



Roj: **SAP B 16526/2019 - ECLI:ES:APB:2019:16526**

Id Cendoj: **08019370062019100833**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **6**

Fecha: **31/10/2019**

Nº de Recurso: **9/2019**

Nº de Resolución: **736/2019**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **MARIA ANGELES VIVAS LARRUY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 9/19

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 110/18

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 2 DIRECCION000

ACUSADOS: Ángel Y Anton

SENTENCIA

TRIBUNAL

Dª. ÁNGELS VIVAS LARRUY

D. JORGE OBACH MARTINEZ

D. JOSE ANTONIO RODRIGUEZ SAEZ

Barcelona, a 31 de Octubre de 2019

VISTO en juicio oral y público, ante la SECCIÓN SEXTA de esta Audiencia Provincial de Barcelona, el Procedimiento Abreviado nº 9/19, dimanante de las Diligencias Previas nº 110/18 del Juzgado de Instrucción nº 2 de DIRECCION000, seguida por un delito contra los derechos fundamentales, contra los acusados **Ángel** con D.N.I. nº NUM000, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en **libertad provisional** por esta causa, representado por la procuradora Sra. Elizabeth Condori Paredes y defendido por el abogado Sr. Pedro Millán Reyes; **Y Anton**, con D.N.I. nº NUM001 sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en **libertad provisional** por esta causa, representado por el procurador Sr. Manuel Nevado Valcárcel, y defendido por el abogado Sr. Antonio Ramos Herrera; y en la que ha sido parte acusadora el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. C. Martín y ponente la Ilma. Sra. Angels Vivas Larruy, en la presente resolución expreso el criterio mayoritario del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes diligencias se incoaron en virtud de denuncia en las que, tras la instrucción pertinente, se dictó auto ordenando seguir los trámites del procedimiento abreviado. Formulada acusación provisional por el Ministerio Fiscal, se dictó auto de apertura de juicio oral, cumpliéndose posteriormente el trámite de calificación por las Defensas de los acusados. Remitidos los autos a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial, se formó el presente Rollo, en el que se nombró magistrada ponente a la Ilma. Sra. Dña. Angels Vivas Larruy conforme al turno de reparto previamente establecido, y en el que se señaló fecha para la celebración de la vista que ha tenido lugar en el día de hoy con la asistencia de las partes, y en la que se han practicado las pruebas del interrogatorio de los acusados, la testifical, y la documental, con el resultado que consta en el acta de la vista que los es a todos los efectos la grabación en el sistema ARCONTE 2.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, en la vista oral, calificó definitivamente los hechos como constitutivos de un delito contra los derechos fundamentales y libertades públicas en la modalidad de lesión a la dignidad con



acciones de menosprecio y descrédito del artículo 510.2 a y 5 del CP en concurso de normas con un delito contra la integridad moral del art. 173.1 del CP debiéndose resolver a favor del primero en aplicación del at. 8.1 CP; estimando responsable del mismo en concepto de autor a Los acusados Ángel Y Anton ; sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; y solicitando se les impusieran las penas de una año y seis meses de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y el pago de las costas procesales.

TERCERO.- Las Defensas de los acusados, por su parte, mostraron su disconformidad con la calificación del Ministerio Fiscal, negando los hechos que se le imputan y solicitando su libre absolución.

HECHOS PROBADOS

Ángel con D.N.I. nº NUM000 , sin antecedentes penales, y Anton , con D.N.I. nº NUM001 , vivían en la CALLE000 nº NUM002 de DIRECCION000 desde principios de marzo de 2018. Tenían como vecinos en el NUM003 Clara , nacida en Marruecos i su hijo Felipe , nacido en España de origen marroquí.

Estos vecinos han tenido desavenencias y situaciones de tensión, desde que Ángel , nieto de la mujer que antes vivía en el piso, se ha trasladado al mismo con su pareja. Entre otras cosas por razón de que los del NUM003 ponían la música alta en horario nocturno o daban golpes en las paredes, de lo que se quejaba la Sra. Clara .

Esta denunció sobre las 10 horas que, el día 10/2/18 que uno de los hombres con voluntad de menospreciarla la llamaron " *mora de mierda*" cuando estaba tendiendo en el terrado, " *vete a tu país y si quieres llama a la policía*".

Más tarde, durante la mañana, estuvieron los policías locales TIP NUM004 y NUM005 en el lugar, sin conseguir pacificar la situación, acudiendo posteriormente una patrulla de apoyo, ya que no hacían caso a las indicaciones de los agentes.

A la llegada de la segunda patrulla Agente NUM006 , y y NUM007 escucharon golpear en la puerta de la Sra. Clara y palabras altas llamándoles " *moros de mierda iros a vuestro país voy a poner la música todos los días*"; identificando a Ángel como la persona que golpeaba, Anton salió en ese momento y les dijo que " *iba a poner la música alta todos los días, estoy en mi casa y hago lo que me sale de los cojones*", que tenía tiempo que no trabajaba, y dio golpe en la pared diciendo " *putos moros*". Finalmente fueron identificados, y se cursó la denuncia. La Sra, Clara acudió a urgencias el mismo día siendo diagnosticada de ansiedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Calificación del delito y valoración de las pruebas.- Los hechos relatados en el anterior apartado no son legalmente constitutivos del delito por el que les viene acusando el Ministerio Fiscal contra los derechos fundamentales. Como se indica en el inicio, se ha practicado la prueba testifical de la denunciante y su hijo así como de los policías que actuaron tanto la primera patrulla como la que llegó luego de apoyo. Han declarado también las personas acusadas.

Consideramos probado que en efecto existía una situación de tensión entre las partes denunciante y denunciada, y que hubo las palabras que se relatan y los golpes en la puerta. Las dos viviendas, coinciden las partes, son contiguas y las terrazas son vecinas, y comparten alguna pared. También coinciden todos en que Ángel es el nieto de la mujer que antes vivía en el piso y que se llevaban muy bien con ella, que les había presentado al nieto. Las personas acusadas han puesto de manifiesto que son pareja, e Ángel , que desde que se hicieron las presentaciones Anton había ido a vivir con Ángel , estos vecinos, los han orillado y les han hecho el vacío y que les llaman "maricones de mierda" sobre lo que no han denunciado.

Los policías actuantes, el nº NUM004 y nº NUM005 que interviene en primer lugar recibieron la denuncia de la mujer y no logran identificar a los acusados porque les cerraron la puerta por lo que viendo los ánimos, y la situación de alteración llamaron a la patrulla de apoyo. La segunda intervención de los agentes, constata que se estaban dando golpes en la puerta del NUM003 , había los golpes en la puerta y las palabras que se relatan profería por Ángel al tiempo que golpeaba la puerta. Damos por acreditado también que ese mismo día, a primera hora del tarde a la denunciante se le expide un parte médico de urgencias por ansiedad.

La hipótesis de la acusación es que se trata de un delito contra los derechos fundamentales, pues considera que se profieren las palabras por motivos racistas y los incardina en el art. 510.2º del CP. Sin embargo, por lo que se dirá, la Sala concluye que, a pesar de haberse producido la situación que se relata, proferido las palabras y las expresiones despreciativas, no se cumplen los parámetros de este delito.

Como hemos dicho en otras ocasiones, Rollo de apelación 755/18 (Ponente Sr. Ramirez Ortiz), "La reforma operada por LO 1/2015 ha introducido, junto a las conductas expresivas punibles de tendencia incitadora, otras



que, en opinión de la doctrina, cabe calificar de injurias colectivas de odio. Artículo 510. En concreto, el artículo 510.2.a) castiga con penas de prisión de 6 meses a 2 años y multa de 6 a 12 meses 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...*". Por lo que nos ocupa, el tipo exige:

a) Que la conducta se proyecte sobre un colectivo o minoría especialmente vulnerable de agresiones a su seguridad,... b) La lesión de la dignidad de los afectos y, c) La realización de conductas que entrañen " *humillación, menosprecio o descrédito*" de algunos de los colectivos vulnerables..."

"Pues bien,... lo cierto es que la virtualidad ofensiva de la conducta ha de proyectarse no sólo sobre la persona a la que afecta sino sobre todo el grupo, aun cuando lo sea de modo meramente potencial. La conducta ha de revestir especial gravedad y ha de ir tendencialmente dirigida a demonizar al colectivo frente a la opinión pública, construyendo la imagen del grupo y de sus miembros como seres inferiores carentes de dignidad.

Una interpretación restrictiva de este tipo es la única que se acomoda a la finalidad teleológica de la reforma y la que permite evitar problemas concursales insolubles con otros tipos delictivos."

En otro apartado para contextualizar el tratamiento del discurso, se trae a colación, la Recomendación General nº 35 de 2013 del CERD (Comité para la Eliminación de la Discriminación racial, órgano independiente que supervisa la aplicación de la Convención de 1965): " *La criminalización de las formas de expresión racistas debe ser reservada para casos serios, probados más allá de toda duda razonable, mientras los casos menos serios deben ser tratados por medios diferentes a la ley penal....legalidad, proporcionalidad y necesidad*". ..."

Por ello en aplicación de la doctrina expuesta, sin negar los hechos y el carácter ofensivo de las expresiones, así como el malestar que pueden producir las palabras referidas al origen de las personas, estas han quedado circunscritas entre las personas que se han identificado. Es una conducta restringida al ámbito vecinal y específicamente a los vecinos del NUM003. No consta divulgación o menosprecio de los denunciadores en otros ámbitos por parte de los denunciados ni que hayan expandido su conducta incitando a otros vecinos contra ellos por el hecho de ser de origen marroquí. No se han puesto letreros, pintadas, es decir no ha trascendido el enconamiento entre ellos más allá de las dos familias, y este que viene determinado por las molestias "la música alta", las quejas y la contestaciones fuera de lugar con palabras ofensivas.

Ambas partes aceptan que conocen al Sr. Ángel que era el nieto de la vecina abuela del mismo. Ello da el parámetro de que, lo que cambia es que los nuevos vecinos molestan. El propio agente de la Guardia Urbana, ha indicado que normalmente estas cuestiones se solucionan con mediación entre los vecinos, para comprender las posiciones de las partes. Ellos mismo han dicho que no ocurrió ningún incidente más. Se trata a nuestro parecer de discusiones entre los vecinos que por diversas razones de molestias de convivencia, habiéndose enconado la situación empleando los acusados palabras hirientes para las personas denunciadores. Por ello entendemos que en este caso debe dictarse sentencia absolutoria pues no encaja en los hechos en el tipo penal objeto de acusación.

Finalmente señalar que, no se ha planteado por la acusación ninguna calificación alternativa; aunque tras la reforma del CP por la LO 1/15 de 30 de marzo, en la que se despenalizan las faltas, dejando algunas conductas subsumidas en delito leve, tampoco tendría otro encaje. El delito del art. 173.1º del CP, al que la acusación se refiere en concurso de normas con 510.2º se refiere " *al que infrinja a otra persona un trato degradante menoscabando gravemente su integridad moral*."

No consta en absoluto que haya habido la humillación en el sentido que exige el precepto. La vejación injusta que el propio art. 174.3 del CP contempla en el apartado cuarto queda referida solo a los supuesto de las personas del art. 173.2º (pareja etc.) quedando fuera de la consideración penal otras conductas. Como decíamos, el art. 510.2º) es el único delito objeto de acusación por lo que no cabe tampoco entrar en consideraciones individualizadas de la posible aplicación por la concurrencia de la agravante por razón de raza, o etnia del art. 22.4 del CP. En consecuencia lo expuesto, procede dictar sentencia absolutoria, declarando de oficio las costas.

Vistos los artículos citados y los de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS:



Que debemos absolver y absolvemos a Ángel Y Anton del delito contra los derechos fundamentales del que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal. Declaramos de oficio las costas causadas.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Sección de Apelaciones de la Sala Civil y Penal en el plazo de 10 días.

La presente sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, la pronunciamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada, el mismo día de su fecha, por la magistrada ponente en audiencia pública. Doy fe.

AUDIENCIA PROVINCIAL

BARCELONA

SECCIÓN SEXTAAUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN SEXTA

PROCEDIMIENTO ABREVIADO 9/2019

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 110/2018

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 2 DE DIRECCION000

VOTO PARTICULAR

que formula el Magistrado Sr. JOSÉ ANTONIO RODRIGUEZ SÁEZ respecto de la Sentencia dictada en esta causa, de fecha 31 de octubre de 2019, en la que se acuerda la absolución de Ángel y Anton del delito tipificado en el artículo 510. 2. a) del Código Penal por el que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal. Las apreciaciones de este Voto Particular se fundamentan en las siguientes razones:

PRIMERA.- El desacuerdo que ahora se manifiesta se refiere, exclusivamente, a la calificación jurídico penal de los hechos, tal y como han sido relatados en el relato de Hechos Probados de la Sentencia, es decir, la discordancia se limita a la subsunción de tales hechos en la norma penal por la que se acusa, sin que se cuestione, pues, dicho relato.

Concurren, ciertamente, algunos detalles o matices de carácter fáctico que, a juicio de este proveyente, resultan del cuerpo probatorio creado en el acto del Juicio Oral, y que no se han incorporado al relato de Hechos Probados, pero se trata, como se dice, de matices cuya adición no implicaría discordancia con la descripción de la secuencia fáctica que integra el núcleo esencial del objeto del proceso. Tales matices, en todo caso, serán descritos dentro de los razonamientos de este Voto Particular, para mejor explicar la divergencia con la operación de subsunción normativa que se ofrece en la Sentencia.

SEGUNDA.- El delito por el que se acusa, integrado entre los muy impropriadamente llamados *delitos de odio*, está descrito en el artículo 510, apartado 2.a), del Código Penal, tras ser introducido, junto a varios tipos más, por la reforma de la Ley Orgánica 1/2015. La peculiaridad o especificidad del tipo creado en dicho apartado, respecto del resto de los tipos que integran la complicada norma creada en dicho artículo, es que supone el único supuesto de *delito de resultado*.

La configuración normativa de los *delitos de odio* es la de los delitos de riesgo abstracto, de tal manera que el desvalor de las acciones tipificadas se concentra en acciones de incitación (fomentar, promover, etc) y de difusión (de mensajes, ideas,...). Por eso, desde un punto de vista doctrinal, se ha centrado la labor de análisis y crítica de tales delitos, en la fijación previa en ellos de un sujeto pasivo de carácter colectivo. Son los grupos humanos vulnerables o susceptibles de sufrir discriminación social los que se constituyen en sujetos pasivos de los delitos del artículo 510. Ello explica que los focos de discusión, tras el dictado de un conjunto de sentencias penales con una gran repercusión social y mediática, se hayan dirigido a dos cuestiones: la frontera entre la incitación punible y el legítimo ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, por un lado, y las condiciones que ha de reunir un grupo social determinado para merecer la protección privilegiada de estos tipos penales.

La Sentencia de la que muestro disconformidad no tiene en cuenta que el tipo específico por el que se acusa es un delito de resultado ("lesionar la dignidad"), y, al mismo tiempo, fundamenta sus razonamientos en la consideración de un sujeto pasivo colectivo (como hace la Sentencia de esta Sala, citada en la Sentencia, del Rollo de Apelación 755/2018). En el caso que nos ocupa, la acusación describe una acción dirigida a una persona concreta (o a dos personas) y con intenciones y consecuencias afectantes a esa persona concreta. No estamos ante un sujeto pasivo colectivo. Por ello, considero que en ningún caso puede plantearse un conflicto



en relación a un ejercicio legítimo del derecho fundamental a la libertad de expresión. Ello puede suceder si alguien escribe un artículo periodístico (o un mensaje en una de las redes sociales) manifestando que todas las personas de origen étnico magrebí deberían marcharse de España o ser expulsadas. Ello constituiría una opinión que podría afectar a la prohibición de discriminación que alimenta el bien jurídico protegido por el artículo 510, pero se vería justificado (protegido, a su vez) por el derecho a la libertad de expresión. En el caso de este procedimiento no estamos ante la manifestación de una opinión o de una aseveración incitadora a actuar contra un grupo de personas, sino ante una acción verbal dirigida a una persona concreta, con un contenido que, de integrar el desvalor que fija la norma, no puede estar amparada por el derecho a la libertad de expresión.

TERCERA.- El bien jurídico protegido en la norma del artículo 510. 2. a) del Código Penal es la dignidad humana y la no discriminación, como claramente se deduce de los antecedentes doctrinales y normativos que dieron lugar a su creación (STC 235/2007, Decisión Marco 2008/913), aunque el tipo de dicho apartado supera o va más allá de las exigencias de tales antecedentes, que se refieren expresamente a la protección de la dignidad humana en relación a causas concretas de ataque a la dignidad y, por tanto, a grupos o minorías necesitadas de protección. Ello explica que se hayan planteado problemas concursales respecto del delito contra la integridad moral del artículo 173 del Código Penal (que se vienen resolviendo con la aplicación del criterio de especialidad del concurso de normas del artículo 8.1 del Código Penal).

Es esencial, por ello, que una vez determinada la acción desarrollada por el acusado, entender que el tipo penal presenta como exigencia que tal acción solamente pueda ser entendida desde el desprecio a la dignidad intrínseca que todo humano posee por el mero hecho de serlo. La acción ha de ser entendida como un ataque a otra persona, considerada diferente, como expresión de una intolerancia incompatible con la convivencia (y sin olvidar que la acción está dirigida a una persona concreta, no al grupo o colectivo al que pertenece; se actúa por razón o con motivo del grupo, pero se afecta a una persona concreta).

La Circular 7/2019 de la FGE propone como criterios para valorar la concurrencia de los elementos del tipo, los siguientes:

- una pluralidad de conductas
- la emisión de expresiones o la realización de actos de menosprecio, descrédito o humillación.
- la afectación real y efectiva de la dignidad de una persona concreta (delito de resultado).
- la presencia de una motivación discriminatoria de un determinado grupo o de sus integrantes (expresión de intolerancia excluyente)..

CUARTA.- El tipo penal del artículo 510. 2. a) del Código Penal se integra con la acción de "**lesionar la dignidad de las personas**". Matiza después que el sujeto pasivo puede ser "**cualquier persona determinada** por razón de su pertenencia a ellos (a los grupos del primer apartado del precepto) 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,..."

En el relato de Hechos Probados de la Sentencia se afirma que los acusados dirigieron a dos personas concretas, Clara y su hijo, Felipe, las expresiones siguientes: "mora de mierda", "moros de mierda", "putos moros", "vete a tu país..." o "iros a vuestro país". Se incluye también que la señora Clara acudió a un servicio de urgencias donde se le diagnosticó un ataque de ansiedad.

A ello hay que añadir que, aunque no se incluyan en los Hechos Probados de la Sentencia, concurren algunos detalles fácticos que pueden valorarse, derivados de la declaración testimonial de la denunciante, señora Clara (el contenido de dicha declaración no ha sido cuestionado en cuanto a su fiabilidad o credibilidad probatoria). Estos detalles se refieren, en concreto, a que los acusados le habían dirigido aquellas expresiones en otras ocasiones anteriormente, y a que ello creó una situación de afectación personal ("me hacían la vida imposible").

Pues bien, considero que el ámbito fáctico de lo probado, así descrito, es constitutivo del delito descrito en el referido artículo 510. 2. a del Código Penal.

La acción, las expresiones pronunciadas, con reiteración y con el tono empleado (en presencia de agentes policiales), tienen sobrada capacidad para lesionar la dignidad de la persona a la cual se dirigen. Su patente carácter despectivo (..."de mierda") y la invitación a irse del país solamente pueden explicarse desde la negación del derecho al desarrollo de la libre personalidad, desde la negación de la persona y de la condición de ciudadano, desde una actitud de intolerancia excluyente, y todo ello dirigido a una persona concreta (no al grupo de etnia magrebí). Esa capacidad se ha visto, en este caso, materializada en la afectación sufrida por la denunciante de los hechos, una afectación que es manifestada con claridad en su declaración y que es susceptible de inferencia, también, del hecho considerado probado de la asistencia en el servicio de urgencias



por un ataque de ansiedad. En cualquier caso, la generalidad de las personas se sentiría afectada en su dignidad si reciben con reiteración el mensaje de que eres un moro de mierda y de que te vayas del país.

Considero igualmente que los motivos de discriminación por razón de pertenencia a una raza o étnia, en la acción desarrollada, también concurren. La expresión "moro" tiene un significado muy claro en España y todos lo conocemos. Tiene incorporada (connotación) la valoración de considerar a los magrebíes como personas inferiores, por razones culturales e históricas, así como un claro menosprecio y descrédito. Es cierto que la expresión se puede pronunciar sin tal connotación, pero dicho uso requiere una matización especial. Y, en cualquier caso, el añadido relativo a las heces humanas, despeja cualquier duda al respecto (al motivo de discriminación).

En relación a esta misma cuestión, no puedo estar de acuerdo con la valoración de la Sentencia, que lleva a minimizar la trascendencia de los relatado, acogiéndose a que se trata de una discusión de vecinos en las que se producen insultos. No es una simple discusión por un motivo determinado, sino una situación por reiteración de la conducta reprochable; y, sobre todo, no se trata de simples insultos, incardinables en las despenalizadas injurias leves. Hay muchas formas de insultar si un vecino requiere a otro para que baje el volumen de la música, y en nuestra cultura no se da, precisamente, un déficit en expresiones y conceptos insultantes. Muchas formas de insultar sin afectar a la dignidad personal de una forma tan intensa. Considero que los acusados aprovecharon la situación para reiterar la conducta de lanzar a la denunciante un mensaje de intolerancia, de intransigencia y de violencia verbal, con clara conciencia y voluntad de atentar contra su dignidad personal. Y ello es justamente lo que se tipifica en el artículo 510. 1. A) del Código Penal.

Barcelona, 12 de noviembre de 2019.