acto agresivo contra cualquier miembro de la asociación contra la intolerancia, pues la afrenta viene a constituir la acción difusora de expresiones que inciten al odio, a la discriminación o a la



violencia respecto de aquellos a los que se alude en el artículo 510. Debe resaltarse la trascendencia de la Decisión Marco 2008/913/JAI relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal, norma que debería haberse incorporado al derecho interno antes del 28 de noviembre de 2010. Este instrumento normativo fue invocado ya, en cuanto Proyecto aprobado por el Consejo de la Unión Europea en reunión de 20 de abril de 2007, por la STC 235/2007 y se cita ahora en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de reforma del Código Penal del año 2013 como justificación de la modificación de este delito y del 607-2, junto con esta STC que, en relación al delito de negacionismo y su adecuación a la Constitución requiere que tal conducta sea una forma de incitación al odio u hostilidad contra grupos o minorías. La Decisión Marco impone la tipificación como delictivas por parte de los Estados miembro, entre otras conductas, la incitación pública a la violencia o al odio, dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de dicho grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión o creencia, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como la difusión, por cualquier medio, de escritos, imágenes u otros soportes de contenido racista o xenófobo que determinen esa incitación pública. Conforme a esta norma el art. 510-1.a) del Anteproyecto utiliza los verbos "fomentar", "promover" o "incitar directa o indirectamente" al odio, hostilidad. En el ámbito de la Unión Europea, el artículo 130.1 del Código Penal Alemán dice literalmente "Aquel que, de forma adecuada para perturbar la paz pública, 1. Incita al odio contra parte de la población o exige medidas violentas o arbitrarias contra ésta o, 2. Ataca la dignidad humana de otro, insultando, menospreciando maliciosamente o calumniando aparte de la población, será castigado con pena privativa de libertad de tres meses a cinco años".

La provocación e incitación no generan en sí mismas ninguna situación "fáctica" concreta, sino que son la antesala de las mismas, al crear las condiciones óptimas para que tal situación de riesgo y peligro se desarrollen en un futuro más o menos inmediato. Al poner el acento en la noción de grupo o colectivo, el legislador pretende un fin incuestionablemente legítimo desde la óptica de la prevención criminal, a saber, que se llegue a inculcar en los destinatarios de la difusión una actitud hostil, de rechazo y violencia, que a la postre desemboque en actos concretos de agresión o discriminación. En las expresiones punibles del artículo 510 del Código Penal, el odio es el elemento común, tanto en el sentido de estar movidas por el odio, como, sobre todo, por tratar de transmitir ese odio a los destinatarios del mensaje. Mensajes absolutamente explícitos no pueden sino calificarse como mensajes odiosos que, por sí mismos, son peligrosos para la convivencia. Se diría que, aquel que difunde esa expresión, pretende la eliminación de quien no comparte su ideario con el potencial peligro que ello conlleva. La conducta típica del artículo 510 no requiere por otro lado, que sea posible, como resultado del mensaje, un acto agresivo contra cualquier miembro de la asociación contra la intolerancia, pues la afrenta viene a constituir la acción difusora de expresiones que inciten al odio a la discriminación o a la violencia respecto de aquellos a los que se alude en el artículo 510. La Audiencia Provincial de Madrid en la Sentencia 79/09 de 16 de julio 2009 ha condenado por asociación ilícita a los miembros del grupo Hammerskin España (HSE) basándose en el artículo 515.5 del Código Penal que considera que "son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 5.º Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello." Es la primera vez que en España se produce una condena por este motivo y lo que es relevante aquí es que este artículo es análogo al 510.1CP. La Audiencia Provincial justifica su decisión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los casos analizados sobre el lenguaje del odio. Es relevante que la Audiencia considere que "para que la asociación sea considerada ilícita y punible de acuerdo con lo que se establece en el art. 515.5 del CP es suficiente con que la finalidad de la misma sea tomar la iniciativa para que se produzca la discriminación, el odio o la violencia contra las personas y por los motivos expresados en el citado precepto, realizando conductas orientadas a dicha discriminación, odio o violencia y estimulando a otras personas para que compartan dicho odio o violencia o practiquen la discriminación, sin que resulte preciso que efectivamente consigan tal resultado". Desde esta perspectiva, este delito no exige la peligrosidad de la acción o lo que es lo mismo, de la aptitud de la conducta para originar un peligro para el bien tutelado.

En el caso de autos, se podría considerar que un acto puntual, la remisión de una composición por parte de una persona sin vínculo alguno con sectores o grupos de comunicación u opinión para su eventual publicación en un periódico local, no reviste la suficiente entidad como para considerarse constitutiva de un comportamiento que tienda a la creación de un clima de odio y a la realización de actos violentos contra las personas que se encuentren o traten de introducirse de manera irregular en territorio español. En apoyo de esta tesis cabría añadir que el texto no aparece presentado como un artículo de opinión o una carta al director sino a modo de versos, décimas, de índole satírico-burlesca conforme a un subgénero literario epistolar que cuenta con una larga tradición en nuestra historia, comenzando y finalizando la composición con alusiones irreverentes a los entonces responsables del Poder Ejecutivo, lo que permitiría afirmar que el tema o leívmotiv de la composición sería la crítica a la política migratoria del gobierno. No obstante, todas las argumentaciones anteriores deben ceder ante la contundencia y mismidad de las expresiones vertidas en la composición, singularmente en la



tercera estrofa, de la que se reproducen de nuevo los siguientes versos: "Como canarios vamos a defendernos/ de esta oleada de cigarrones,/que nos están llegando a montones/y yo voy hacer el primero./ Comparemos mosquetones/pistolas, fusiles y cañones,/y hasta un barco cañonero/con ellos dispararemos,/y estos intrusos invasores/que regresen por donde vinieron". Desde ningún prisma estético o temático puede desde luego justificarse ni tampoco explicarse la plasmación de una exhortación tan palmaria a reaccionar de la manera más violenta para repeler lo que se entiende una agresión inminente a los valores morales y a la propia supervivencia de los lectores exhortados. Con independencia del calado potencial de la composición para generar por sí sola un clima de angustia, rechazo y enfrentamiento en la sociedad canaria dentro del contexto de los movimientos migratorios característicos de esta época, no cabe duda de las intenciones del autor de los versos de dirigirse a través de un medio de comunicación de gran difusión en la provincia a sus conciudadanos para hacerles partícipes de la necesidad de reaccionar ante dicha supuesta situación de emergencia, por lo que va más allá de la mera expresión de opiniones despectivas o humillantes respecto de un grupo social al que entiende debe repelerse para impedir una invasión de trascendentales y nefastas consecuencias .

En consecuencia, se comparte el criterio adoptado por la juzgadora de instancia, confirmando la sentencia apelada, por entender que la confección y remisión de la composición comentada integra la conducta típica descrita en el artículo 510 del Código Penal .

QUINTO

Se declaran de oficio las costas.

FALLO

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de José contra la sentencia de fecha 10 de octubre de 2013 dictada por el Juzgado de los Penal nº 2 bis de Santa Cruz de Tenerife y, en consecuencia, confirmamos la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos.

Se declaran de oficio las costas causadas en esta instancia.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes procesales, con indicación de su firmeza.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Estando presente yo, el/la Secretario/a Judicial, la anterior sentencia fue leída y publicada, en el día de la fecha, por el Magistrado-Juez que la suscribe, mientras celebraba Audiencia Pública. Doy fe.