



Roj: **AAP GI 46/2019 - ECLI:ES:APGI:2019:46A**

Id Cendoj: **17079370042019200001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **4**

Fecha: **30/01/2019**

Nº de Recurso: **33/2019**

Nº de Resolución: **48/2019**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **ADOLFO JESUS GARCIA MORALES**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN CUARTA (PENAL)

GIRONA

APELACIÓN PENAL

ROLLO Nº 33/19

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 275/18

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 2 DE GIRONA

**AUTO Nº 48/19**

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE:

D. ADOLFO GARCÍA MORALES

MAGISTRADOS:

Dª. MARIA TERESA IGLESIAS CARRERA

D. VÍCTOR CORREAS SITJES

En Girona a 30 de enero de 2.019.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

ÚNICO.- Por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Girona en las Diligencias Previas nº 275/18, se dictó auto en fecha 12-9-18, por el que se decretaba el sobreseimiento provisional y archivo de las presentes actuaciones; frente a dicha resolución se presentó recurso de reforma y subsidiario de apelación por Julio, representado por la procuradora Dª. ROSA LLUM FERNÁNDEZ I FELIU y asistido por el letrado D. XAVIER HUGUET SANTIAGO, a los que se opuso el MINISTERIO FISCAL, remitiendo las actuaciones ante este Tribunal a los efectos de dictar la correspondiente resolución a la vista de la desestimación del primero de ellos por auto de fecha 29-11-18.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Se alza la parte recurrente frente a la resolución de la instancia sobre la base del indebido sobreseimiento de las actuaciones por entender que los hechos acreditados durante la investigación son constitutivos de un delito de odio del art. 510. 2. a del Código Penal.

El recurso no merece prosperar.



Por una mera cuestión de orden debemos señalar la extrañeza que produce el mecanismo utilizado para el archivo de las actuaciones, el sobreseimiento provisional del art. 641. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en sede de procedimiento abreviado debería haber adoptado la forma del art. 779. 1. 1ª de la misma norma adjetiva, y que supone que no ha resultado "debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa". Y decimos lo anterior, porque en este caso los hechos objeto de investigación, al consistir en unas frases emitidas por vía "twitter", han quedado debidamente acreditados. Es por ello que creemos que la decisión que debería haberse adoptado era la del sobreseimiento libre, si las frases proferidas no eran constitutivas de delito, como se ha considerado con una argumentación escasa, por no decir nula, o la continuación de las actuaciones en el caso contrario.

Las presentes actuaciones vienen dadas por una serie de "twits", el primero emitido por la cuenta "@DIRECCION000", perteneciente al denunciante Julio, que fueron contestados desde la cuenta "@DIRECCION001", perteneciente a la denunciada Erica. El contenido de dichos "twits" fue el que a continuación transcribimos, siendo el primero el perteneciente al denunciante y los restantes a la denunciada.

"Como alemán, residente, siento vergüenza ajena y rabia de un estado, hasta lo más alto, que tolera y protege a los fascistas españoles. En Alemania hemos juzgado y condenado a los, Nazis. Allí, el saludo Nazi, mostrar banderas e insignias e incluso tatuajes visibles, es delito." (sic).

"¿Qué pasa? ¿Estás cobrando dinero independentista, para hacerles la "cama por el mundo"? Supongo que tu mamá era o es catalana nazionalista? ¿A que resultas q eres hijo de un nazi emboscaó en la Costa Brava?" (Sic).

"Como tengas la desgracia, que en tu familia haya nazis, voy a reir, lo que no esta en los escritos. Y lo voy a "casca" en TW; le harías un gran favor, a nazionaliztaz catalanes." (Sic).

"1/2Este pájaro, lo más probable, es que sea hijo a nieto de nazi(d Hitler); por la edad que aparenta, y q en San Google solo haya referencia a su trabajo, puede indicar q no "le" interesa que se publicite quiénes son sus padres y abuelos." (Sic).

"2/2 y que esté ganando dinero con el nazionalismo. Mira lo q hay d él en san google( es lo fácil) lo "difícil" voy a intentar averiguarlo. Espero - ya lo dije - q no descienda d un nazi hitleriano." (Sic).

"Los únicos fascistas- nazis - eres tú y los q defiendes; han hecho de Cataluña una Alemania 1933. Los "judios" somos los catalanes(quienes viven y trabajan en Cataluña), no independentiztaz. Vete a Alemania a defender semejantes @KRLS, Merkel te mete en una mazmorra por un tiempo." (Sic).

No acertamos a encajar bien ciertos elementos de contexto histórico que podrían ser de interés para enmarcar ambientalmente el primero de estos "twits", al menos por lo que consta en autos, como serían tanto la cuestión política de fondo a la que parece referirse el denunciante, como el lugar en el que reside. En las contestaciones, a las que se imputa el contenido delictivo de odio, como veremos, sí que podemos intuir una referencia a tales datos puesto que parece ser que se está aludiendo a algún tema relacionado con el referéndum catalán de fecha 1-10-17 y a sus ulteriores consecuencias y repercusiones, y a que el denunciante tendría cierta simpatía por la independencia y escribiría desde algún lugar de Catalunya.

El "twit" está escrito el 25-11-17, más de dos meses después del referéndum catalán y no hace expresa referencia a ese acontecimiento, sino sólo a que el Estado, entendemos que el español, protege a fascistas españoles; lo que si que creemos es que la referencia a fascistas españoles no ha de ser considerada como que "todos los españoles son fascistas" sino como que "el Estado protege a algunos españoles que sí lo son". En todo caso creemos que se trata de una crítica correcta, perfectamente amparada por la libertad de expresión y que no debería sufrir el tipo de contestaciones que se producen en las redes sociales.

Las contestaciones de la denunciada sí que son mucho más explícitas que el "twit" que las origina. Y todas ellas pivotan sobre dos conceptos, uno, el independentismo catalán, y otro, el nazismo.

Se acusa al denunciante (a) de cobrar dinero de la causa independentista, (b) de hacerles la cama (la expresión creemos que esta utilizada erróneamente como si hacer la cama a alguien fuera trabajar a su favor cuando en realidad el significado es el contrario, "trabajar en secreto para perjudicarlo" según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española), (c) de que pese a su origen, su madre es catalana nacionalista, y que podría ser hijo de un nazi escondido en la Costa Brava, (d) de que le desea la desgracia de que en su familia haya nazis, y de que si es así, lo va a difundir en "Twitter", (e) de que es probable que el denunciante sea hijo o nieto de nazis por la edad que tiene y que no existen noticias de sus padres o abuelos, (f) de que está ganando dinero con la causa independentista y la denunciada va a intentar desenmascarar sus orígenes nazis, y (g) de que los únicos fascistas y nazis son los que actualmente han hecho que Cataluña sea como la Alemania de 1933, identificando a los judíos de entonces con los catalanes no independentistas de ahora.



Creemos que no olvidamos nada. La denunciada no ha ofrecido ninguna explicación a dichos "twits" puesto que en la declaración que se practicó por medio de videoconferencia se negó a declarar. Ni siquiera un cierto arrepentimiento, dicho incluso con la boca pequeña, por el altavoz mediático que proporcionan las redes sociales y que magnifican lo que se estima íntimamente de poca importancia, o una negación de que su intención fuera la de vejar, humillar o menospreciar.

El delito de odio a que el recurrente hace referencia se encuentra en el art. 510. 2. a) del Código Penal que castiga a "quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a los 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". La forma farragosa con la que está redactado semejante precepto provoca que sus pretensiones de exhaustividad y generalidad choquen frontalmente con las de claridad y de intervención mínima.

La incriminación de las conductas previstas en el art. 510 del Código Penal a través de los delitos relacionados con el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas obedece a la necesidad de sancionar conductas que suponen un abuso en su ejercicio. El bien jurídico protegido puede relacionarse con el respeto al principio de igualdad y no discriminación de ciertos colectivos que está sancionado en el art. 14 de la Constitución Española .

A pesar de la gran variedad de conductas típicas recogidas en el actual art. 510 del Código Penal , puede afirmarse que el bien jurídico protegido en todas ellas es de carácter supraindividual, que incide en la protección de la seguridad o indemnidad de ciertos colectivos especialmente vulnerables frente a potenciales comportamientos de discriminación, violencia, odio u hostilidad. Tras la reforma operada en el año 2.015, queda ahora aclarado que los miembros de estos grupos pueden ser el objeto material del ataque, sin perjuicio de que la titularidad del bien jurídico sea de naturaleza colectiva y se refiera a los grupos objeto de ataque.

Por esta razón, no cualquier ataque discriminatorio contra una persona concreta que pertenezca al colectivo de referencia debe ser subsumida de forma automática en este tipo penal, sino solo aquellas conductas que, por su naturaleza, generen o fomenten un clima de hostilidad, odio o discriminación contra el colectivo protegido. Para castigar conductas de tipo individual que no tengan referencia con un colectivo susceptible de protección reforzada basta con recurrir a las tipologías delictivas más clásicas como los delitos de lesiones, injurias calumnias, etc.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16-12-1966, internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que todas las personas sean iguales ante la Ley y tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la Ley. A este respecto, se debe prohibir toda discriminación y garantizar a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Esta disposición establece también que toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la Ley.

La prevención contra toda forma de discriminación ha motivado la adopción de sucesivas normas internacionales, de alcance global y europeo, orientadas a erradicar comportamientos discriminatorios de diversa índole: la Convención Naciones Unidas de 14-12-1960, relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza; la Convención Nueva York de 7-3-1966, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención Nueva York 18-12-79, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención Nueva York 13-12-2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad; la Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y la xenofobia mediante el Derecho penal, el Convenio Estambul 11-5-2011, sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

La identificación de los grupos protegidos ha sido establecida en el tipo penal a través de la enumeración de un elenco cerrado de motivos "discriminatorios" como son los racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, la religión o creencias, la situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, el origen nacional, el sexo, orientación o identidad sexual, las razones de género, la enfermedad o discapacidad. Los "motivos discriminatorios" nos dan una doble información. En consonancia con el bien jurídico supraindividual apuntado las conductas presentes en el art. 510 del Código Penal deben reconducirse a comportamientos discriminatorios en función de la pertenencia del sujeto a un grupo determinado, más allá de los concretos motivos o ánimo interno del autor del delito. Es decir, no se contempla un delito de tendencia



interna trascendente, sino que ofrece una protección reforzada a ciertos colectivos ante expresiones que pueden generar un clima de opinión desfavorable o atentatoria contra la dignidad del grupo.

Ahora bien, no todo grupo social identificado anteriormente ha de ser susceptible de una protección especial por el mero hecho de serlo, puesto que en ese supuesto todo aquel que se sienta vilipendiado, insultado, o agredido podría alegar su pertenencia a una cierta categoría social para sostener jurídicamente que con la acción que a él le perturba se pretende discriminar, vituperar o alterar esa categoría genérica. Creemos, en consonancia con gran parte de la doctrina, que el delito ha de circunscribirse exclusivamente a aquellas acciones que afecten a miembros de grupos vulnerables, fragilizados o no dominantes. Sólo debería existir la sanción cuando las conductas del autor del delito puedan ser expansivas al resto de los miembros del colectivo víctima, no cuando la acción se perpetra contra un miembro de un determinado colectivo sin tener en cuenta esa pertenencia. Contra los ataques individuales insultantes puede recurrirse a la querrela por injurias o a la demanda para la protección del honor.

El delito de odio no puede confundirse con otro delito individual de ofensa, pues requiere que exista un grupo discriminado o amenazado como sujeto pasivo (en el que no deberían entrar en modo alguno políticos, policías, jueces o fiscales, entre otros y a modo de simple ejemplo) y que el delito se realice como una incitación a la lesión de derechos de los miembros de ese grupo.

Pues bien, partiendo a modo de simple hipótesis de que las calificaciones que realiza la denunciada frente al denunciante en los múltiples "twits" pueden resultar humillantes o despreciativas, cabe preguntarnos a qué grupo social pertenece el recurrente, nacional, étnico, familiar, sexual, religioso o ideológico que se encuentre en peligro de alta vulnerabilidad, por lo que los ataques individuales a su persona supongan además un ataque al colectivo al que pertenece por efecto de la expansión colectiva intimidante, a modo de epidemia vírica. Creemos sinceramente que ninguno, dentro de los tres que podríamos plantearnos, el de los alemanes, el de los alemanes afincados en España, o el de los independentistas catalanes; en los dos primeros casos se trataría de una cuestión de nacionalidad, y en el tercero de ideología.

Creemos que el único insulto real que se profiere contra el recurrente es el de calificarlo como "nazi" utilizando el origen alemán como un modo de hilvanar sibilinamente la ideología con la nacionalidad, calificativo que no se expresa directamente en ninguno de los "twits", salvo en el último, al que nos referiremos al final de una forma más específica, sino que se propone en una doble perspectiva, primero, como una mera posibilidad que se pretende investigar ya que las redes sociales no dan información cumplida sobre el denunciante, y segundo, como una mera ascendencia parental por haber podido ser el padre o el abuelo del denunciante un nazi huido de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial, que encontró cobijo en la Costa Brava. Sin duda alguna una conducta con tintes injuriosos. Ahora bien, el que ello sea así no implica que el recurrente pertenezca al colectivo vulnerable y discriminado de los alemanes, o incluso el de los alemanes residentes en España que merezcan una especial protección por ser grupos víctimas.

Desde luego, criticar agriamente, con exageración y de muy malos modos, lo que la denunciada supone que es el componente independentista que pueda latir en el fondo del mensaje del denunciante no es más que el ejercicio de la misma libertad de expresión que la de avergonzarse del Estado porque se entiende que da protección a fascistas. La libertad de expresión no solo es aquella que ampara las opiniones con las que estamos conformes o nos mostramos de acuerdo, sino que es menester exigirla, promoverla y ensalzarla respecto de aquellas otras opiniones con las que discrepamos y no compartimos, e incluso con aquellas más graves que nos producen repulsión ideológica.

Por ello, desde el punto de vista independentista, e incluso del que no lo es, puede parecer repugnante, nauseabundo e inmundado que se identifique la política independentista con la política nacional-socialista del Tercer Reich o con cualquier otra política fascista, sosteniendo que la Catalunya de hoy en día es como la Alemania de 1933 y que además se identifique a los judíos con los catalanes no independentistas que viven y trabajan en Catalunya, pero ello no deja de ser una crítica airada a las políticas que pretenden la independencia y con las que no está de acuerdo la denunciante; tan poco está de acuerdo, por equivocada que se pudiera pensar que está, que le parecen políticas nazis, equiparando lo que fue un genocidio ideológico y racial, con una situación que no ha generado ni un solo muerto, y que es más exasperada en los telediarios que en la propia calle.

Desde luego ninguna expresión, por odio que rezume, nos parece incardinable en el delito del art. 510 del Código Penal, por lo que no procede sino confirmar la resolución recurrida.

SEGUNDO.- No procede hacer especial imposición de las costas causadas en la presente alzada.

VISTOS los preceptos y principios citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.



### PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Siendo ponente el magistrado D. ADOLFO GARCÍA MORALES, DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Julio contra el auto dictado en fecha 12-9-18 por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Girona en las Diligencias Previas nº 275/18, del que este rollo dimana, CONFIRMANDO la meritada resolución sin hacer especial imposición de las costas causadas en la presente alzada.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. anotados al margen.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumplió lo acordado; doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ