



**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA
SECCIÓN QUINTA**

Rollo de apelación nº. 731/2021
Diligencias Previas 309/21
Juzgado de Instrucción nº25 de Barcelona

A U T O

Tribunal:

D^a Rosa M^a Fernández Palma
D. Ignación De Ramón Fors
D. Pablo Huerta Climent

Barcelona, 26 de octubre de 2.021

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Instrucción nº25 de Barcelona en el procedimiento de Diligencias Previas 309/21 se dictó auto en fecha 18 de junio de 2.021, por el que se acordaba el sobreseimiento provisional de las actuaciones. Contra dicha resolución la representación de partido político Vox interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación al que se opusieron el Ministerio Fiscal así como la representación de Jair Domínguez Torregrosa. En fecha de 2 de septiembre de 2.021 fue desestimado el recurso de reforma. Conferido traslado a las demás partes, se han opuesto a su estimación.

SEGUNDO.- Tramitado y admitido a trámite, quedaron los autos listos para resolver, una vez turnados a esta sección de la Audiencia Provincial y nombrado como ponente el Magistrado Pablo Huerta Climent, que expresa el parecer unánime del Tribunal.





FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Impugna el recurrente la decisión de acordar el archivo de las actuaciones al considerar que las expresiones vertidas por el querellado son constitutivas de un delito de odio al contener manifestaciones explícitas incitadoras a la violencia, habiéndose éstas formulado en un clima convulso por las recientes elecciones en Cataluña, donde se produjeron continuas actuaciones violentas contra Vox, siendo éste, a juicio del recurrente, un colectivo vulnerable en Cataluña.

SEGUNDO.- Las presentes actuaciones pivotan entorno a la intervención realizada por el querellado Jair Domínguez en el programa “El Matí de Catalunya Radio” el pasado día 16 de febrero de 2.021, esto es, dos días después de las elecciones autonómicas celebradas en Cataluña el 14 de febrero de 2.021. En dicha alocución el querellado, tres desear “un día de mierda” a la gente de Vilamalla y La Pobla de Mafumet que han votado a Vox, identifica a Vox con el fascismo tildando como “neonazi” a dichas poblaciones, a las que califica igualmente como “poligoneras”, y expresa literalment que “al fascismo, a los nazis, se les combate con un puñetazo en la boca. No hay medias tintas”. El programa en cuestión podría haber alcanzado una audiencia de unos 476.000 oyentes.

TERCERO.- El artículo 510.1 del Código Penal castiga a quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten, directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por alguno de los motivos que en el precepto se recogen, entre los que se encuentra su ideológica.

La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 4283/2.020 de 11 de diciembre de 2.020, con cita a sentencias anteriores de la misma Sala al respecto, en cuanto a la naturaleza del delito, señala que *“partimos de considerarlo como un delito de riesgo abstracto puro, potencial o posible; es, por lo tanto, también, un delito de mera actividad, que se consume por la sola incitación a las variables discriminatorias que en el mismo ha contemplado el legislador; en consecuencia, los únicos elementos que exige el tipo son la emisión del mensaje provocador o discriminatorio (elemento objetivo) y la voluntad de emitirlo, pese a ser conocedor de ese contenido (elemento subjetivo), al que, si se quiere, habrá que añadir ese riesgo, pero insistiendo que se trata de un riesgo abstracto, entendido en el sentido de que sea potencialmente idóneo a la incitación, aunque sin necesidad de que se consiga lo que con ella se persiga, pues, hay que insistir, el delito se consume con la simple realización de esa conducta idónea generadora del riesgo; el delito aflora de su propia descripción típica, porque no precisa de ningún resultado.”*

La naturaleza propia del delito que nos ocupa, como delito de riesgo abstracto, que no de riesgo concreto, implica que en aquellos, a diferencia de estos, queda consumado, aun cuando no se produzca un resultado de peligro, porque lo que el legislador persigue es que se castigue una acción, que, por ser peligrosa en sí misma, pone en peligro el bien jurídico (generalmente colectivo, difuso, inmaterial)





que protege el tipo, y esto es propio de esos delitos de riesgo abstracto, como delitos que, por su mera actividad, ponen en peligro el bien jurídico de que se trate, debido a que en ellos el legislador ha dado primacía al desvalor de la acción, por su propia peligrosidad, frente a su resultado. Podríamos decir que en los delitos de peligro concreto se exige la creación de una situación de peligro, mientras que en los de peligro abstracto no es preciso, porque es la peligrosidad inherente a la acción la que merece el correspondiente reproche penal, y habrá, por lo tanto, delito aunque no se haya llegado a producir un efectivo peligro concreto, porque la mera peligrosidad de la acción es motivo de su tipificación; la protección penal se ha adelantado a los resultados de la conducta, quedando consumado el delito con la ejecución de la acción, sin necesidad de añadir ningún resultado específico, y es por ello, por lo que relegábamos a un segundo lugar que, la de este art. 510.1, se trate de una provocación directa o indirecta, porque lo fundamental será precisar si el comportamiento desplegado por el acusado resultó idóneo para incitar a la actividad discriminatoria a que se refiere el tipo.

En este sentido, en nuestra Sentencia 72/2018, de 9 de febrero de 2018, con respecto al delito del art. 510, si bien tras la redacción dada por L.O. 1/2015, decíamos lo siguiente:

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

Por su parte, en la STS 646/2018, de 14 de diciembre, que recordábamos la anterior, decíamos que en ella "se aborda las diferencias entre las distintas modalidades de discurso del odio, afirmando la no necesidad de la creación de un peligro contra los bienes jurídicos personales a consecuencia del discurso del odio cuando se trata de menosprecio a las víctimas. En consecuencia, la jurisprudencia de la Sala II puede ser resumida en los siguientes elementos. El delito de odio aparece definido en el art. 510 Cp., que no requiere, en su tipicidad, una generación de una situación concreta de peligro aunque si una aptitud para la generación de una situación de peligro, que sea tenida por seria, a la dignidad de las personas a las que se refiere ". Y más adelante, como conclusión de una nuestra posición





jurisprudencial, señalábamos "que desde el plano normativo y jurisprudencial, en el art. 510 Cp., enmarcado en la categoría de delito de odio, su tipicidad no requiere la generación de un riesgo, abstracto, concreto o hipotético, que sí es preciso en los delitos de provocación o de apología del terrorismo, previstos en el art. 579 Cp , que requieren la idoneidad para incitar a la comisión de un delito terrorista. La tipicidad del art. 578 Cp ., aún requiriendo la generación de un riesgo, en esta tipicidad su exigencia tiene una menor intensidad, no es de incitación a la comisión, sino de aptitud del discurso para generar ese riesgo "aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el sistema de libertades" (STC 112/2016)".

CUARTO.- En cuanto a la colisión de tal delito con el derecho a la libertad de expresión, la referida sentencia establece que *"al abordar esta cuestión es preciso hacer referencia al enfoque que, sobre el tratamiento del derecho fundamental a la libertad expresión, encontramos en la STC 35/2020, de 25 de febrero de 2020, o en la STC 177/2015, de 22 de julio , porque, tratándose de delitos que pueden entrar en fricción con tal derecho, como se puede leer en esta última, "obliga entre otras consecuencias, "a modificar profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión", pues su posición preferente impone "la necesidad de dejar un amplio espacio al disfrute de dicha libertad" (SSTC 39/2005, de 28 de febrero, FJ 4, y 278/2005 , de 7 de noviembre; FJ 4)", que lo resuelve el TC acudiendo a la fórmula de que, con carácter previo al análisis sobre la subsunción de la conducta en el tipo delictivo, se ha de pasar por realizar una ponderación de la eventual concurrencia del derecho a la libertad de expresión, y lo dice de la siguiente manera: "Así las cosas, el órgano judicial debe valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión" (STC 177/2015).*

Y en la STC 35/2020, en relación con la anterior doctrina, dice: "... unánime desde el comienzo de la actividad del Tribunal Constitucional, deja sentado con claridad: (i) que la falta del examen preliminar de la eventual concurrencia en el caso concreto del ejercicio legítimo de derechos o libertades constitucionalmente amparables han de ser consideradas de por sí lesivas del derecho fundamental y dar lugar a la estimación del recurso de amparo y a la anulación de la resolución judicial impugnada; (ii) que han de quedar equiparadas las consecuencias de esa omisión a los supuestos en que la ponderación resultara manifiestamente carente de fundamento; y (iii) que ese examen preliminar también corresponde hacerlo al juez penal en el caso de sanciones penales como cuestión previa a la aplicación del tipo penal".

Está diciendo el TC que, al margen las consideraciones que haga el órgano de enjuiciamiento atendiendo a las circunstancias del caso concreto sobre la eventual afectación del derecho fundamental, cuando examine el juicio de tipicidad, puede no ser suficiente por sí solo, sino que exige un examen preliminar "para entender completada en su integridad la ponderación constitucionalmente necesaria





con carácter previo al examen de la tipicidad, en la medida en que no permite conocer cuáles han sido las bases sobre las que se puede concluir que la conducta del recurrente debía ser considerada como un ejercicio, sea o no extralimitado, del derecho a la libertad de expresión -con la consiguiente entrada en juego del principio de proporcionalidad en la restricción de un derecho fundamental- o debía ser excluida de este concepto".

Particularmente, y en relación con el discurso del odio, la STC 112/2016 declara lo siguiente [FJ 2 ii): "*En relación con este elemento caracterizador, en la STC 177/2015 se afirmó que, ante conductas que pueden ser eventualmente consideradas manifestaciones del discurso del odio, la labor de control constitucional que debe desarrollarse es la de 'dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia' (FJ 4). Igualmente se recordaba que '[e]n la STC 136/1999, de 20 de julio, afirmamos que 'no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre' (FJ 15). Del mismo modo, la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre' (FJ 4). Y, además, que 'es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado discurso del odio son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes' (FJ 4)".*

QUINTO.- En el caso de autos, en el ejercicio de trasladar los indicadores expuestos en los anteriores fundamentos jurídicos al supuesto examinado, y siendo que en el momento procesal actual no contamos con la declaración del querellado, hemos de partir de la incontrovertida literalidad de la concreta expresión que refiere que a los fascistas, en clara referencia a Vox, se les combate con un puñetazo en la boca, aseveración que, por su contundencia y grafismo, carece de aparente acomodo en el ejercicio de la libertad de expresión. Resulta difícil imaginar contexto alguno de en el que tal afirmación pueda tener un ánimo distinto al de trasladar a la audiencia destinataria el más estricto espíritu de tal afirmación, lo que a priori, y dadas las circunstancias que se diran, permitiría indiciariamente incardinarlo en el llamado "discurso de odio".

En este sentido, el entorno socio temporal en el que el discurso fue pronunciado, apenas dos días después de la celebración de las elecciones autonómicas catalanas, comicios en cuya campaña electoral se había producido





notorios y reiterados incidentes en los actos de Vox en poblaciones como Vic, Salt u Olot, y en el que incluso la Junta Electoral Central había reconocido en su resolución de 11 de febrero de 2.021 que determinados actos electorales se habían celebrado en “un ambiente de coerción contrario a lo que debe ser el ejercicio de este derecho fundamental”, no hace sino acrecentar el estímulo atentatorio frente a dicha formación política que se percibe con tal intervención.

Del mismo modo, el altavoz en el que el discurso se pronunció, un programa de radio matinal con casi medio millón de oyentes, que como el propio querellado señala, no resultarán simpatizantes de Vox, incrementa exponencialmente la repercusión de su contenido y por ende el riesgo incitador inherente a la misma literalidad de las manifestaciones expuestas.

El hecho de que no hubieran disturbios los días posteriores al hecho denunciado (obvio, pues ya había terminado la campaña electoral), así como que la presunta audiencia del programa no esté conformada por personas con el perfil inherente a la comisión de actos violentos, resulta a todas luces insuficiente como para orillar el presunto peligro concomitante a las manifestaciones del querellado. Como hemos dicho, el delito exige un peligro abstracto, que no concreto. Ante una audiencia de casi medio millón de oyentes de un programa en lengua catalana, resulta estadísticamente improbable que ninguno de ellos pudiera verse azuzado por el discurso en cuestión. No existe una clase o rango social que pueda considerarse acreedora de los disturbios ocasionados durante la campaña electoral, y por lo tanto no puede concluirse que no fuera una audiencia potencial del programa de radio referido.

Tampoco podemos apreciar actualmente la concurrencia de “animus iocandi” habida cuenta la información con la que contamos en este momento procesal.

Así las cosas, y ante la falta de diligencias necesarias para concluir la instrucción, consideramos necesario que se dé curso a las mismas al concurrir indicios bastantes, en el momento procesal actual, que determinan la improcedencia del sobreseimiento de las actuaciones, y ello sin perjuicio de la decisión que se adopte al finalizar la misma.

Por todo ello procede estimar el recurso.

Se declaran de oficio las costas procesales causadas en esta alzada.

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

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación





procesal del partido político Vox contra el auto de 18 de junio de 2.021, debemos **REVOCAR** la mencionada resolución, en el sentido expuesto en el fundamento jurídico quinto de la presente resolución, declarando de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese el presente a las partes personadas, advirtiéndoles que contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno; únase certificación al rollo de sala y remítase otra al Juzgado de su procedencia, para su debido conocimiento y efectos, y verificado todo ello archívese aquél sin más trámites, previas las oportunas anotaciones en los libros registros correspondientes.

Así lo acordó y mandó el Tribunal y firman los magistrados reseñados al margen; doy fe.

