



Roj: **AAP B 2993/2016 - ECLI:ES:APB:2016:2993A**

Id Cendoj: **08019370062016200173**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **6**

Fecha: **29/11/2016**

Nº de Recurso: **511/2016**

Nº de Resolución: **892/2016**

Procedimiento: **Otros recursos**

Ponente: **JOSE LUIS RAMIREZ ORTIZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL

BARCELONA

SECCION SEXTA

ROLLO APELACIÓN Nº 511/2016

DILIGENCIAS PREVIAS 2128/2014

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 26 BARCELONA

A U T O

Tribunal:

D. EDUARDO NAVARRO BLASCO

Dª. MARÍA DOLORES BALIBREA PÉREZ

D. JOSÉ LUIS RAMÍREZ ORTIZ

En Barcelona, a 29 de noviembre de 2016.

Dada cuenta y siendo ponente el Magistrado D. JOSÉ LUIS RAMÍREZ ORTIZ, quien expresa el parecer de la Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 9.2.16 el Juzgado de Instrucción dictó auto de procedimiento abreviado respecto de D. Fausto y D. Gabriel como presuntos autores de un delito de provocación al odio, la violencia o la discriminación, del artículo 510.1 CP y un delito de injurias graves con publicidad dirigidas contra Instituciones del Estado, del que sería responsable en exclusiva D. Fausto .

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes personadas, contra la misma, la representación de D. Gabriel y el Ministerio Fiscal interpusieron sendos recursos de apelación, a los que se dio el curso legal.

TERCERO.- Previos los trámites oportunos, se elevaron las actuaciones a esta Audiencia, donde tuvieron entrada en fecha 27.7.16 designándose ponente y señalando día para la deliberación y fallo, señalando a tal efecto el día 24.10.16.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- 1.1. D. Gabriel y el Ministerio Público cuestionan la resolución apelada sobre la base de razones diversas. En la medida en que, en el fondo de la discusión, subyacen diversas interpretaciones acerca del alcance del artículo 510.1 CP , conviene hacer unas observaciones preliminares acerca del precepto.



1.2. Con carácter general, en relación con todos los delitos de expresión, la STS 820/2016, de 2 de noviembre, recuerda que en ellos suele producirse un conflicto entre el interés protegido por la norma penal y las libertades de expresión y, en su caso, ideológica, conflicto que no admite respuestas simplistas y que debe ser resuelto en cada caso concreto ponderando los intereses en concurrencia. En síntesis, ni la simple vinculación de la conducta con las referidas libertades la legitima situándola al margen del CP, ni el mero encaje formal en el tipo, haciendo abstracción de cualquier otra consideración, determina necesariamente la condena.

1.3. A tal efecto, debemos partir de la posición preferente que en cualquier sistema democrático ocupa la libertad de expresión, posición preferente que deriva de razones tanto instrumentales como ontológicas. En cuanto a las primeras, se trata de uno de los pilares del Estado social y democrático de derecho, en tanto que cauce del principio democrático participativo. Se trata, en este sentido, de un potente mecanismo de promoción del pluralismo en el debate público, que permite someter a la crítica colectiva las decisiones de quienes detentan el poder. En otros términos: constituye, junto con otros, un instrumento para transmitir ideas y propuestas, para intentar convencer a la ciudadanía de las mismas y para mostrar a quien decide el apoyo social con el que cuenta cada propuesta. Es, por ello, una forma básica de control social del poder político.

Pero, más allá de su funcionalidad instrumental para la salud del sistema democrático, se trata de un derecho que constituye un bien en sí mismo, un derecho universal básico, vinculado a la dignidad humana, por lo que es condición central de la legitimidad de un sistema que se funda ontológicamente en la inexistencia de absolutos y, por ello, en la discrepancia, en el derecho a disentir y a expresar, individual y colectivamente, la disidencia. Su entronque con la libertad ideológica es evidente, ya que difícilmente ésta se vería reconocida en su plenitud de limitarse injustificadamente aquélla. En puridad, la libertad ideológica no acompañada de la libertad de expresión queda severamente amputada.

1.4. Se ha dicho que uno de los problemas de las limitaciones al discurso es que se aplican por un grupo de seres humanos a otros grupos de seres humanos, de modo que quienes defienden el orden establecido suelen sentirse impelidos a eliminar el discurso no ortodoxo. De adverso, quienes se levantan contra el orden, tienden a "vivir" intensamente sus creencias así como aquéllas frente a las que se alzan. De todo ello se sigue que el disenso, en el que juegan un papel importante las pasiones, no suele seguir las pautas de expresión de la buena educación. Por otro lado, también es cierto que, por lo general, el objeto de la limitación no suelen ser las expresiones, sino las consecuencias que se temen de ellas, lo que exige ser muy cuidadoso para evitar usos defensistas del poder punitivo propios de sistemas autoritarios. Y es que una intervención penal prematura, prohibiendo cualquier expresión de actitudes o prejuicios que, a juicio de quien aplica la norma, pudiera alentar la injusticia o la desigualdad, podría sesgar injustificadamente el proceso de formación de la opinión colectiva, lo que, además, podría ocurrir sobre la base del juicio subjetivo del aplicador en cada caso. Finalmente, la existencia de determinados márgenes de ambigüedad o vaguedad inherentes al lenguaje puede dar lugar a que, si no se es riguroso en la interpretación legal, acaben siendo sancionadas conductas no merecedoras de reproche por su falta de lesividad real. Y cuando decimos sancionadas, englobamos en el término a las conductas meramente investigadas, ya que toda investigación implica, aun temporalmente, la sujeción de la persona investigada al poder represivo del Estado. El hecho de que ello pueda generar lo que la doctrina constitucional ha denominado "efecto desaliento" del ejercicio del derecho fundamental, es razón más que suficiente para elevar las cautelas.

1.5. Tales premisas han de tomarse en consideración a la hora de interpretar el sintagma "Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por razones....".

A tal efecto, en la praxis jurisprudencial cabe advertir diversas posturas interpretativas:

a) Un sector equipara la provocación a la discriminación, el odio o la violencia del artículo 510.1 a las notas características de los actos preparatorios de provocación definidos en el art. 18. 1 CP. Dicho precepto define la provocación típica penalmente "...cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas a la perpetración del delito". De ahí que "provocar a la discriminación, al odio o la violencia", implique la necesidad de que se pruebe, en el caso concreto, que se ha incitado a la realización de algún acto constitutivo de delito.

b) Otra posición estima punible la exposición y difusión de ideas discriminatorias o violentas, o el ensalzamiento de actos y doctrinas que de forma indirecta justifiquen las mismas siempre que se genere el riesgo de hacer surgir en otras personas la decisión de delinquir. En otros términos, para la tipicidad de la acción debería probarse la existencia de "actitudes de auténtica hostilidad", exigiendo un componente de agresividad en el discurso, de tal forma que la generación directa de actitudes hostiles en los receptores del mensaje constituya la "antesala de la violencia". Sería necesaria, por tanto, la existencia de un peligro real y próximo -no solo remoto o posible- de generación de hechos violentos o discriminatorios contra el grupo al que se incita al odio.



c) Una tercera posición estima, por último, que serían punibles no sólo las conductas que pudieran calificarse como "antesala de la violencia", sino todas aquellas que supongan la difusión de ideas racistas o xenóforas.

1.6. A nuestro juicio, esta última interpretación no tendría acomodo en nuestro texto Constitucional, que no contempla un modelo de "democracia militante". Estimamos que la mera difusión de ideas, por sí sola, nunca puede constituir delito. En otro caso, se produciría la sanción penal sin concurrir lesión ni puesta en peligro de bien jurídico alguno, ante la simple posibilidad de que alguien pudiera ser convencido por el discurso de modo que pudiera acomodar su conducta futura al mismo. Es necesario, por ello, distinguir entre la difusión de ideas (impune) y la ejecución de conductas expresivas lesivas de derechos e intereses de terceros. Ahora bien, ello no cierra el problema interpretativo, sino que abre otro: ¿basta, entonces, la incitación genérica y abstracta a lesionar esos derechos o intereses o será necesaria una provocación concreta de acciones ilegales?

A poco que se reflexione, se evidencia (como puso de relieve el Juez Holmes en *Gitlow v New York*, 1925) que todo discurso contiene una "incitación" a la acción, pues toda idea no deja de ser una incitación, en el sentido en que se ofrece para ser creída y, si se cree, para ser puesta en práctica. Por tanto, la admisibilidad de meras incitaciones de tipo genérico generaría el indudable riesgo de cancelar el derecho a la libertad de expresión a limine, con lo que, en la práctica, esta posición no diferiría de la que estima que la simple difusión de ideas integra el tipo penal. Se hace preciso, por ello, acreditar la existencia de una instigación directa y pública a llevar a cabo acciones ilegales. Desde esta perspectiva, nos encontramos a caballo entre las posturas a) y b) antes citadas, estimando que, si bien no será necesario que se incite a cometer un hecho delictivo, bastando que lo sea a realizar actos de violencia, discriminación u odio, sí resultará preciso que, por las circunstancias del caso, el discurso genere un riesgo real y efectivo de producción de dichos actos. Esto es, de la incitación han de predicarse los requisitos de concreción, idoneidad y capacidad, y entre la incitación y la acción debe mediar el elemento de inminencia.

1.7. Por otra parte, conviene no perder de vista el origen y fundamento del precepto para limitar su alcance literal mediante una interpretación teleológica orientada al bien jurídico, ante los riesgos de que la doctrina sobre el "discurso del odio" pueda ser empleada para sancionar conductas muy alejadas de su ámbito aplicativo, como ocurrió en la STC 177/2015, de 22 de julio. Ha de señalarse, en este sentido, que el objeto de protección ha de circunscribirse a los grupos minoritarios en la organización social frente al ilícito propósito de excluirlos del estatuto ciudadano. En todo caso, ha de tratarse de "grupos" o "asociaciones".

1.8. Para concluir, no puede soslayarse en el momento procesal en el que nos encontramos, que no es otro que el del dictado del auto de de prosecución de las diligencias previas por los trámites de preparación del juicio oral. En consecuencia, bastará, desde el punto de vista fáctico, con que las diligencias de investigación resulten compatibles con la hipótesis inculpatoria y, desde el jurídico, que contengan marcadores de tipicidad penal a la vista de las consideraciones precedentes.

SEGUNDO.- 2.1. A tenor de lo expuesto, el recurso del Sr. Gabriel debe ser desestimado. Ha de destacarse, en primer lugar, el contexto de producción de los hechos. Éstos tienen lugar con ocasión del denominado "día de la Hispanidad", en el marco de una manifestación-concentración convocada por la denominada plataforma "España en Marcha", integrada por las formaciones políticas de ultraderecha "Democracia Nacional", "Falange Española" y "Alianza Nacional", así como por las asociaciones "Nudo Patriota Español" "Acción Juvenil Española" y "Movimiento Católico Nacional", en la Plaza de Sant Jordi de Barcelona, ante una audiencia de unas 500 personas, 126 de las cuales habían llegado expresamente desde Madrid en dos autocares, y 30 de las cuales tenían antecedentes por hechos delictivos violentos. En ese contexto, tras una marcha que se inició en la Plaza de España, los Sres. Gabriel, en su condición de Jefe Nacional de Falange, y Fausto, como presidente de Alianza Nacional, se dirigieron a los presentes en unidad de acto cuestionando, en definitiva, el proceso independentista catalán, lo que, en sí, no constituiría infracción penal, con determinadas expresiones que, en principio y en el contexto, son subsumibles en el tipo delictivo examinado.

Y ello por cuanto la retórica violenta, propia del discurso fascista, no se produjo en el vacío o en el ámbito de una reunión privada alejada de toda conflictividad social, sino en un marco concreto, en un día señalado, en el que no son infrecuentes las agresiones hacia grupos de signo político opuesto, lo que nos lleva a otra cuestión.

2.2. En nuestra opinión, las expresiones dirigidas a la clase política no fueron, por sí solas, merecedoras de reproche penal, en tanto aquélla no es un "grupo" o "asociación", en los términos en los que la infracción analizada define a los sujetos pasivos. Sin embargo, las palabras de Fausto contienen una alusión a los "anarquistas, de los casales independentistas, de las casas okupas...", respecto de los que se dice: "...ya conocemos cuál es el camino, el camino a lo mejor es la violencia...". Ese discurso es asumido y seguido por el del apelante, quien manifiesta "...que no lo duden, estamos dispuestos a morir, pero también a matar por España, faltaría más...". Todo ello, trufado de continuas referencias, propias del ideario fascista, al honor, la patria, la sangre o la violencia.



En esta tesitura, no cabe descartar que la prueba practicada en el plenario permita completar el relato fáctico contenido en el auto apelado poniendo de relieve la existencia de un riesgo específico de que tales discursos pudieran haber incitado a los concurrentes a llevar a cabo acciones ilícitas contra los referidos "grupos anarquistas" tomando en consideración todas las circunstancias concurrentes.

2.3. Así las cosas, la pretensión sobreseyente no puede tener cabida, debiendo dilucidarse en juicio oral la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos que integran el tipo penal que, provisoriamente, estimamos concurrentes a los simples efectos del auto apelado.

TERCERO.- 3.1. Del mismo modo, y en atención a lo expuesto en el fundamento jurídico primero de esta resolución, procede rechazar el recurso del Ministerio Público.

3.2. Pretende éste que se complete el relato de hechos del auto apelado para dar inclusión a las manifestaciones que el Sr. Fausto realizó a TV3 en una entrevista concedida al programa "Sense ficció" de dicha cadena, y que fue emitido el día 17 de junio de 2014, esto es, 8 meses después de los anteriores incidentes. En las mismas, el inculcado realizó afirmaciones tales como: "No habrá secesión en Cataluña, si no es a base de mucha sangre, ya conocemos el camino, el camino mejor es la violencia. ¡Viva España!...Si se produce una declaración unilateral de independencia...queda legitimado el uso de la violencia, absolutamente...". "...Yo ejecutaría al rey, al príncipe, por supuesto a todos los miembros de la clase política española, a todos sin excepción".

3.3. Estimamos, en primer lugar, que no hay motivos para afirmar que dichas palabras, por el contexto en el que se vertieron, fueran idóneas para motivar acciones ilícitas relativamente inminentes. Por otra parte, tampoco se advierte qué grupos o asociaciones merecedores de la tutela penal que dispensa el artículo 510.1 CP pueden estimarse comprendidos en las referidas expresiones. En consecuencia, no procede incorporar al relato fáctico del auto apelado las referidas expresiones, en la medida en que no tienen sustantividad propia para permitir la aplicación de un tipo penal. Todo ello sin perjuicio de que puedan ser tomadas en consideración en el juicio como elementos probatorios al objeto de valorar las intenciones y propósitos de los investigados en la realización de los hechos acontecidos el 12 de octubre.

CUARTO.- Conforme a los artículos 239 y 240 de la Lecrim, deben declararse de oficio las costas procesales causadas en esta alzada.

VISTOS los artículos mencionados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA desestimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto por D. Gabriel y el Ministerio Fiscal contra el auto dictado en fecha 9.2.16 por el Juzgado de Instrucción nº 26 de Barcelona, que se confirma, declarando de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas y remítase testimonio de la misma al Juzgado Instructor, y verificado todo ello, procédase al archivo del presente rollo.

Así lo acordó la Sala, y firman los miembros del Tribunal expresados al margen superior

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.