

Sección nº 02 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 4 - 28035

Teléfono: 914934540,914933800

Fax: 914934539

GRUPO DE TRABAJO ST

jus_seccion2@madrid.org

37051030

N.I.G.: 28.079.00.1-2021/0102552

Recurso de Apelación 939/2021

Origen:Juzgado de Instrucción nº 53 de Madrid

Pieza de Medidas Cautelares 731/2021

Apelante: PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL y D./Dña. MINISTERIO FISCAL

Procurador D./Dña.

Letrado D./Dña.

Apelado:

AUTO N° 631/2021

=====

Señorías Ilustrísimas:
MAGISTRADO: D.VALENTÍN SANZ ALTOZANO
MAGISTRADO: D. EDUARDO DE URBANO CASTRILLO (Ponente)
MAGISTRADA: Dª TANIA GARCÍA SEDANO

=====

En Madrid, a 01 de julio de 2021.

I.HECHOS

ÚNICO.- Contra el Auto de fecha 22-4-2021 mediante el cual la Juez de Guardia de Madrid, el día referido, acordó denegar la solicitud de la medida cautelar de retirar un cartel en la estación Sol del Metro de Madrid, en el que el partido político Vox presentaba a la izquierda a una señora de cierta edad y a la izquierda a un joven con capucha y pañuelo de colores que le tapaba la boca y la nariz con la leyenda entrambos: “Un mena 4.700 euros al mes. Tu abuela 426 euros de

pensión/mes”, por el Ministerio Fiscal se presenta recurso de apelación al que se adhiere el partido político Psoe.

Procede, en consecuencia, que sea este Tribunal, a quien le ha correspondido por las normas de reparto conocer del referido recurso, quien lo resuelva.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La decisión que se recurre tiene naturaleza de medida cautelar, por lo que en esta resolución sólo resulta procedente pronunciarnos sobre si la medida en cuestión es o no conforme a derecho.

El examen del “fondo” del tema, esto es, si estamos o no ante un delito de odio, como los recurrentes sostienen, excede del concreto objeto del recurso y no corresponde declararlo ni al Juez de Instrucción ni a la Fiscalía ni a este Tribunal, sino, en caso de que el proceso llegue a la fase de juicio oral, al órgano ante el que se celebre la correspondiente vista y, de haber recursos, ser finalmente resuelto por los órganos que decidan los mismos.

SEGUNDO.- La decisión apelada, tras examinar los presupuestos de toda medida cautelar penal, a saber, el denominado *periculum in mora* (peligro para el desenvolvimiento del proceso penal, de no adoptarse) y el *fumus boni iuris* (o apariencia delictiva suficiente de la *notitia criminis*) concluye en que no concurre ninguno de dichos requisitos, y en particular en cuanto al segundo, - pues el primero es obvio que no concurre- que el art.510 CP no sanciona cualquier idea o expresión que pueda considerarse un exceso respecto al art.20 1 a) CE, sino que se exige “una incitación dolosa y pública a terceros que genere un riesgo” concreto para un determinado colectivo, a modo , como dijera el AAP de Barcelona 892/2016, de 29-11 que se cita, de “antesala de la violencia” .

Se ha de tratar, se lee en la resolución recurrida, de un discurso que incite de modo inmediato a la violencia, a la discriminación o al odio, no constituyendo delito la mera difusión de ideas -en este caso tildadas de “racistas o xenófobas”- pues debe acreditarse su idoneidad para repercutir sobre terceros.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, por contra, entiende que el cartel en cuestión traslada la imagen de un menor “extranjero y delincuente”, lo que supone un prejuicio (un “concepto prejuicioso”, se dice de modo literal) buscando la deshumanización de los llamados “Menas” y con cita de la DUDH, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea , el Convenio de Roma de 1950 o el art.10 de nuestra Carta Magna, considera que se afecta a la dignidad del colectivo referido y se contribuye a avivar el odio y la intolerancia mediante un discurso racista o xenófobo.

El Psoe, se adhiere al recurso y destaca que en el cartel también aparecen la expresión “Protege Madrid” y “Vota seguro” así como que en el punto 8 del programa electoral del partido político en cuestión, aparecen como medidas que se proponen adoptar “Expulsar de forma inmediata a los inmigrantes ilegales y a los legales que cometan delitos graves o leves de manera reiterada .Exigir al gobierno de Pedro Sánchez la protección de las fronteras nacionales y el fin del efecto llamada , devolviendo a sus países a los que han entrado ilegalmente. Clausurar los centros de MENAS y cerrar las mezquitas fundamentalistas que justifican la violencia contra la mujer o los homosexuales, y que crean inseguridad en nuestras calles”.-

CUARTO.-Pues bien, esta Sala comparte plenamente la resolución recurrida, que ha de situarse en una doble coordenada : el contexto de la legítima lucha ideológica-partidista en el contexto de una contienda electoral donde constituye una máxima de la experiencia los excesos verbales que se cometen por unos y otros actores políticos ; y el hecho de recordar que en el orden penal están

prohibidas las interpretaciones *contra reo*, cuando quepan otras explicaciones no necesariamente delictivas.

En efecto, el cartel también puede interpretarse como un mensaje electoral a un colectivo mucho más numeroso que el de los “Menas”, en el que se presenta una crítica gráfica y directa sobre la cuantía de las pensiones -en particular de jubilación o viudedad- en contraste con lo que se gasta en otras atenciones o finalidades, como es el sostenimiento de dichos jóvenes que con independencia de si las cifras que se ofrecen son o no veraces, representan un evidente problema social y político, incluso con consecuencias o efectos en nuestras relaciones internacionales, como resulta notorio.

QUINTO.- En definitiva, concluido el proceso electoral en el que se enmarcó el cartel en cuestión, la medida de que tratamos, prevista en el art.510.6 CP y que se halla conectada al art.510 CP , según la doctrina castiga el denominado “discurso del odio”, cuyo origen se encuentra en la Recomendación (97) 20 elaborada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobado el 30 de octubre de 1997 y dispone se sancione “todas las formas de expresión que propaguen ,inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia”, representa la versión española del parágrafo 130 del STGB alemán, considerado el precedente de dicho precepto , el cual reprime los ataques a la dignidad a través de incitaciones directas , siempre que posean una idoneidad ex ante para perturbar la paz pública, siendo su naturaleza de delito de peligro abstracto pero que ha de concretarse en un hecho o conducta concreta.

El tipo penal en cuestión, según la doctrina constituye una injuria o atentado a la integridad moral agravado por la finalidad de discriminar a personas o colectivos concretos, por el hecho de su pertenencia a un grupo determinado , diferenciado por alguna de las notas o características que en el mismo se indican.

La conducta delictiva, implica lesionar la dignidad ajena, mediante actos idóneos para ello que supongan “ una grave humillación, menosprecio o descrédito” de alguno de los referidos grupos.

También se ha dicho que no es lo mismo el ejercicio de la libertad de expresión y creencia para manifestar una determinada tesis que expresar burlas contra el colectivo discriminado o .proferir insultos o desprecios (como llamarles “animales”, “carroña”...) o generalizar su descalificación a todos sus integrantes.

La STC 174/2006, de 5 de junio alerta de 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 “, pero ello lo permite el pluralismo sin el que no existe una sociedad democrática.

No cabe, pues, tildar de delictivas la emisión de ciertas ideas, salvo que su finalidad sea amenazar, injuriar o menospreciar, es decir, que aun suponiendo una crítica, ésta es legítima si se expresa de modo que no persiga dichos fines ilícitos.

Hasta tal punto esto es así, que la STC 235/2007, de 7 de noviembre dijo: “nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables, por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político”.

Pues bien, en el conocido como “Caso Zapata”, la Audiencia Nacional en Sentencia de fecha 15-11-2016 absolvió a dicho concejal al que se le atribuía haber humillado a las víctimas y enaltecer el terrorismo mediante una serie de tuits que publicó en la red social Twitter porque “aunque seguramente sean reprobables” se consideró “humor macabro” y no concurrió “el elemento

objetivo” ni se percibe el ánimo injurioso, o maltratador, ante la falta de continuidad, que nos situaría en el marco de un debate, que elimina el enfoque renovado de agravio que exige el tipo penal "realización de actos", dado que los otros comentarios se referían a otra temática, ya no a las víctimas del terrorismo sino , concretamente, a las víctimas del holocausto.

Igualmente, otras Audiencias se han pronunciado sobre otros casos que guardan cierta similitud por los derechos enfrentados y así, la SAP 2ª de Barcelona nº 259/2010, de 26-4 tras recordar que no es posible castigar penalmente “la simple exteriorización pública de una opinión, por reprobable ético socialmente que resulte”, y sigue, “la mayoría de la doctrina penal española sostiene que la expresa referencia a la "provocación" en el *artículo 510 CP* exige incorporar al mismo los elementos de la provocación definida en el artículo 18 “, por lo que “ la provocación típica del *artículo 510 CP* debe ser directa, esto es, dirigida inequívocamente, de forma abierta a la comisión de conductas constitutivas de delito, quedando fuera del ámbito de protección típica la mera exposición y difusión de ideas, incluso discriminatorias.

SEXTO.- Y dado que el mensaje que se cuestiona , con independencia de la libre valoración que cada uno pueda hacer -así como del recorrido procesal que pueda tener- encuentra apoyo en la CE, en los artículos 6 (“los partidos políticos expresan el pluralismo político”, 16.1 (“se garantiza la libertad ideológica”), 20 1 a) “se reconocen y protegen los derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”) e incluso 23 , que reconoce el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos , directamente o por medio de representantes, entendemos que se trata de un slogan electoral , que como tal no permite considerarlo , mediante un uso alternativo del derecho, como unas

ideas a prohibir mientras han de admitirse otras de signo contrario, pero tan criticables o más que éstas.

Una interpretación en tal sentido, es incompatible con un régimen de libertades y de un Estado de Derecho digno de su nombre y los Tribunales no podemos ampararla.

Y esto es lo que consideramos respecto al presente caso, por estas dos razones: porque ya no resulta necesario revocar la decisión y porque existen serias dudas de que los hechos base, puedan ser considerados delito, dada la forma de presentarse y de haberse exteriorizado en una campaña electoral donde sólo deben perseguirse hechos por un partido político legal y cuya evidencia delictiva sea claramente presumible.

En consecuencia, vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, al que se ha adherido el PSOE, contra el Auto referido, el cual se mantiene.

Las costas de esta alzada se declaran de oficio.

Diligencia. Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fé

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la

garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.