

**JUZGADO DE LO PENAL NUM. SIETE
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA N° 419/2012

En Palma de Mallorca a 10 de diciembre de 2012.

Vistos por mí, D. FRANCISCO JOSÉ PÉREZ MARTÍNEZ, Magistrado-Juez sustituto del Juzgado Penal número SIETE de esta ciudad, en juicio oral y público, los presentes autos de Procedimiento Abreviado número 498/2011, dimanantes del Juzgado de Instrucción n° 8 de Palma de Mallorca en su Procedimiento Abreviado n° 954/2006, seguidos por un Delito cometido con ocasión del ejercicio de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas garantizadas por la Constitución contra J [REDACTED] R [REDACTED] F [REDACTED], mayor de edad, nacido el día [REDACTED] de febrero de 1952 e [REDACTED] con antecedentes penales, C [REDACTED] [REDACTED] F [REDACTED] S [REDACTED] mayor de edad, nacida en Buenos Aires el día [REDACTED] de diciembre de 1960, con nacionalidad española y [REDACTED], ambos en situación de libertad por esta causa, y el partido político Agrupación Social Independiente (A.S.I.), representados todos ellos por la Procuradora María Montserrat Montané Ponce, y defendido el primero y tercero de ellos por el letrado José Ramón Flores Martínez y la segunda de ellas por José María Morillo-Velarde Seco De Herrera, siendo partes acusadoras el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. Bartolomé Marroig y la Acusación Particular ejercida por C [REDACTED] F [REDACTED] R [REDACTED] et altre, representadas por el Procurador de los Tribunales Jeroní Tomás Tomás y defendidas por el Letrado del ICAIB Sebastián Rubí.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Los presentes autos de Procedimiento Abreviado dimanan de las Diligencia de PADD n° 954/2006 del Juzgado de Instrucción n° 8 de Palma de Mallorca, que fueron remitidas a este Juzgado para su enjuiciamiento que tuvo lugar el día 9 de octubre de este año con el resultado que obra en autos, si bien precisó de una segunda sesión para su celebración siendo que esta tuvo lugar el día 26 del mismo mes y año cumpliéndose así los plazos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

SEGUNDO.- En sus conclusiones definitivas el Ministerio Fiscal consideró a

los acusados J [REDACTED] R [REDACTED] F [REDACTED] y C [REDACTED] F [REDACTED] S [REDACTED] autores responsables de un delito cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas previsto y penado en el artículo 510 del Código Penal y solicitó se les impusieran las penas de 1 año y seis meses de prisión y multa de 12 meses a razón de 30 euros de cuota diaria con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y expresa imposición de costas.

La acusación particular en el trámite de conclusiones modificó las conclusiones provisionales, siendo que solicitó que se impusiera a J [REDACTED] R [REDACTED] F [REDACTED] la pena de 1 año y seis meses de prisión y multa de 12 meses a razón de 50 euros de cuota diaria con las penas accesorias de prohibición de sufragio pasivo, suspensión de empleo o cargo público e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, o comercio durante el tiempo de la condena y costas, la disolución del partido político Agrupación Social Independiente (A.S.I.) y para la acusada C [REDACTED] F [REDACTED] S [REDACTED] se solicitó una condena idéntica a la de J [REDACTED] R [REDACTED] F.

TERCERO.- En el mismo trámite el Letrado del acusado J [REDACTED] R [REDACTED] F [REDACTED], y a la vez por extensión de Agrupación Social Independiente (.A.S.I.) interesó una sentencia absolutoria y de forma subsidiaria que se estimase la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas a la par que formuló dos cuestiones de previo pronunciamiento. El letrado de la acusada C [REDACTED] F [REDACTED] S [REDACTED] interesó en términos similares a los de su compañero que le precedió en el turno de palabra, adhiriéndose a las cuestiones de previo pronunciamiento y formulando una más.

HECHOS PROBADOS

UNICO.- Probado y así se declara que la acusada C [REDACTED] F [REDACTED] S [REDACTED], mayor de edad, nacida en Buenos Aires el día [REDACTED] de diciembre de 1960, con nacionalidad española y [REDACTED], en situación de libertad por esta causa, formaba parte, si bien no como militante o afiliada, del partido político Agrupación Social Independiente (ASI). Dentro de esta formación política desarrollaba tareas de colaboración interna con su ejecutiva y con su Presidente en el año 2005 y 2006, J [REDACTED] R [REDACTED] F [REDACTED], entre las cuales se encontraban la revisión y supervisión de la redacción de los discursos y mensajes que posteriormente serían colgados en la web del precitado partido político www.asi-ib.com, y la entrega y comunicación con el informático al servicio de ASI de las tareas que debía realizar para actualizar la web del partido político.

En fechas indeterminadas, si bien con posterioridad a la época estival del año 2005, el partido político ASI precisó de un nuevo informático para actualizar su página web y colgar el contenido más conveniente que creyeran sus afiliados y miembros de la dirección, si bien C [REDACTED] F [REDACTED] dada la proximidad y amistad que la vinculaba a las personas que conformaban el núcleo de decisión de ASI propuso a A [REDACTED] M [REDACTED] F [REDACTED] a quien conocía a través de un amigo en común de ambos.

Tras la proposición de F [REDACTED] para el puesto de informático de ASI, este fue contratado, y se le facilitaron todas las claves de acceso a la web para poder realizar su trabajo, siendo en todo momento C [REDACTED] F [REDACTED] la intermediaria entre ASI y F [REDACTED] ya que las decisiones que se tomaban desde el grupo político eran transmitidas en exclusiva y únicamente a A [REDACTED] M [REDACTED] por C [REDACTED] E., sin que nadie más supiera los términos de las conversaciones entre ambos ni como esta le indicaba como tenía que hacer el trabajo a desarrollar ni el propio trabajo a ejecutar; el trabajo era realizado por A [REDACTED] M. F [REDACTED] cuando podía y desde donde podía, pues consistía en subir a la página web lo que le indicaban y por tanto no tenía la necesidad imperiosa de tener un despacho en la sede de ASI ni un horario fijo ni estable. El trabajo que realizaba A [REDACTED] M. le era abonado por C [REDACTED] quien empleaba para tal fin, dinero del partido o dinero de su propiedad que posteriormente le era reembolsado desde la agrupación política.

A finales del mes de noviembre de 2005 o el primer día del mes de diciembre del mismo año, C [REDACTED] F [REDACTED] le transmitió a A [REDACTED] M [REDACTED] F. la necesidad urgente de colgar en la web del partido alguna animación -algo que estuviera en movimiento- y le encomendó que lo diseñase ya que debían, y querían, retirar un documento que estaba colgado en un apartado de la página web de ASI de nombre *¿Qué pasó con Cespedes?*. A [REDACTED] M [REDACTED] le respondió que podía desarrollar tal proyecto si bien precisaría de un elevado número de horas y que el precio de ese encargo sería alto; por lo que descartó la idea y le indicó C [REDACTED] una web en la que estaba colgado un programa denominado "*The naked woman*", que ambos visionaron parcialmente y en el que los dos comprobaron como una mujer muere al arrollar un perro que queda partido por la mitad, y se le ven las visceras.

Tras su visionado durante unos segundos, C [REDACTED] le dio la orden de que subiera ese programa a la web. A [REDACTED] F [REDACTED] anotó la dirección web que había visitado C [REDACTED] para exhibirle "*The Naked Woman*" anteriormente y el día 2 de diciembre de 2005 a las 11:33 horas desde la dirección IP [REDACTED] del domicilio

de A [REDACTED] M [REDACTED] F [REDACTED] accedió a la web de ASI la animación con nombre de archivo “203507_nakedwoman.swf” y obtenido desde la web http://uploads.undergrounded.nat/203000/203507_nakedwoman.swf.

En la precitada animación se puede observar como una mujer –dibujada íntegramente desnuda con dos pechos de considerable tamaño y de forma ascendente que le impiden la visión, con puntos negros en las piernas que simulan ser vello al igual que en la zona pubica- desciende una colina en bicicleta, y muere de hasta veinte formas distintas y por este orden:

1. atropella a un perro al que parte por la mitad y mueren los dos,
2. atraviesa un cristalera transportada por dos hombres y se la ve llena de cristales y ensangrentada,
3. circula sobre una rampa ascendente, vuela tras pasar sobre ella y acaba estrellada y sin vida contra el suelo,
4. choca contra una roca y sale volando tras resultar mutilada de una pierna si bien cuando cae al suelo la cabeza se le separa del resto del cuerpo,
5. es presa de una trampa para cazar tigres,
6. alcanzada por lava volcánica que la funde,
7. una corriente de aire que emerge del suelo la hace volar por los aires en sentido estricto de las palabras y al caer sobre el suelo lo hace sobre la bicicleta quedando así ensartada en esta,
8. pisa una mina de tierra y sale despedazada en la imagen,
9. muere ahogada al caer a un río y se ve su cuerpo flotando,
10. queda encerrada en un cubo gigante de gelatina que se solidifica y la atrapa en su interior,
11. colisiona contra un muro de escasa altura y muere,
12. colisiona contra otra mujer que puede ser calificada como sumamente obesa que está tumbada en el suelo desnuda de cintura para abajo siendo que la bicicleta queda atrapada entre las nalgas y la conductora sale despedida y vuela literalmente,
13. muere contra un cactus de mayor tamaño que la propia mujer,
14. colisiona contra una valla electrificada,
15. se despeña por un acantilado,
16. atropella a una anciana y después cae por un precipicio,
17. colisiona contra un poste de una carretera en obras y muere,
18. atraviesa un bloque de cemento fresco y cae y muere,
19. se encuentra con una actriz de color –Whoopi Goldberg- a la que

atropella y mata,
20. es triturada por un ventilador industrial.

En la animación no se escucha sonido alguno más que los gritos de la mujer cuando pierda la vida; antes de que comience la animación en si misma se observa un tanque y bajo del mismo dos pechos de gran tamaño. Tras esa imagen aparecen las letras “A FOOP PRODUCTIOON”, siendo las O de FOOP dos pechos y luego “Animation by BAD DEEDS” que significa “Animación por Malos deseos”. Posteriormente aparece el título “*The naked woman*” o “La mujer desnuda” y tras ello, “*You decide what she hits*” o “*Tu decides que la golpea*” y el usuario tan solo clikea con que objeto, animal, persona o sustancia quiere que la mujere resule muerta.

La animación “*The naked woman*” se colgó en el apartado de la web de ASI “*¿Qué pasa con Céspedes?*” y fue de acceso público para cualquier persona que visionase la web del antedicho partido político sin que fuere necesaria ninguna clave o contraseña ni ser afiliado, simpatizante o estar registrado en su web.

Dado el contenido de la animación, se creó un gran malestar entre la ciudadanía en general, y la de Lluçmajor en concreto, siendo que lo visionaron diversas vecinas del pueblo como C [REDACTED] F [REDACTED] R [REDACTED], M [REDACTED] F [REDACTED] S [REDACTED] M [REDACTED] y M [REDACTED] C [REDACTED] A [REDACTED]; y así STE-i Intersindical remitió un escrito a principios de diciembre de 2005 a la Directora del Institut Balear de la Dona de les Illes Balears en la que ponía en su conocimiento la existencia de la animación en la web de ASI y a su vez el Institut de la Dona de les Illes Balears remitió a mediados de diciembre de 2005 una carta a ASI, con fecha de salida del Institut de la Dona el día 19 de diciembre de 2005, en la que instaba la retirada de la animación, le indicaba el ataque a la dignidad de las mujeres que suponía y la pestaña de la web de ASI en la que la animación estaba ubicada. Esa misiva fue recibida en el mes de diciembre de 2005 por ASI, y estando dirigida a su presidente -J [REDACTED] R [REDACTED] F [REDACTED]-, este la leyó, la entendió, comprobó la veracidad de la existencia de la animación en la web pues vio la animación en la web del partido político que dirigía y decidió no ordenar su retirada sino mantenerla. Además, remitió en el mes de enero de 2006 una carta de contestación al Institut de la Dona de les Illes Balears –con fecha de entrada en este organismo el día 13 de enero de 2006- en la que manifestaba no haber entendido la carta porque la lengua en la que estaba redactada no le era familiar y que por las fechas en la que la carta había sido remitida –diciembre- debían estar felicitándole las fiestas navideñas y que en tal caso deseaba lo mismo a la Directora del Institut de la Dona de les Illes Balears, agradeciendo tan amable gesto.

El malestar ciudadano a lo largo de la época navideña continuó creciendo hasta el extremo de convocarse manifestaciones contra la persona de J ■■■■■ R ■■■■■ y ASI, hasta que el día 14 de enero de 2006 se procedió a la retirada de la animación en la web de ASI, a las 16:00 horas desde la dirección IP ■■■■■ correspondiente a la mercantil “Amigoautos” en la que A ■■■■■ M ■■■■■ F ■■■■■ desempeñaba una relación laboral.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que los hechos declarados probados son resultado de la prueba practicada en el acto del juicio oral, llevada a cabo bajo los principios de inmediación, contradicción y publicidad y valorada en juicio racional y lógico y en conciencia, conforme dispone el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) ; y ello respecto de los recogidos en el único hecho de los declarados probados, encontrándose vinculado el Juzgador por el principio acusatorio y la valoración no de todos los hechos que pudieran deducirse de las actuaciones sino únicamente de aquellos que hayan sido objeto de debate y de contradicción entre las partes, y limitado asimismo a pronunciarse en referencia a los ilícitos que son objeto formal de imputación y en relación con las tesis que mantengan las partes acusadoras en sus conclusiones definitivas, en el, sentido reflejado en los artículos 435.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) , y 733, 742, 794 y 851.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre otros preceptos, no pudiendo entrar a debatir o apreciar la posible existencia de otro u otros ilícitos distintos o más graves de los que han sido objeto de acusación, puesto que los hechos o circunstancias que no son objeto de acusación no pueden ser, en principio, materia de pronunciamiento judicial, ya que lo contrario equivaldría a convertir al juzgador en acusador, y en tales términos, los hechos declarados probados y que han sido determinados teniendo en cuenta la prueba practicada y valorada por el Juzgador conforme a lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se reitera, apreciándola en conciencia y conforme a las reglas del criterio racional, y la sana crítica fundamentadas en el principio de inmediación que rige el proceso penal, son legalmente constitutivos de un delito de provocación a la discriminación, violencia y odio del artículo 510.1º del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) con respecto al acusado J ■■■■■ M ■■■■■ y ello porque concurren todos y cada uno de los elementos requeridos por el citado precepto para poder apreciar tal figura delictiva con respecto del mismo, a tenor de la prueba practicada en el acto del juicio oral, llevada a cabo bajo los principios de inmediación, contradicción y publicidad, y valorada en juicio racional, crítico, lógico y en conciencia tal y como seguidamente se expondrá.

Castiga el artículo 510.1º del Código Penal a los que provocaren al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, situándose dicho precepto por el legislador en el Título XXI del Código Penal relativo a los Delitos contra la Constitución y, dentro del mismo, en el Capítulo IV, De los Delitos Relativos al Ejercicio de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas, sección primera "De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución" debiendo ser interpretado dicho precepto, según dispone el artículo 10.2º de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) , de conformidad con la Declaración universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

SEGUNDO.- En primer lugar se procederá a resolver todos y cada uno de los artículos de previo pronunciamiento planteados, comenzando por el orden en que los mismos fueron esbozados si bien antes se citará la sentencia 222/2002 de 15 de mayo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para definir la naturaleza y efectos de los artículos de previo pronunciamiento:

“Como punto inicial de nuestra reflexión debemos partir de la naturaleza que tienen en nuestro sistema procesal penal los artículos de previo pronunciamiento regulados en el art. 666 de la LECrim. Recordemos al respecto, que el auto impugnado, resolvió el tema de la prescripción alegada como de previo pronunciamiento en la fase de la Audiencia Preliminar prevista para el Procedimiento Abreviado en el art. 793.2º de la LECrim.

Con el nombre de artículos de previo pronunciamiento se engloban una serie de instituciones heterogéneas entre sí, una de naturaleza procesal –la primera y quinta del art. 666–, el resto de naturaleza material o sustantiva, que tienen como nexo común su naturaleza de presupuestos procesales que pueden impedir el normal avance de la causa , pudiendo tener, en consonancia con su diversa naturaleza, unos efectos de muy distinto alcance que van desde la absolución en la instancia y remisión al Tribunal competente –declinatoria de jurisdicción–, al dictado de una decisión sobre el fondo equivalente a una sentencia absolutoria –supuestos de cosa juzgada, prescripción, amnistía o indulto–, o bien la suspensión temporal del procedimiento –supuesto de falta de previa autorización– . En todo caso, constituyen formas excepcionales de finalizar el proceso , en contraposición con el dictado de la sentencia subsiguiente al Plenario que sería su finalización normal.2

Del primer artículo de previo pronunciamiento: nulidad de actuaciones

desde el dictado de Auto de Apertura de Juicio Oral por cuanto se ha solicitado la disolución del partido político Agrupación Social Independiente (ASI).

Esta petición de nulidad **se verá rechazada** por cuanto se desarrolla a continuación.

Los letrados de la defensa, el solicitante de la misma –del acusado J [REDACTED] R [REDACTED]- y el letrado adhiriente a ella –de la acusada C [REDACTED] F [REDACTED]-, manifestaron que esta disolución vulneraría el artículo 6 de la Constitución Española ya que no se ha comunicado a la Agrupación Social Independiente la petición de disolución, a la par que se ha vulnerado el artículo 783.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los artículos 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial así como el artículo 24 de la Constitución Española por esta misma razón; en apoyo de sus manifestaciones el letrado de J [REDACTED] R [REDACTED] invocó diversa jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

El letrado de la acusación particular y el Ministerio Fiscal se opusieron a esta petición alegando que era extemporánea, que se pretendía dilatar aún más el procedimiento y en concreto la acusación particular sostuvo que en el año 2008 en su escrito de calificación provisional de los hechos ya solicitaba la responsabilidad penal de ASI, que en fase de instrucción ya se efectuaron preguntas sobre la responsabilidad penal de ASI, que el artículo 129 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos preveía la posibilidad de imponer diversas medidas a una asociación - fórmula legal de constitución de ASI como persona jurídica- con audiencia previa del Ministerio Fiscal, partes personadas y representante legal de la asociación, siendo que todo esto concurre en el caso de Autos y que hasta el acto del Juicio Oral, no se había manifestado esta cuestión –falta de notificación a ASI- en ninguno de los diversos y numerosos recursos interpuestos y que obran en Autos, junto a que el coacusado J [REDACTED] R [REDACTED] F. es el presidente de ASI.

Pues bien, examinado el artículo de previo pronunciamiento instado, el mismo debe ser rechazado de plano, como se ha anunciado, y por diversas razones, siendo la primera que no se ha producido ninguna vulneración a ley ritual alguna ni mucho menos a la Ley Orgánica del Poder Judicial ni a la Carta Magna.

Así, debe tenerse en cuenta que el Folio 178 del Folio I es la personación de Montserrat Montané Ponce en nombre de J [REDACTED] R [REDACTED] F [REDACTED] y de Agrupación Social Independiente (ASI), que ese escrito viene además firmado por el letrado José

Ramón Flores Martínez, que a ese escrito se acompaña –Folio 180 y siguientes- Poder para Pleitos otorgado el día 5 de diciembre de 2003 en el que consta J [REDACTED] R [REDACTED] F. como representante de ASI y en dicho Poder se otorgan poder a favor de la antedicha Procuradora de los Tribunales y del precitado letrado. Y además, obra la comunicación de intervención profesional del letrado J [REDACTED] R [REDACTED] F [REDACTED] M [REDACTED] al Colegio de Abogados de Illes Balears en la que se indica expresamente que sus clientes son J [REDACTED] R [REDACTED] F [REDACTED] y ASI y que ASI es parte del procedimiento reverso del Folio 184 y Folio 179-.

Además, el folio 281 –Tomo II- contiene las facultades del presidente de ASI según sus estatutos y entre estas se halla ser el representante legal y político a todos los efectos de la legislación vigente, supervisa la acción de las distintas Secretaría y Tesorería de la Agrupación, promueve y coordina con carácter general las actividades socio-políticas y organizativas de la Agrupación con plenas facultades ejecutivas tras previa deliberación con el Comité de la ASI; y si se relaciona el contenido de ese Folio, con el Folio 528 –declaración de J [REDACTED] R [REDACTED] como imputado el día 10 de mayo de 2006- se observa claramente como ASI ha estado personada en el procedimiento a través de sí misma como persona jurídica, representada por su Presidente, asistida de letrado –vid lo expuesto en párrafo anterior- y representada a su vez de Procuradora de los Tribunales.

Ninguna indefensión se le ha causado pues, ya que ha tenido conocimiento ASI de aquello qué sucedía en todo momento en el procedimiento de los Juzgados de Instrucción nº 12 y nº 8 de Palma de Mallorca, si bien el del nº 12 fue acumulado al del nº 8 de la misma ciudad.

Junto a lo anterior, debe tenerse en cuenta el escrito de calificación de los hechos de la acusación particular que ya estima la responsabilidad penal de ASI sin que el Ministerio Fiscal en ningún momento haya impugnado ni apoyado las peticiones de la defensa; siendo reseñable que la obligación del Ministerio Público es la defensa de la legalidad vigente por lo que de estimar que la misma se ha incumplido sin duda lo hubiera puesto de relieve.

Y debe añadirse lo manifestado por la sentencia del Tribunal Constitucional 62/1994 de 28 de febrero de 1994 cuando indica:

“En relación con el primer motivo de amparo invocado, el derecho a ser informado de la acusación en el proceso penal (en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías y el de igualdad de armas del art. 24.2 CE), la doctrina de este Tribunal ha fijado una triple exigencia

[así, SSTC 128/1993 (RTC 1993\128), 129/1993 (RTC 1993\129), v. gr.]; nadie puede ser acusado sin haber sido oído con anterioridad (a fin de evitar acusaciones por sorpresa en el juicio oral sin la anterior posibilidad de participar en la fase de instrucción); nadie puede tampoco ser acusado sin que antes de la conclusión de las diligencias previas le haya oído el Juez de Instrucción; por último, el imputado no puede ser sometido a declaraciones simplemente testificales si de las diligencias practicadas puede inferirse que existe sospecha contra él, ya que la imputación no ha de demorarse más de lo estrictamente necesario .

Sin embargo, en este caso, en contra de lo alegado por el recurrente, las irregularidades procesales cometidas no determinaron su indefensión. En rigor, se limitarían al hecho de que el acusado solamente prestó en las diligencias previas una declaración como testigo (30 de enero de 1989) y por tanto haberse omitido la obligada comparecencia e interrogatorio que le diese a conocer su carácter de imputado a los que se refiere el art. 789.4 y nuestra STC 186/1990 (RTC 1990\186), con el alcance que el fundamento jurídico 7 de ésta atribuye a la citación del presunto autor; es decir, para comunicarle el hecho que se le atribuye, ilustrarle de sus derechos y recibirle declaración. No obstante, la peculiaridad del caso consiste en que, tras aquella primera declaración (por cierto anulada en el juicio oral), la instrucción de las diligencias concluyó con el Auto (15 mayo 1989) declarando los hechos falta; resolución que, en cuanto eventualmente permitía formular la acusación en el acto del juicio de faltas, no exigía una previa imputación formal. Cuando este Auto fue revocado, el Juez, en lugar de proseguir la instrucción recibiendo entonces declaración con todas las consecuencias que la atribución de este carácter determina, acordó el cumplimiento de la resolución superior, que ordenaba la incoación del procedimiento abreviado y ordenó dar traslado de las diligencias al Ministerio Fiscal y al acusador, y se limitó a notificarlo al hoy recurrente, si bien dándole ya conocimiento de su carácter de imputado, haciéndolo constar expresamente en la notificación.

Pues bien, pese a ello, y a que el referido Auto daba en rigor por terminada la fase de instrucción para abrir la de «preparación del juicio oral», en la cual aquella declaración del inculpado no cabía (STC 186/1990, fundamento jurídico 8) y a las consecuencias cuya reparación solicita ahora, el recurrente no recurrió aquella resolución, ni posibilitó por tanto que la omisión pudiera subsanarse. Y muy al contrario, sí presentó recurso contra el ulterior Auto de apertura del juicio oral, y, finalmente, su escrito de conclusiones y proposición de pruebas, que fueron acordadas y practicadas.

En conclusión, respecto de aquella primera irregularidad, el recurrente no agotó la vía judicial previa . Y en cuanto al hecho de que sólo se le comunicase una de las acusaciones, no le produjo indefensión como se ha visto ni su alegación se ajusta a la realidad del procedimiento, puesto que si fue emplazado dándole sólo traslado del escrito de acusador privado es porque sólo éste había pedido entonces la apertura del juicio oral mientras que el Fiscal había solicitado el sobreesimiento,

formulando más tarde la acusación.”

Y tal y como se afirma en la precedente resolución, ASI estuvo personada con letrado y Procurador de los Tribunales en el procedimiento judicial seguido en el Juzgado de Instrucción nº 8, que es el fin y al cabo el que conoció de la causa y en el que se llevaron a cabo la mayoría de diligencias de investigación, en el que se presentaron los escritos de calificación y defensa y en el que J. [REDACTED] R. [REDACTED] –como persona física y como Presidente de ASI- se personó y prestó declaración como imputado; siendo que ASI solo podía estar personada en el procedimiento como persona jurídica a los fines que nos ocupan en la presente resolución –ya que ni podía ejercer acusación particular, acción popular, ni se le solicita responsabilidad civil alguna-.

Y lo anterior, sin perjuicio que el Folio 574 el Ministerio Fiscal ya menciona la participación en los hechos, y relación en los mismos del partido ASI.

Además la, también invocada por la defensa, sentencia del Tribunal Constitucional 134/1998 de 29 de junio prescribe lo siguiente:

“En efecto, y aunque pueda parecer una digresión, que no lo es, el derecho a la defensa en juicio dentro del ámbito del proceso penal abreviado conlleva una triple exigencia. En primer lugar, que nadie pueda ser acusado sin haberlo sido formalmente con anterioridad por el Juez, adquiriendo así la condición de imputado para evitar acusaciones por sorpresa e inesperadas en el juicio oral, sin haberle dado ocasión de exculparse en esa fase preparatoria. En tal aspecto, la instrucción judicial sigue asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (art. 249 LECrim) para lo cual ha de darse también en este procedimiento una correlación subjetiva entre la imputación y la acusación. Por otra parte, nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez antes de concluir las diligencias previas y, en consecuencia, sin que el imputado conozca cuál sea el hecho punible objeto del proceso y cuales sus derechos, en especial, el que tiene a nombrar Abogado, garantía que sirve de contrapeso a la inexistencia del auto de procesamiento. En tercero y último lugar, no se debe dar a nadie el tratamiento de testigo cuando ya en la iniciación del procedimiento figure como presunto responsable o lo averiguado después haya levantado la sospecha de su participación y, por supuesto, cuando haya de ser sometido a cualquier tipo de medida cautelar que signifique una imputación implícita o tácita. La imputación formal no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, por estar ligado a ella el nacimiento del derecho de defensa, que se menoscabaría tanto cuanto tarde el Juez de Instrucción en comunicar la acusación (STC 186/1990).

En la ocasión presente, quien nos pide amparo declaró en las diligencias previas solamente

como testigo -y una sola vez-, omitiéndose su obligada comparecencia e interrogatorio como imputado, no obstante lo cual, el Juez de Instrucción abrió en su contra el juicio oral como posible autor del ya mencionado delito (art. 302 del entonces vigente Código Penal). Tal irregularidad formal que es, en principio, contraria al art. 24 CE, podría habernos llevado al otorgamiento del amparo si no fuera por la circunstancia de que el demandante no padeció indefensión alguna desde una perspectiva «material», como también ocurrió en otro caso semejante contemplado en la STC 62/1994 (RTC 1994\62). Así lo pone de manifiesto la misma conducta de quien se dice agraviado que, cuando la acusación se amplió a él, no vio necesidad de denunciar tal anomalía en las distintas ocasiones que tuvo para ello, lo que diferencia este caso del contemplado en la STC 149/1997 (RTC 1997\149) donde, una vez conocido el Auto de apertura del juicio oral, el allí imputado invocó inmediatamente el amparo del art. 24 CE. El nuestro ni siquiera lo hizo en el acto de la audiencia preliminar del juicio oral (art. 793.2 LECrim), configurado precisamente para la depuración anticipada de eventuales vulneraciones de derechos fundamentales. Tal pasividad refleja, a su vez, que en ningún momento se sintió indefenso por la razón de que no lo estuvo y pudo actuar en su propia defensa, como así lo hizo, utilizando las armas que consideró adecuadas dentro de la panoplia que las Leyes procesales le suministraban.

Una vez dicho esto, sus consecuencias procesales son fáciles de colegir. La Ley Orgánica de este Tribunal Constitucional (RCL 1979\2383 y ApNDL 13575) contiene un elenco de obstáculos de la procedibilidad que califica como causas de inadmisibilidad, cuya naturaleza no se altera por la circunstancia extrínseca de que se detecten al principio o al final del proceso y se refleja en providencia, en auto o en sentencia. Las categorías jurídicas son lo que son y tienen la virtud de hacer más exacto y afinado el análisis de las cuestiones y su solución, produciendo, además, cada una sus propios efectos, distintos por definición. El mero hecho de que un impedimento tal pasara desapercibido en la fase inicial del procedimiento no justifica que, en la terminal, lo que es inadmisibilidad de la pretensión se convirtiera en su desestimación, aun cuando el resultado práctico pueda parecer superficialmente el mismo. Este es el caso ahora, donde hace inexcusable rechazar la pretensión por razones ajenas a su propio contenido sustantivo, dejándolo sin enjuiciar para una futura y eventual ocasión en otra vía jurisdiccional diferente.”

Con ello, no se hace más que reafirmar la postura de este Juzgador ya expuesta antes y es que ASI no ha sufrido ninguna indefensión puesto que su Presidente, y a la vez representante legal a todos los efectos, estuvo personado en el procedimiento desde sus momentos más incipientes, ha declarado como tal, véase su declaración en sede de instrucción a los Folios 528 y ss así como la del Plenario-, vease la personación de la Procuradora Montserrat Montané y del letrado ya mentados a los Folios 178 y concordantes, nótese además que J [REDACTED] R [REDACTED] como Presidente de ASI nunca ha manifestado que designase, o prefiriera, un letrado distinto para defender los intereses de ASI que los suyos como persona física para intentar evitar

así una hipotética y eventual colisión de intereses, sea de significación que no se ha dicho que J [REDACTED] R [REDACTED] haya dejado de ser presidente de ASI sino todo lo contrario: a la postre, ASI ha estado representada en todo momento y nula indefensión se le puede haber causado ya que a mayor abundamiento debe recordarse que ASI se personó con letrado y Procuradora como se ha dicho anteriormente y obra en Autos.

Este artículo de previo pronunciamiento, también debe resolverse manifestando que los letrados de la defensa carecen de legitimidad para plantear el mismo pues supongamos, que no es el caso por lo manifestado supra, que fuera cierto que ASI no fuera parte; pues bien, si ASI no fuese parte del procedimiento, y no tuviera asistencia letrada, correspondería al Ministerio Fiscal invocar la eventual nulidad de la petición no a los letrados que carecen de legitimación para defender unos intereses que les son completamente ajenos. En tal supuesto, sólo a ASI le correspondería velar por sus intereses, matiz aparte de al Ministerio Fiscal.

Se intenta jugar con los intereses de ASI, afirmando que no está representada –cuando si lo está- pero sino lo estuviera quienes son los letrados de la defensa para defender sus intereses de forma tan altruista; la conclusión es obvia: pretenden, más en vano, confundir sobre la personación de ASI cuando muchas son las razones para tenerla por personada para rechazar la inconsistencia de este artículo de previo pronunciamiento.

Por cuanto antecede supra, el artículo de previo pronunciamiento se desestima de plano.

Del segundo artículo de previo pronunciamiento: nulidad por la personación de las denunciantes como acusación particular/acción popular.

Este artículo también se verá desestimado por las siguientes razones.

Las defensas alegaron que las denunciantes no ostentaban la condición de perjudicadas y por ende no podían personarse ni ejercitar acusación por el delito que nos ocupa, además el artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal preceptúa que la acusación popular precisa de querrela para personarse en unas actuaciones y que esta acusación particular no representa ningún interés colectivo y no son afectadas directas por lo que debía acordarse la exclusión directa.

El Ministerio Fiscal se opuso por considerar extemporánea la petición y la

Acusación Particular manifestó que nos hallamos ante un delito muy peculiar que se comete en el ejercicio de la libertad de expresión por un exceso de esta y que supone la vulneración de la dignidad de las mujeres en el supuesto enjuiciado, que las denunciadas se sintieron ofendidas e interpusieron denuncia; continuó el letrado de la acusación manifestando que desde el mes de marzo del año 2006 que se encuentran personadas sin que nadie impugnase su personación, esto es, la resolución en la que se las tenía por personadas siendo que los imputados ya estaban personados.

Pues bien, para resolver este artículo se debe acudir a cuatro aspectos: requisitos de la acusación particular, requisitos de la acción popular, bien jurídico protegido del delito común por el que se formula acusación tanto por el Ministerio Fiscal como por las personas denunciadas y momento de personación de las denunciadas y de los acusados.

Y si se comienza por los requisitos de la acusación particular se tiene según el Auto número 521/2011 de 15 de julio de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid lo siguiente:

“Centrado el debate en los anteriores términos , debe recordarse que la acción penal pública puede ser ejercitada de dos maneras, hablándose normalmente de acusador particular para referirse al ciudadano que asume la condición de parte en el proceso penal, si bien existen dos clases de acusación: la que proviene del ejercicio de la acción popular, reconocida en el artículo 125 CE (RCL 1978, 2836) , y la acusación particular propiamente dicha que es la que ejercita , en su caso, el ofendido o perjudicado por el delito, que asume legitimación ordinaria con base en el artículo 24.1 CE , debiendo también tenerse en cuenta, dado que el Consejo Superior de Deportes es un ente público, las limitaciones que para el ejercicio de la acción popular tienen las personas jurídico-públicas.

La Constitución Española y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) , con excepciones y requisitos distintos, atribuyen a los ciudadanos españoles legitimación procesal para el ejercicio de la acción penal hayan sido o no perjudicados por el delito, regulándose la acusación popular, que puede ejercitar cualquier "ciudadano" no perjudicado por el delito, en los arts. 101 y 270, 125 CE y 19.1 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) ; y la acusación particular, que solo pueden ejercer los perjudicados u ofendidos por el delito , en los artículos 110 LECRM y correlativos.

El art. 110, párrafo 1º, LECRM dispone textualmente que "los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran

antes del trámite de calificación del delito, y ejercitar las acciones civiles y penales que procedan o solamente unas u otras, según les conviniere, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones".

No discutiéndose la legitimación de las personas jurídicas para ejercer la acusación particular, en el caso de que hayan sido ofendidos o perjudicados por el delito en tanto que sujetos pasivos del mismo.

Tampoco se cuestiona que el Estado y los demás entes públicos intervengan en un proceso penal como acusadores particulares a través de sus letrados (art. 447 LOPJ) en el supuesto que sean sujetos pasivos del delito (artículos 472 y ss. CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)) ni que ejerzan la acción popular cuando exista una norma del legislador ordinario que le habilite para ello, como en los delitos de violencia contra la mujer (STC n° 67/2011, de 16 de mayo (RTC 2011, 67)).

Pero centrando la cuestión en la personación en calidad de acusación particular, la doctrina jurisprudencial señala que "la legitimación procesal que...habilita a la acusación particular para personarse y a intervenir plenamente en el proceso penal y en calidad de parte, requiere una justificación suficiente y debida de su condición de perjudicado, agraviado u ofendido por los delitos imputados ...", sin que el derecho a la tutela judicial efectiva suponga "que cualquier víctima o perjudicado tenga derecho a personarse en un proceso judicial ni mucho menos a obtener una resolución de fondo acorde con sus pretensiones, sino que tal derecho se satisface cuando las razones por las que se aparta y se impide tal ejercicio de la acción particular, se justifican, como es el caso, en una acreditada falta de legitimación del querellante" (STS n° 395/2011, de 12 de mayo (RJ 2011, 3862)).

En la misma línea, la STS 476/2007, de 3 de mayo (RJ 2007, 4728), fundamento de derecho primero, con cita de la STS 851/06 (RJ 2006, 6339), expresa "que mediante el ejercicio de la acción penal no se hace valer una exigencia punitiva sino se crea el presupuesto para que el órgano jurisdiccional ejerza las funciones que le son propias en orden a la averiguación del delito y de su autor, e imponga al culpable la pena que le corresponda y no propiamente la solicitada por la acusación. Cuestión distinta de la anterior, es la relativa a la personalidad procesal o capacidad para ser parte, la capacidad de obrar o de comparecer en juicio y la legitimación. Las dos primeras son constatadas en abstracto, es decir, prescindiendo de su contenido objetivo, mientras que la legitimación implica un nexo del sujeto con el objeto o con el imputado o acusado, que es precisamente lo que le confiere el derecho a ejercitar la acción en el proceso de que se trate. Concurriendo esta relación el sujeto se incorpora al proceso como acusador particular (o popular o privado) en las mismas condiciones que el Ministerio Fiscal, es decir, la legitimación no delimita por sí misma el alcance del ejercicio de la acción penal sino que justifica la posición de litisconsorte del

acusador...".

Así también la STS 218/2003, de 18 de febrero (RJ 2003, 2388) , fundamento de derecho decimo, negando la admisión como acusador particular a una entidad Aseguradora porque "en rigor no es directamente perjudicada por el delito, según el artículo 110 LECrim . La fuente de su obligación es independiente y deriva del contrato de seguro suscrito con el asegurado que en este caso sí es directamente perjudicado por el delito, pero no ha ejercitado las acciones derivadas del precepto mencionado. A la Cía. le asiste, en su caso, el derecho de repetición frente al responsable de los daños en los términos definidos en la Ley del Contrato de Seguro (RCL 1980, 2295) (artículo 43)".

[...]

Finalmente, la STC 129/2001, de 4 de junio de 2001 (RTC 2001, 129) , rechazó la pretensión del Gobierno Vasco, demandante de amparo, de ser parte como acusador particular en un proceso incoado por imputaciones presuntamente calumniosas vertidas contra la policía autonómica vasca, por considerar que no podía ser considerado directamente perjudicado por tales imputaciones, puntualizando , con respecto de los entes de Derecho público con personalidad jurídica, que "no pueden desconocerse las importantes dificultades que existen para reconocer la titularidad de derechos fundamentales a tales entidades, pues la noción misma de derecho fundamental que está en la base del art. 10 CE (RCL 1978, 2836) resulta poco compatible con entes de naturaleza pública" (SSTC 91/1995, de 19 de junio (RTC 1995, 91) , FJ 2). En consecuencia, "lo que con carácter general es predicable de las posiciones subjetivas de los particulares, no puede serlo, con igual alcance y sin más matización, de las que tengan los poderes públicos, frente a los que, principalmente, se alza la garantía constitucional " (SSTC 197/1988, de 24 de octubre (RTC 1988, 197) , FJ 4 ; 129/1995, de 11 de septiembre (RTC 1995, 129) , FJ 7) (...) En el FJ 6 afirma el TC , que teniendo "en cuenta -conforme a lo anteriormente expuesto- la proyección limitada del derecho a la tutela judicial efectiva cuando quien invoca la condición de ofendido por el delito es una persona jurídico-pública, ninguna vulneración del mencionado derecho puede imputarse al Auto de la Audiencia Provincial de San Sebastián que se recurre en amparo. En efecto, con independencia de un cierto laconismo que puede apreciarse en dicha resolución judicial, ha de constatarse, desde el estricto ámbito de enjuiciamiento que cabe hacer en esta jurisdicción de amparo, que la Audiencia fundamenta la ausencia de legitimación del Gobierno Vasco para interponer la mencionada querrela en la imposibilidad de que delitos como los que han dado origen a ésta puedan causar perjuicio directo alguno a la Administración, debido al bien jurídico protegido por los mismos : bien jurídico que no sería el honor -en este caso de la Administración- sino el interés público representado por el principio de autoridad y que, en cuanto tal, no puede servir de fundamento para el ejercicio de la acción particular"."

Y respecto de la acusación o acción popular y su naturaleza pueden traerse a colación las siguientes sentencias, como por ejemplo la número 8/2010 de 20 de enero de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo cuando establece:

“En efecto, en la STS 54/2008, de 8 de abril, se decidió el recurso de casación interpuesto por el sindicato de funcionarios "Manos Limpias" contra la sentencia dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la que absolvió a Alfonso, a Casiano y a María del delito de desobediencia previsto en el art. 410 del C. Penal, imputación delictiva que se basaba en el incumplimiento de los requerimientos que le dirigió la Sala Especial del Tribunal Supremo al Presidente del Parlamento Vasco, miembros de la Mesa y Presidentes de las Comisiones Permanentes con el fin de que se adoptaran las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia dictada el 23 de marzo de 2003, en la que el Tribunal declaró ilegales y acordó la disolución de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna.

En este caso el Tribunal Supremo consideró, a diferencia del supuesto contemplado en la STS 1045/2007, que la acusación popular se hallaba legitimada para instar la apertura del juicio oral contra los acusados, a pesar haber solicitado el sobreseimiento el Ministerio Fiscal y no concurrir perjudicados directos ni ofendidos por el delito.

En los argumentos nucleares de la nueva sentencia se afirma que " la solicitud de aplicación de la doctrina fijada en nuestra anterior sentencia 1045/2007, exige tomar como punto de partida la diferencia entre el supuesto que allí fue objeto de examen y el que ahora motiva nuestro análisis. Y es que sólo la confluencia entre la ausencia de un interés social y de un interés particular en la persecución del hecho inicialmente investigado, avala el efecto excluyente de la acción popular. Pero ese efecto no se produce en aquellos casos en los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación formal de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral. En tales casos, el Ministerio Fiscal, cuando interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico. Esa conclusión se obtiene, no ya del contenido literal del art. 782.1 de la LECrim, sino del significado mismo del proceso penal. Este se aparta de los fines constitucionales que lo legitiman cuando la pretensión penal ejercida por una acusación popular se superpone a la explícita voluntad del Ministerio Fiscal y del perjudicado. Pero esa misma pretensión instada por la acción popular recupera todo su valor cuando la tesis abstencionista es asumida, sólo y de forma exclusiva, por el Ministerio Fiscal " .

Y más adelante, se argumenta en la propia sentencia que " La posición de la acción popular en el proceso, ligada al estatus de parte, no puede ser degradada hasta el punto de condicionar su legitimidad para obtener la apertura del juicio oral, al hecho de que el acusador particular acepte, a última hora, la invitación al proceso que le formula el Juez instructor. Esa limitación no se

desprende, desde luego, de la literalidad del art. 782.1 que, como venimos repitiendo, contempla una doble petición de sobreseimiento, la emanada del Ministerio Fiscal y la interesada por el perjudicado por el delito".

[...]

"...Si el Fiscal insta el sobreseimiento, condicionar la capacidad de la acción popular para obtener la apertura del juicio oral a una previa petición coincidente con la suya, emanada del perjudicado por el delito, conduce a situaciones imprevisibles. De entrada, convierte el hecho contingente de la presencia o ausencia del perjudicado en el proceso, en un presupuesto habilitante para que una de las partes pueda desplegar todas las posibilidades inherentes a su estatus. **Además, otorga la llave del proceso a una parte que, por definición, puede no estar presente en ese mismo proceso, hecho inevitable cuando se trata de la persecución de delitos que afectan de modo especial a intereses supraindividuales. Y es precisamente en este ámbito en el que se propugna el efecto excluyente, donde la acción popular puede desplegar su función más genuina . Tratándose de delitos que afectan a bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual , es entendible que el criterio del Ministerio Fiscal pueda no ser compartido por cualquier persona física o jurídica, que esté dispuesta a accionar en nombre de una visión de los intereses sociales que no tiene por qué monopolizar el Ministerio Público "**

...Por tanto, nuestro criterio de la legitimidad de la restricción fijada por el art. 782.1 de la LECrim , no puede extenderse ahora, como pretenden la defensa de los recurridos y el Ministerio Fiscal, a supuestos distintos de aquellos que explican y justifican nuestra doctrina. El delito de desobediencia por el que se formuló acusación carece, por definición, de un perjudicado concreto susceptible de ejercer la acusación particular. Traducción obligada de la naturaleza del bien jurídico tutelado por el art. 401 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) es que el Fiscal no puede monopolizar el ejercicio de la acción pública que nace de la comisión de aquel delito . De ahí la importancia de que, en relación con esa clase de delitos, la acción popular no conozca, en el juicio de acusación, restricciones que no encuentran respaldo en ningún precepto legal. Como ya expresábamos en nuestra STS 1045/2007, 17 de diciembre, esta Sala no se identifica con una visión de la acción popular como expresión de una singular forma de control democrático en el proceso. La acción popular no debe ser entendida como un exclusivo mecanismo jurídico de fiscalización de la acusación pública. Más allá de sus orígenes históricos, su presencia puede explicarse por la necesidad de abrir el proceso penal a una

percepción de la defensa de los intereses sociales emanada, no de un poder público, sino de cualquier ciudadano que propugne una visión alternativa a la que, con toda legitimidad, suscribe el Ministerio Fiscal "

La tesis por tanto que se sostiene en esta sentencia se sintetiza en que sólo quedará excluida la acusación popular del proceso en los casos en que hayan comparecido como partes acusadoras el Ministerio Fiscal y un perjudicado directo por el delito. De no ser así, y ya se deba ello a que la naturaleza del delito impida la existencia de perjudicados o a que éstos no se han personado en el procedimiento, la acusación popular sí estará legitimada para actuar autónomamente como única parte acusadora.

También debe subrayarse que en esta segunda sentencia la mayoría enfatiza el hecho de que los acusadores populares defienden a través del ejercicio de la acción popular el interés social o interés público, defensa que adquiere especial relevancia en los supuestos relativos a delitos que tutelan bienes jurídicos supraindividuales o de titularidad colectiva.

1. La Sala considera que el auto recurrido no concede un privilegio personal a los acusados y, por ello, tampoco infringe el derecho a la tutela judicial efectiva por la acción popular. El derecho de acceso a la jurisdicción, reconocido en el art. 24.1. CE (RCL 1978, 2836) , es un derecho fundamental que presupone la titularidad de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico. **El art. 24.1 CE, sin embargo, no impone que los derechos reconocidos por las leyes carezcan de límites.**

En el supuesto de la acción para solicitar la punibilidad de un hecho definido en la Ley como delito, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) ha establecido como principio básico que "todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley" (art. 101 LECr). Esta disposición reitera lo previsto en el art. 125 CE y en el art. 19 LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635) , que también establecen que el derecho de la acción popular se ejercerá según sea establecido en la Ley o en las disposiciones legales en las que se lo configure.

No obstante la generalidad de la redacción del art. 101, la LECrim (LEG 1882, 16) ha impuesto mediante otros preceptos limitaciones al ejercicio de la acción penal que se recogen en los arts. 102 y 103 de la misma, en los que han sido incluidas restricciones que afectan a determinadas personas, previendo en el segundo párrafo del art. 102 y en el art. 103. 2º las bases para distinguir el caso de los que ejerciten la acción "por delito o falta cometido

contra sus personas o bienes o contra las personas de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos o uterinos o afines" y el supuesto de los que no hayan sido sujetos pasivos del delito o falta.

Otras limitaciones surgen del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) y excluyen la acción popular: arts. 191 y 296 CP. En todos los casos se trata de limitaciones consideradas por el Legislador adecuadas a las exigencias, a los fines y a los límites del derecho penal. La consecuencia lógica de las limitaciones previstas en la Ley es que las personas que carecen del derecho de ejercer la acción penal no pueden invocar el derecho a la tutela judicial efectiva de un derecho del que carecen y que su derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con la obtención de una decisión judicial motivada, que no necesita ser favorable al derecho invocado, lo que el auto recurrido cumple.

Las limitaciones del derecho de acusación popular, por otra parte, nunca han sido consideradas contrarias al derecho a la igualdad ni entendidas como el fundamento de un privilegio para los supuestos autores de un delito respecto del que la Ley excluya a ciertas personas del ejercicio de la acción (RCL 1978, 2836)

[...]

El fundamento de la acción popular en nuestro ordenamiento jurídico es otro. Aunque la acción popular no sea un elemento esencial de la noción de Estado Democrático de Derecho, lo cierto es que la participación ciudadana en la administración de justicia mediante la acción popular es una manifestación del principio democrático y debe ser entendida como un medio funcional para garantizar esa participación de los ciudadanos en el proceso penal.

[...]

Si el problema lo es de legitimación procesal, como parece entenderlo así la Audiencia, no hay razón alguna para mantener esa interpretación, que está en contra, no solamente de toda nuestra tradición procesal, sino de la existencia misma de la institución que conforma la acusación popular, constitucionalizada hoy en el art. 125 de nuestra Carta Magna (RCL 1978, 2836) , lo que repite el art. 19 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578 y 2635) , pero evidentemente ya instaurada lejanamente, al menos

desde la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882 (LEG 1882, 16) . En efecto, ya en ésta, y desde hace mucho más de un siglo, el art. 101, disponía y dispone que "la acción penal es pública", y que "todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley", e incluso por los extranjeros en los casos citados. Correlativamente, el art. 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos dice: "todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el art. 101 de esta Ley". Para ello, la Ley fija dos requisitos, estrictamente de forma: querella y fianza. En efecto, el art. 280 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece que "el particular querellante prestará fianza de la clase y en la cuantía que fijare el Juez o Tribunal para responder de las resultas del juicio", estando exceptuados, entre otros, conforme al 281, el ofendido y sus herederos o representantes legales. Esa fórmula en que se concreta la mención del "particular querellante", referida sin duda a la acusación popular, que no particular estrictamente, es la que ha originado que la Ley procesal adjetiva no se exprese con todo el rigor debido a lo largo de su articulado, cuando lo que quería decir era acusador popular, llamándole en cambio "particular querellante". De este modo, basta con analizar el art. 642 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro del sumario ordinario, y en fase intermedia, ante la Audiencia Provincial, en donde se repite la expresión: querellante particular. No siempre la Ley procesal expresa las palabras con total propiedad: por ejemplo, en el art. 784, abierto ya el juicio oral, al sujeto pasivo de la acusación le llama todavía imputado, cuando verdaderamente es ya un acusado. No se trata, pues, de las palabras que emplee la ley, sino de investigar su espíritu. Es más, la Ley de Enjuiciamiento Criminal únicamente emplea el término acción "popular" en el art. 101 de la misma, ni en un precepto más."

Y a esta esclarecedora sentencia, debe añadirse también la sentencia número 702/2003 de 30 de mayo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo cuando explícita que:

"En relación a la segunda cuestión, reviste mucha menos importancia a los efectos del presente recurso. Se centra en la condición que se les otorgó a los recurrentes de personados adhesivos –auto de 7 de agosto de 2000, punto 13 de la relación–.

Sabido es que una de las características más acusadas de nuestro sistema procesal penal en relación con los otros sistemas de nuestro entorno cultural y jurídico es que el Ministerio Fiscal no

tiene el monopolio de la acción penal, sino que su ejercicio lo tiene compartido tanto con los perjudicados por el delito que pueden personarse como acusación particular, así como con cualquier ciudadano aunque no sea perjudicado a través de la acción popular, reconocido en el art. 101 LECrim «...todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones legales...» y cuya existencia ha sido constitucionalizada en el art. 125 CE (RCL 1978, 2836) como uno de los medios de participación de la ciudadanía en el sistema judicial. En cualquier caso, queda fuera de toda duda que dicho ejercicio tanto para los perjudicados como para los que no lo son es autónomo y con plenitud de facultades, por tanto independiente del ejercicio de esa acción por parte del Ministerio Fiscal, si bien por lo que se refiere a la acción popular su condición en parte procesal queda supeditada al cumplimiento de los requisitos previstos en los arts. 274 y 280 de la LECrim –presentación de querrela y prestación de fianza– exigencia esta última que fue oportunamente moderada en el art. 20-3º LOPJ para evitar que por la vía de solicitar fianzas muy elevadas, se impidiese el ejercicio de la acción popular.

En definitiva la acción popular tiene los siguientes caracteres de nuestro derecho:

a) Es un derecho fundamental, derivado de su reconocimiento constitucional.

b) Es un derecho cívico porque pertenece a los españoles como personas físicas, así como a las personas jurídicas, extremo o ampliación que si en tiempos pretéritos fue cuestionado, hoy es admitido sin reservas – SSTC 241/92 (RTC 1992, 241) y de esta Sala sentencia de 4 de marzo de 1995 (RJ 1995, 1802) entre otras–.

c) Es un derecho activo porque mediante ella, los ciudadanos pasan a ejercitar en paridad de armas con el Ministerio Fiscal, una función pública cual es la de la acusación.

d) Tal ejercicio lo es en forma de querrela y con prestación de fianza, extremos a los que ya nos hemos referido.

En todo caso, y esto es lo relevante debemos insistir en que su ejercicio lo es en igualdad de plenitud y facultades que el Ministerio Fiscal, por lo que no es ni adhesiva ni vicarial de aquél, antes bien es totalmente autónoma, tanto que no es insólito que la acción penal se ejerza exclusivamente por el acusador particular y no por el Ministerio Fiscal si éste estima que no procede su ejercicio.

Desde esta consolidada doctrina y en una primera y superficial aproximación pudiera pensarse que no fue ajustada a derecho la personación en concepto de acusación adhesiva del Ministerio Fiscal que se fijó en el auto de 7 de agosto de 2000 –punto 13 de la relación– que le permitió sólo la personación como parte adherida al Ministerio Fiscal con la argumentación

de que no presentaron querrela ni prestaron fianza. Es lo cierto que del estudio de las actuaciones se comprueba que en la fase procesal correspondiente al dictado del auto de Transformación de 4 de mayo de 2000, los ahora recurrentes actuaron de facto en el proceso como personados a todos los efectos, reconociéndoseles tal condición y como tales recurrieron dicho auto en reforma –punto 7–, que fue confirmado por otro del 22 de mayo. Fue posteriormente cuando en escritos del Sr. J. F. y del PSOE –puntos nº 9 y 10– ambos formalizan escrito de querrela ofreciendo fianza sin que exista decisión judicial al respecto, habiendo sido la propia Sala de la Audiencia la que en sus autos de 19 de julio de 2001 –punto 12– reparó en la ausencia de querrela y de la prestación de fianza, y en consonancia con ello, el Sr. Juez Instructor sólo les concedió la personación adhesiva.

Al respecto debemos recordar, que el requisito de la personación con querrela sólo se ha entendido exigible por la Jurisprudencia de esta Sala cuando mediante tal acto, se iniciaba la encuesta judicial. En el caso de que tal personación fuese en una causa ya iniciada –como es el caso presente, porque se inició por denuncia– se ha estimado que el requisito de la querrela no era exigible – STS 12 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2084) –, bastando en tal caso el cumplimiento de lo prevenido en el art. 110 LECrim (LEG 1882, 16) que limita temporalmente tal personación a su efectividad antes del trámite de calificación –en tal sentido STS 12-3-92–. En tal sentido son claros los términos de la indicada sentencia: «...el legislador, tratándose de delito público, no ha limitado la acción popular al derecho de pedir la incoación del proceso penal mediante querrela, sino que ha permitido ejercitarla en las causas ya iniciadas personándose en los términos prevenidos en el art. 110 LECrim, es decir, mostrándose parte como adhesión en nombre de la ciudadanía a un proceso pendiente, sin dejar condicionada la eficacia de la acción penal a la formulación de querrela....».

«....La exigencia de fianza, impuesta por el art. 290 de la Ley procesal citada, constituye requisito de admisibilidad de la querrela cuando esta es medio de iniciación del procedimiento penal, pero no cuando el ejercicio de la acción popular se realiza en un proceso en curso y dictado el auto de procesamiento....». En igual sentido podemos citar las sentencias de esta Sala de 722/95 de 3 de junio de 1995 (RJ 1995, 4535) y de 4 de junio de 1997 (RJ 1997, 4563) si bien declara esta última no aplicable tal doctrina al caso enjuiciado.”

Y el Auto número 33/2005 de 7 de febrero de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Castellón –Caso C. F., ex presidente de la Diputación de

Castellón y en el que también se combatía la personación de la Unión de Consumidores- dispone que:

“A tales efectos se debe partir del ya consolidado cuerpo de doctrina elaborado tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como por la del Tribunal Constitucional en torno a la interpretación de los artículos 125 CE (RCL 1978, 2836) y 101 LECrim (LEG 1882, 16) que en definitiva constituyen fundamento de la resolución recurrida para atribuir la legitimación combatida.

En este sentido, en torno a las cuestiones que pueden suscitarse en la interpretación de los citados preceptos las STC 50/1998, de 2 marzo (RTC 1998, 50) con cita de las SSTC 62/1983 (RTC 1983, 62) , 113/1984 (RTC 1984, 113) , 147/1985 (RTC 1985, 147) , 202/1987, 34/1994 (RTC 1994, 34) , 326/1994 (RTC 1994, 326) y 154/1997 (RTC 1997, 154) declaran que «no hay razón que justifique una interpretación restrictiva del término ciudadano previsto en el art. 125 CE y en las normas reguladoras de la acción popular (STC 241/1992 [RTC 1992, 241]). Por tanto, no sólo las personas físicas, sino también las personas jurídicas, se encuentran legitimadas para mostrarse parte en el proceso penal como acusadores populares».

En igual sentido, la STS 30 de mayo de 2003 (RJ 2003, 4283) , parte de que «una de las características más acusadas de nuestro sistema procesal penal en relación con los otros sistemas de nuestro entorno cultural y jurídico es que el Ministerio Fiscal no tiene el monopolio de la acción penal, sino que su ejercicio lo tiene compartido tanto con los perjudicados por el delito que pueden personarse como acusación particular, así como con cualquier ciudadano aunque no sea perjudicado a través de la acción popular, reconocido en el art. 101 LECrim (LEG 1882, 16) y cuya existencia ha sido constitucionalizada en el art. 125 CE (RCL 1978, 2836) como uno de los medios de participación de la ciudadanía en el sistema judicial» y concluye en primer lugar que «queda fuera de toda duda que dicho ejercicio tanto para los perjudicados como para los que no lo son es autónomo y con plenitud de facultades, por tanto independiente del ejercicio de esa acción por parte del Ministerio Fiscal». «En definitiva –sigue diciendo la citada Sentencia– la acción popular tiene los siguientes caracteres de nuestro derecho: a) Es un derecho fundamental, derivado de su reconocimiento constitucional; b) Es un derecho cívico porque pertenece a los españoles como personas físicas, así como a las personas jurídicas, extremo o ampliación que si en tiempos pretéritos fue cuestionado, hoy es admitido sin reservas – SSTC 241/92 (RTC 1992, 241) y de esta Sala sentencia de 4 de marzo de 1995 (RJ 1995, 1802) entre otras–; c) Es un derecho activo porque mediante ella, los ciudadanos pasan a ejercitar en paridad de armas con el Ministerio Fiscal, una función pública cual es la de la acusación; d) Tal ejercicio lo es en forma de querrela y con prestación de fianza».

Abundando en la segunda de las características señaladas, el ATS de 20 enero de 2003 (RJ 2003, 251) apoyado en doctrina del Tribunal Constitucional (STC 64/1988 [RTC 1988, 64] razona que, «por lo que se refiere al derecho establecido en el art. 24.1 de la CE como derecho a la prestación de actividad jurisdiccional de los órganos del Poder Judicial del Estado, ha de considerarse que tal derecho corresponde a las personas físicas y a las personas jurídicas, entre estas últimas, tanto a las de Derecho privado como a las de Derecho público, en la medida en que la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales tiene por objeto los derechos e intereses legítimos que les corresponden». Esta doctrina (con cita expresa de las SSTC 53/1983 [RTC 1983, 53] y 241/1992) inspira la STS de 4 de marzo de 1995, en la que se declara que «los artículos 125 de la CE, 19.1 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) y 101 de la LECrim establecen la acción popular otorgando la legitimación para su ejercicio a los «ciudadanos»; cuya expresión no cabe limitarla a las personas físicas, sino que por el contrario, hace referencia tanto a las personas físicas como a las jurídicas, no ya porque a ambas se refiere también el art. 162.1b) de la Constitución, sino, antes aún, porque si todas las personas tienen derecho a la jurisdicción y al proceso y se reconocen legítimamente las personificaciones que para el logro de un fin común reciben en conjunto el nombre de personas jurídicas, puede afirmarse que el art. 24.1 comprende en la referencia a «todas las personas», tanto a las físicas como a las jurídicas (STC 53/1983). Si a ello se añade que entre los derechos e intereses legítimos para los que, como derecho fundamental, se tiene el de recabar la tutela judicial efectiva, figura el de ejercitar la acción pública en su régimen legal concreto (STC 147/1985), es obvio que la persona a la que se refiere el art. 24.1 de la CE como titular de un derecho que comprende el de recabar la tutela judicial del derecho a acceder a la jurisdicción a través de la acción popular, es tanto la persona física o natural como la jurídica o colectiva y que, por ello, sólo a partir de una interpretación restrictiva de la expresión «ciudadanos» del art. 125 de la Constitución y de las utilizadas por los artículos 19 de la LOPJ y 101 y 270 de la LECrim puede justificarse la decisión judicial ahora discutida. Interpretación para la que, por lo demás, no existe otro argumento que no sea el meramente terminológico, insostenible desde el momento en que, con relación a otros preceptos constitucionales, este Tribunal viene entendiendo que el término en cuestión no se refiere exclusivamente a las personas físicas. Por el contrario, el pleno reconocimiento constitucional del fenómeno asociativo y de la articulación de entidades colectivas dotadas de personalidad, exige asumir una interpretación amplia de las expresiones con las que, en cada caso, se denomine al titular de los derechos constitucionalmente reconocidos y legislativamente desarrollados. En definitiva, si el término «ciudadano» del artículo 53.2 CE ha de interpretarse, por las razones señaladas, en un sentido que permita la subsunción de las personas jurídicas, no hay razón alguna que justifique una interpretación restrictiva de su sentido cuando dicho término se utiliza en el art. 125 o en la normativa articuladora del régimen legal vigente de la acción popular».

[...]

La exigencia de una fianza para el ejercicio de la acción penal que se impone a quien no

resulta directamente ofendido por el delito que trata de perseguir (arts. 280 y 281 LECrim [LEG 1882, 16]), no es en sí misma contraria al contenido esencial del derecho pues no impide por sí misma el acceso a la jurisdicción (SSTC 62/1983 [RTC 1983, 62] , 113/1984 [RTC 1984, 113] y 147/1985 [RTC 1985, 147]), siempre que su cuantía, en relación a los medios de quienes pretenden ejercitarla, no impida ni obstaculice gravemente su ejercicio, pues ello conduciría en la práctica a la indefensión que prohíbe el art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836) .

En esta línea, la STS de 30 de mayo de 2003 (RJ 2003, 4283) , ya citada, razona que si bien la acción popular su condición en parte procesal queda supeditada al cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 274 y 280 de la LECrim –presentación de querrela y prestación de fianza– esta última exigencia fue oportunamente moderada en el artículo 20.3 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) para evitar que por la vía de solicitar fianzas muy elevadas, se impidiese el ejercicio de la acción popular. Así mismo, precisa que «el requisito de la personación con querrela sólo se ha entendido exigible por la Jurisprudencia de esta Sala cuando mediante tal acto, se iniciaba la encuesta judicial. En el caso de que tal personación fuese en una causa ya iniciada (como lo es el caso presente) se ha estimado que el requisito de la querrela no era exigible – STS 12 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2084) –, bastando en tal caso el cumplimiento de lo prevenido en el art. 110 LECrim que limita temporalmente tal personación a su efectividad antes del trámite de calificación. En tal sentido son claros los términos de la indicada sentencia: "el legislador, tratándose de delito público, no ha limitado la acción popular al derecho de pedir la incoación del proceso penal mediante querrela, sino que ha permitido ejercitarla en las causas ya iniciadas personándose en los términos prevenidos en el art. 110 LECrim, es decir, mostrándose parte como adhesión en nombre de la ciudadanía a un proceso pendiente, sin dejar condicionada la eficacia de la acción penal a la formulación de querrela" "La exigencia de fianza, impuesta por el art. 290 de la Ley procesal citada, constituye requisito de admisibilidad de la querrela cuando ésta es medio de iniciación del procedimiento penal, pero no cuando el ejercicio de la acción popular se realiza en un proceso en curso y dictado el auto de procesamiento" En igual sentido podemos citar las sentencias de esta Sala de 722/95 de 3 de junio de 1995 (RJ 1995, 4535) y de 4 de junio de 1997 (RJ 1997, 4563) si bien declara esta última no aplicable tal doctrina al caso enjuiciado».

Por lo tanto, atendida dicha doctrina se debe concluir que de cualquier forma en el presente caso no era preceptiva la prestación de fianza puesto que el procedimiento de que dimana el rollo se inició por deducción de testimonio de otro procedimiento seguido contra la Salud Pública según resulta de los testimonios unidos a este último, siendo de señalar por lo demás que la decisión de la Juez a quo resulta parcialmente contraria a la doctrina señalada y a la vez parcialmente conforme a ella y por ello contradictoria en sí misma, por cuanto por una parte admite la constitución en parte de la UCE en calidad de acusadora popular pero sin admitir expresamente la querrela –y por ello se ha de entender que admite el escrito en cuanto expresión de una noticia criminis como denuncia– y a la vez exige la fianza sólo exigible en los casos en que sea necesaria la presentación de la querrela por

iniciarse a través de ella el procedimiento.”

Así pues, y en la misma línea que las anteriores sentencias, se puede citar el Auto número 87/2005 de 27 de enero de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid al indicar que:

“La lectura del Auto 353/2003, de 20 de octubre (JUR 2004, 3808) , de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, proporciona un cumplido ejemplo de resignación ante un hecho consumado irrevocable.

“«...[Antes] de analizar lo que constituye el fondo del recurso la Sala quiere poner de manifiesto que comparte el criterio establecido de manera expresa, contundente y general por la STC núm. 129/01 de 4 de junio (RTC 2001, 129) ... conforme a la cual "es claro, en todo caso, que dados los términos del artículo 125 CE (RCL 1978, 2836) ...este precepto constitucional se refiere explícitamente a los ciudadanos que es concepto atinente en exclusiva a personas privadas, sean las físicas, sean también las jurídicas, tanto por sus propios términos como por el propio contenido de la norma que no permite la asimilación de dicho concepto de ciudadano a la condición propia de la Administración Pública y mas concretamente de los órganos de poder de la comunidad política".”

O también el Auto número 127/2008 de 12 de junio de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid:

“Tal como ha señalado el Tribunal Supremo, una de las características más acusadas de nuestro sistema procesal penal en relación con los otros sistemas de nuestro entorno cultural y jurídico es que el Ministerio Fiscal no tiene el monopolio de la acción penal, sino que su ejercicio lo tiene compartido tanto con los perjudicados por el delito que pueden personarse como acusación particular, así como con cualquier ciudadano aunque no sea perjudicado a través de la acción popular, reconocido en el art. 101 L.E . Criminal "...todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones legales..." y cuya existencia ha sido constitucionalizada en el art. 125 C.E. como uno de los medios de participación de la ciudadanía en el sistema judicial. En cualquier caso, queda fuera de toda duda que dicho ejercicio tanto para los perjudicados como para los que no lo son es autónomo y con plenitud de facultades, por tanto independiente del ejercicio de esa acción por parte del Ministerio Fiscal, si bien por lo que se refiere a la acción popular su condición en parte procesal queda supeditada al cumplimiento de los requisitos previstos en los arts. 274 y 280 de la L.E. Criminal --presentación de querrela y prestación de fianza-- exigencia esta última que fue oportunamente moderada en el art. 20-3º LOPJ para evitar que por la vía de solicitar fianzas muy elevadas, se impidiese el ejercicio de la acción popular. En definitiva la acción popular tiene los siguientes caracteres de nuestro derecho: a) Es un derecho fundamental, derivado de su reconocimiento

constitucional. b) Es un derecho cívico porque pertenece a los españoles como personas físicas, así como a las personas jurídicas, extremo o ampliación que si en tiempos pretéritos fue cuestionado, hoy es admitido sin reservas --SSTC 241/92 y de esta Sala sentencia de 4 de marzo de 1995 entre otras--. c) Es un derecho activo porque mediante ella, los ciudadanos pasan a ejercitar en paridad de armas con el Ministerio Fiscal, una función pública cual es la de la acusación. d) Tal ejercicio lo es en forma de querrela y con prestación de fianza, extremos a los que ya nos hemos referido. En todo caso, y esto es lo relevante debemos insistir en que su ejercicio lo es en igualdad de plenitud y facultades que el Ministerio Fiscal, por lo que no es ni adhesiva ni vicarial de aquel, antes bien es totalmente autónoma, tanto que no es insólito que la acción penal se ejerza exclusivamente por el acusador particular y no por el Ministerio Fiscal si éste estima que no procede su ejercicio. (STS, Sala Segunda, 30 de mayo de 2003).

Anteriormente ya tuvo oportunidad el Tribunal Supremo de pronunciarse sobre el particular, indicando que como señala la Sentencia de esta Sala de 12 marzo 1992 , en los supuestos de delitos públicos una vez incoada la causa penal los requisitos exigidos de querrela y prestación de fianza ceden al poderse considerar la personación como simple intervención procesal adhesiva o de coadyuvante; resultando así intrascendente una exigencia formal que mal se compadece con las exigencias del derecho al proceso justo o legalmente debido que establece el art. 24 CE , al pretender extender el ámbito formal de lo que es "puesta en marcha" del proceso a una simple corroboración, mas o menos homogénea, con la activación del proceso jurisdiccional por parte de la acusación pública (STS Sala Segunda, de 3 de julio de 1995).

[...]

Así lo ha entendido esta Audiencia Provincial indicando, en aplicación de la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de la que sirve de ejemplo la sentencia de 30 de mayo de 2003 que, si bien con carácter general la adquisición por la acción popular de la condición de parte procesal queda supeditada al cumplimiento de los requisitos previstos en los arts. 274 y 280 de la Ley de Enjuiciamiento de Criminal , consistentes en la presentación de querrela y prestación de fianza, el requisito de la personación con querrela sólo es exigible cuando mediante tal acto se iniciaba el procedimiento judicial, mientras que en el caso de que tal personación fuese en una causa ya iniciada, el requisito de la querrela no es exigible, bastando en tal caso el cumplimiento de lo prevenido en el art. 110 de la Ley de Enjuiciamiento de Criminal , que limita temporalmente tal personación a su efectividad antes del trámite de calificación; y en cuanto a la exigencia de fianza, impuesta por el art. 280 de la Ley procesal citada, constituye requisito de admisibilidad de la querrela cuando ésta es medio de iniciación del procedimiento penal, pero no cuando el ejercicio de la acción popular se realiza en un proceso en curso (AAP Madrid, Sección Sexta, de 5 julio 2005).

Por todo ello (y pese a que esta Sala considere desacertados los argumentos expuestos por la

recurrente respecto a que el tipo de ilícito objeto del procedimiento debiera haber llevado a la Instructora a dar otro enfoque a la cuestión; acerca de lo adecuado o no de la suma a que asciende la caución exigida; y sobre la invocada vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, en relación con el artículo 45 de la Constitución, el Convenio de Aarhus ratificado por España el 25 de junio de 1998 , así como la Ley 27/2006, de 18 de julio de 2006 , en aplicación y desarrollo del mismo) el análisis expuesto lleva a esta Sala a estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de ASOCIACIÓN GREENPEACE-ESPAÑA contra el auto de fecha 20 de julio de 2007 dictado en las Diligencias Previas arriba indicadas por la Ilma. Sra. Magistrado -Juez del Juzgado de Instrucción nº 10 de Madrid, que desestimaba el recurso de reforma previamente interpuesto frente a la providencia de fecha 20 de abril de 2007, que declaraba no haber lugar a tenerla por personada como acusación particular al no ser perjudicada directa, fijando una caución de 60.000 euros para ejercitar la acción popular, dejando sin efecto tales pronunciamientos, debiendo tenerse por comparecida y parte en la causa a dicha entidad por no considerar pertinente la previa prestación de caución por su parte, siempre que se cumplan el resto de requisitos legales desde el punto de vista material y formal. Todo ello, declarando de oficio las costas de esta alzada.”

Y por último se puede citar el Auto número 172/2006 de 29 de marzo de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Castellón:

“TERCERO.- Por lo que respecta al segundo de los motivos del recurso señala la STS de 30 de mayo de 2003 que "una de las características más acusadas de nuestro sistema procesal penal en relación con los otros sistemas de nuestro entorno cultural y jurídico es que el Ministerio Fiscal no tiene el monopolio de la acción penal, sino que su ejercicio lo tiene compartido tanto con los perjudicados por el delito que pueden personarse como acusación particular, así como con cualquier ciudadano aunque no sea perjudicado a través de la acción popular", y aunque en el supuesto de "la acción popular su condición en parte procesal queda supeditada al cumplimiento de los requisitos previstos en los arts. 274 y 280 LECrim -presentación de querrela y prestación de fianza-", hemos de recordar que "el requisito de la personación con querrela sólo se ha entendido exigible por la Jurisprudencia de esta Sala cuando mediante tal acto, se iniciaba la encuesta judicial", de tal manera que en el caso de que tal personación fuese en una causa ya iniciada -como es el caso presente, porque se inició por denuncia- se ha estimado que el requisito de la querrela no era exigible -STS 12 de marzo de 1992 -, bastando en tal caso el cumplimiento de lo prevenido en el art. 110 LECrim que limita temporalmente tal personación a su efectividad antes del trámite de calificación -en tal sentido STS 12-3-92 -", añadiendo la referida sentencia que "la exigencia de fianza, impuesta por el art. 290 de la Ley procesal citada, constituye requisito de admisibilidad de la querrela cuando esta es medio de iniciación del procedimiento penal, pero no cuando el ejercicio de la acción popular la realiza en un proceso en curso".”

Y así, informada la naturaleza y cuestiones varias de la acción popular o particular querellante -término empleado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal- se debe pasar ahora a determinar el bien jurídico protegido en el artículo 510 del Código Penal para relacionar este extremo con los dos anteriores y así poder indicar porqué se desestima el segundo artículo de previo pronunciamiento instado.

Los primeros comentarios que se efectuaron del artículo 510 del Código Penal, y la propia introducción de este delito en el Título XXI –Delitos contra la Constitución- realizaron una interpretación mayoritaria que situaba el núcleo de protección en torno a la dignidad humana y al derecho fundamental a la igualdad y no discriminación -artículos 10 y 14 de la Carta Magna-; así se afectaría al bien jurídico individual consistente en ser tratado como un ser humano igual a los demás y, en correlación a tal concepto, a la dignidad personal, si bien es igualmente cierto que las conductas calificadas como de discriminatorias producen también un efecto sobre la sociedad en su conjunto que ataca el modelo de convivencia que la sociedad se ha dotado siendo que este modelo en la española es el plural y multicultural que dimana de un Estado social y democrático de Derecho como sanciona nuestra Constitución.

Así, autores como Lorenzo Copello mantienen que la dimensión individual es la esencial en este doble juego en la medida en que es precisamente el efecto del trato discriminatorio sobre un derecho básico del ser humano el que, a la postre, le da sentido y concede un contenido específico. Así es el aspecto individual el que determinaría la relevancia jurídico penal mientras que el aspecto colectivo completaría el perfil del daño social y determina la gravedad de la lesión. Por su parte Portilla Contreras afirma que a través del delito de provocación del artículo 510 se busca “la protección de la dignidad del ser humano mediante la sanción de cualquier atentado al principio de igualdad y al derecho de toda persona a no ser discriminado”.

Retomando las primeras interpretaciones y comentarios -vid Cancio Meliá, Tamarit Sumalla, Serrano Gómez, Muñoz Conde en sus respectivos comentarios- se alude al principio de igualdad ante la Ley como referente básico del legislador y este delito en concreto como un instrumento antidiscriminatorio desde una perspectiva netamente individual en la que la propia dignidad humana es el principal bien afectado; siendo que el artículo 130 del Stgb alemán si que alude, por citar derecho comparado aunque también el Código Penal francés, italiano o suizo se han dotado de preceptos similares, a la paz pública como objeto de tutela en esta clase de delitos.

Aún en esta sede, debe tenerse en cuenta que la redacción literal del artículo 510 del Código Penal menciona a los “grupos y asociaciones” como víctimas y

perjudicados del delito y en este sentido Portilla Contreras sostiene que esta mención debe interpretarse en el sentido de que sólo tales colectivos pueden ser el sujeto pasivo del delito, y en el mismo sentido se postula Serrano Gómez y Cancio Meliá mientras que otro sector importante de la doctrina no deduce de la limitación del tenor literal del precepto a los grupos y asociaciones, la exclusión de los miembros individuales como posible objeto de la conducta reprochable penalmente y así Bernal del Castillo, Muñoz Conde, Vives Antón o Carbonell Mateu inciden en esa línea y por ejemplo Bernal del Castillo asegura en “La Discriminación” que debe entenderse que la mención a las personas físicas está incluida implícitamente en el precepto y Vives Antón junto a C. Mateu mantiene que en el caso de provocaciones por cuestiones ideológicas, religión, creencia o situación familiar, la naturaleza individual de esas causas abogaría por esa interpretación.

Por otra parte, Lorenzo Copello está posicionada en la misma postura que los anteriores autores y parte de que la existencia de un bien jurídico protegido individual en primera línea en el delito de provocación imposibilita que los sujetos pasivos sean los grupos como tales sino los miembros del grupo; extremo que se comparte por este Juzgador pues es lógico que los grupos se conforman por individuos, siendo que la protección se prevé y otorga a los individuos, amén que esta cuestión resultó incuestionada en Plenario.

Pues bien, al ser el bien jurídico protegido la dignidad humana y el derecho a no ser tratado de forma distinta, pues se pretende evitar la discriminación, las denunciadas sí gozan de legitimación suficiente y amplia para erigirse como acusación particular por cuanto se verían, y vieron, directamente afectadas por el contenido de la animación que se colgó en la web www.asi-ib.com y más en concreto en la pestaña *¿Qué pasó con Céspedes?*, tal y como mantuvieron en su declaración en Sala.

La animación que nos ocupa según manifestaron las denunciadas que depusieron en el Plenario les pareció ofensiva, se sintieron ofendidas y de ahí que se decidieran a actuar legalmente. Nada obsta ni de forma ni de fondo a que las denunciadas ostenten tal condición y a que en consecuencia pudieran formular acusación.

Y si se estima que el bien jurídico protegido es de índole colectiva, las denunciadas son mujeres y la animación ataca al colectivo/grupo de mujeres por lo que siendo obvio que el colectivo mujer no es una masa uniforme que pueda ser denominado y considerado como tal en abstracto sino que está compuesto por cada

una de las personas que ostentan tal condición, las denunciante tienen de nuevo la legitimación para ser denunciante y ejercitar la acusación particular –el colectivo mujer se integra por cada una de las mujeres, no hay un ente abstracto llamado mujer sino que hay mujeres cuantificables en número y perjudicadas como así lo manifestaron en el acto del Juicio Oral C [REDACTED] F [REDACTED], Ma [REDACTED] F [REDACTED] S [REDACTED] y M [REDACTED] A [REDACTED]-.

Despejada ya la duda de que podían ser acusación particular, sería innecesario ahondar en la cuestión de la acción popular pero también se entrara en el fondo para no dejar cuestión alguna por resolver.

De estimarse que las denunciante en realidad son acción popular -una especialidad del ordenamiento jurídico español que significa que quien no es directamente afectado por el delito puede ejercitar la acción penal en total y absoluta igualdad de armas que el Ministerio Fiscal; y he aquí que en los hechos objeto de enjuiciamiento- se han de tener en cuenta diversos, e importantes, aspectos.

El primero de ellos es que las denunciante sí son perjudicadas pero estimando que no lo fueran, extremo este ya desmentido, el bien jurídico aquí protegido es metaindividual y no hay personas perjudicadas directos que excluyan a la acusación popular como indicaba la primera de las sentencias aludidas en relación a la acusación popular.

Junto a lo anterior ha de tenerse en cuenta, que la acción popular en su caso estaría defendiendo unos intereses sociales, que estas denunciante estarían participando en la administración de justicia –lo cual se consagra en nuestra Constitución- y un tercer motivo de suma relevancia es que ni la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni el Código Penal ni la Constitución Española ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal exigen una determinada persona/s para ser acción popular, esto es, no determinan que sólo las personas físicas o jurídicas podrán ser acusadores populares y lo que pretenden las defensas es limitar ese derecho mediante una aplicación restrictiva pues así se infiere cuando afirmaban que las denunciante no eran una Asociación ni una Sociedad, despreciando y reduciendo a la nada así el término Sociedad Civil que ya se acuñó en el comienzo del Siglo XIX por Alexis de Tocqueville en su obra “La democracia en América” y que tan recientemente ha sido recuperado a causa de la crisis y sus nefastas consecuencias en la sociedad y el Estado Social pues cada día vemos movimientos espontáneos de la ciudadanía que se agrupa a fin de defender unos intereses sin que se constituyan legalmente como una sociedad amparada bajo la ley de asociaciones pero que sin duda forman parte de la Sociedad

Cívica.

Por último, y en cuanto a los requisitos formales de la querrela y la exigencia de fianza debe estarse a lo señalado en las últimas resoluciones supra referidas y así pues las mismas devienen innecesarias toda vez que el procedimiento del Juzgado de Instrucción nº 8 de Palma de Mallorca –procedimiento que fue el instruido finalmente por ser el primero en ser incoado y el que fue remitido a este Juzgado para su enjuiciamiento-, fue registrado e incoado en virtud de Oficio de la Guardia Civil, relacionado a su vez con unas Diligencias Informativas del Ministerio Fiscal, tal y como consta en los Folios 1 y 2 de la causa; siendo pues que las denunciante no dieron inicio a las actuaciones sino que en su caso se adhirieron, no ha lugar a exigirseles fianza en su momento y por ende ningún quebranto de norma alguna se produjo por tal razón, siendo a día de hoy su personación correcta y el artículo de previo pronunciamiento rechazado.

En resumen, si se entiende que el bien jurídico protegido –lo que es compartido por este Juzgador- es de índole individual la acusación particular es correcta y por extensión no cabe estimar la invocada nulidad; y si se entiende que el bien jurídico protegido es colectivo, se cumplen los requisitos jurisprudenciales y formales para que las denunciante formulen acusación como acción popular pese al nombre recibido de acusación particular.

Pero es más, y entrando al anunciado antes cuarto extremo de la denegación de este artículo de previo pronunciamiento, la postura de las defensas en este extremo es del todo temeraria y roza la mala fe procesal pues debe estarse a los Folios 189 a 197, 263, 355 a 370, 378, 382 a 392, 395 a 397, 402, 405, 406, 411 a 413 y de una lectura de todos ellos se desprende que las denunciante en el adecuado uso de la acción particular que antes se ha dicho comparte este Juzgador interpusieron denuncia que correspondió al Juzgado de Instrucción nº 12 de Palma de Mallorca y que el imputado en dicho procedimiento J [REDACTED] R [REDACTED] una vez se personó en el mismo no recurrió nunca su personación, ni la de C [REDACTED] R [REDACTED] ni la del resto de denunciante que posteriormente se personaron; ni tampoco solicitó suspensión de plazo alguno en tanto no le fueron notificados los escritos de personación traducidos al castellano.

Ese aquietamiento a la personación de las denunciante como acusación particular no puede transcurridos seis años ser invocado en beneficio de su postura, es decir, el momento procesal oportuno para impugnar la personación de las denunciante era cuando se personó J [REDACTED] R [REDACTED] –ya que habían denunciante

personadas- y cuando el resto de denunciantes se personaron. Transcurrido tales momentos, se dio validez a la personación de las denunciantes y se las tuvo por legitimadas y debe tenerse en cuenta que inclusive la Ley Orgánica del Poder Judicial establece un plazo máximo de 5 años para instar una nulidad de actuaciones –artículo 241 de la mentada Ley-, siempre que se reúnan una serie de requisitos, por lo que en el caso de Autos, aunque se cumplieran el resto de requisitos, extremo este ya desmentido, el plazo está cumplido de forma holgada -2006 a 2012-.

Por todo ello la personación de las denunciantes en el procedimiento del Juzgado de Instrucción n° 12 goza de plena validez por todo cuanto se ha expuesto anteriormente.

Y a mayor abundamiento, ha de recordarse que el precitado procedimiento se acumuló al del Juzgado del Instrucción n° 8 –folios 457 y concordantes-, y a los Folios 480, 534 a 538, siendo que tampoco en dicha sede judicial se recurrió la personación de las denunciantes, ni por la asistencia letrada de J [REDACTED] R [REDACTED] ni por la de C [REDACTED] –la única que estaba en plazo por ser dicho Juzgado quien acordó su imputación-; y a debe tenerse en cuenta, que en los múltiples recursos que se interpusieron en sede de instrucción, ninguno de ellos versaba o cuestionaba la legitimación de las denunciantes para ostentar tal condición.

Por ello, que el día 9 de octubre de 2012, habiendo transcurrido más de 6 años desde la denuncia –febrero de 2006- y desde la declaración como imputados de C [REDACTED] F [REDACTED] y J [REDACTED] R [REDACTED] –mayo de 2006- ronda la mala fe procesal y desde luego supera el plazo legalmente establecido para plantear cualquier nulidad de actuaciones de los artículos 237 y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial; sin olvidar que la nulidad precisa de una serie de requisitos, que ni en forma liviana se manifiestan, y que lo expuesto en párrafos precedentes demuestra a efectos de este Juzgador que la personación de las denunciantes como acusación particular fue correcta, y que aunque lo hubieran hecho como acusación particular también hubiera sido plenamente legítima.

Del tercer artículo de previo pronunciamiento: nulidad desde que se dictó el Auto de Procedimiento Abreviado por Determinados Delitos ya que se debía haber acumulado el procedimiento del Juzgado de Instrucción n° 8 y el procedimiento del Juzgado de Instrucción n° 2 seguido a instancias de A [REDACTED] C [REDACTED] R [REDACTED] por una supuesta coincidencia de hechos consistente en la instalación (subida a) de una animación en la web de ASI, quien dio la orden y quien la ejecutó materialmente, en suma se daba una identidad de hechos, sujetos activos y pasivos del

delito.

De nuevo, el Ministerio Fiscal se opuso por ser una petición extemporánea y que sólo pretendía dilatar el procedimiento y el letrado de la acusación particular alegó que la defensa de la acusada F [REDACTED] no había acreditado documentalmente la coincidencia que reclamaba y que el bien jurídico protegido en los delitos por los que se habían abierto diligencias previas en los Juzgados de Instrucción nº 2 y 8 de Palma de Mallorca eran diferentes pues en el nº 2 se seguían Diligencias Previas por un delito de injurias contra A [REDACTED] C [REDACTED] por aparte de J [REDACTED] R [REDACTED] y C [REDACTED] F [REDACTED] mientras que en el de Instrucción nº 8, el Juzgado en esta sede, versa sobre el artículo 15 de la Constitución Española y artículo 510 del Código Penal; junto a que debido al estado tan avanzado del proceso, acordada ya la apertura de Juicio Oral, no cabe la acumulación de Autos como indica la Sentencia del Tribunal Supremo 1.320/1998.

Y este artículo de previo pronunciamiento correrá la misma suerte que los dos precedentes y por dos razones.

La primera de ellas es que no se ha aportado a este procedimiento, ni obra en Autos ni se aportó al Plenario, el mínimo documento que acredite la hipotética identidad de hechos que motivaría la acumulación de los procedimientos de los dos juzgados ya referidos, tan solo a los Folios 528 y 529 se adjunta una fotocopia de la declaración de J [REDACTED] R [REDACTED] en sede de Instrucción nº 2 y leída la misma, esta viene referida principalmente a cuestiones de la relación entre R [REDACTED] y el testigo A [REDACTED] C [REDACTED] R [REDACTED] aunque se haga alguna alusión a la web de ASI –algo que resulta obvio ya que como manifestó el testigo C [REDACTED], se le acusó a él de haber colgado en la web de ASI la animación que nos ocupa y de ahí que interpusiera denuncia, que se repartió al Juzgado de Instrucción nº 2 de Palma-; es más, en los primeros Folios del Tomo IV puede observarse el Escrito de Acusación formulado por los hechos instruidos en el Juzgado de Instrucción nº 2 y en el mismo se observa como es totalmente distinto aquel procedimiento al que nos ocupa, hasta el extremo de que el delito por el que se formula acusación es diferente, hay un acusado en aquel procedimiento que en este no está presente, no se insta la disolución de ASI, etc....

Y la segunda de las razones que antes se han relacionado, es que esta pretensión ya fue desestimada por Auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de fecha de 7 de marzo de 2011 –obrante también al Tomo IV sin foliar-, indicando la susodicha resolución que el peticionario obró en la misma forma que ahora: invitando al órgano jurisdiccional al baile de la confusión pues no aporta

todos, ni tan siquiera algunos pocos, de los elementos para decidir con plenitud de criterio, sino aportando declaraciones sesgadas y documentos parciales. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca ya denegó la petición de acumulación, y aún así la misma se efectúa de nuevo sin aportar ni un solo documento que sea nuevo y justifique su petición, lo que de nuevo revela la mala fe de la que hace gala la defensa a la hora de plantear artículos de previo pronunciamiento.

Por todo cuanto antecede, se procede a desestimar los tres artículos de previo pronunciamiento.

Y por último, ha de recordarse que ya la sentencia 1.590/2003 de 22 de abril de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo establece que la resolución de los artículos de previo pronunciamiento no puede recurrirse de forma autónoma pues se considera estructuralmente ensamblado con la Sentencia definitiva.

De la documental que se denegó su incorporación como prueba en el acto de Juicio Oral.

En cuanto a la documental cuya incorporación a Autos se solicitó al inicio del Plenario y no fue admitida cabe indicar en cuanto a esta documental en relación a la defensa de J. R. [REDACTED] no se admitió por ser del año 2004 una de ellas por lo que tiempo de sobra tuvo para aportarla en la fase de instrucción que tuvo lugar desde el año 2006 hasta que se dictó el Auto de Procedimiento Abreviado por Determinados Delitos el día 27 de marzo de 2007 –sin tener en cuenta que fue anulado posteriormente- o incluso haberla aportada en su escrito de defensa; y en cuanto a la sentencia del Juicio de Faltas no se admitió por la misma razón que la anterior y por no estimarse útil ni pertinente habida cuenta que era ajena a los hechos enjuiciados y según puso de manifiesto el letrado, la sentencia absolvía por una falta a una tercera persona no personada en el procedimiento por lo que devenía totalmente prescindible para enjuiciar un delito respecto a ASI, J. [REDACTED] R. [REDACTED] y C. [REDACTED] F. [REDACTED].

De la documental que se impugnó en el Plenario.

En el acto del Plenario, las defensas impugnaron la documental que se visionó en el Plenario consistente en la grabación de la animación cuando esta estaba colgada en la web de ASI; ante la impugnación de la documental, la Acusación Particular se opuso alegando que era extemporánea y que esa documental estaba incorporada a Autos desde la fase instructora.

Pues bien, examinada la documental obrante en Autos la impugnación se verá desestimada por varias razones; la primera de ellas es porque esa grabación ya estaba incorporada en Autos desde la fase de instrucción pues la aportó la Acusación Particular tal y como consta en Autos y ha estado a disposición de las partes a lo largo de toda la fase de instrucción para plantear cuantas cuestiones sobre su autenticidad fueran oportunas.

Además, en segundo lugar debe tenerse en cuenta que la animación que allí se ve es la misma que se ve en el CD obrante el Folio 556 esto es, las imágenes de la animación “*The Naked woman*” que se aprecian tanto en el CD que se visionó en el Plenario como en el CD que obra al Folio ya referido son las mismas por lo que no cabe la más mínima duda de que la animación que se visionó en el Plenario no fue alterada ni manipulada; tan solo se aprecia en esa grabación –la reproducida en Juicio Oral- la web de ASI e imagen de J. R., pero ello es lógico ya que las imágenes de esa grabación fueron tomadas directamente de lo que se veía en la web de ASI.

Y por último debe decirse que la animación que se observó en el CD reproducido en el Plenario es la misma animación de la que el Secretario Judicial del Juzgado de Instrucción nº 12 de Palma de Mallorca extrajo certificación impresa y testimonio tal y como consta a los Folios 296 y ss.

Por todo cuanto antecede se procede a denegar la impugnación de la documental que se efectuó pues no hay razón alguna que sustente su fundamentación y la animación que se grabó y reprodujo en el Plenario es la misma que se aportó por la Guardia Civil tal y como consta al Folio 556 –en formato CD- y como se testimonió por el Secretario Judicial ya aludido antes: la grabación es la misma, y no hay ninguna causa de nulidad de prueba que avale la pretensión de las defensas.

TERCERO.- Desestimados los artículos de previo pronunciamiento, corresponde determinar si se cometió el delito del artículo 510 del Código Penal del que son acusados J. R. y C. F. y para ello procede hacer un examen de la doctrina y de la jurisprudencia, parca en nuestro país, existente.

Recordemos en primer lugar que el artículo 510.1º del Código Penal sanciona con multa de seis a doce meses y de 1 a 3 años de prisión a quienes provoquen a la discriminación, al odio o a la violencia, contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación

familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

A.- De la Doctrina.

Si se comienza por la doctrina, no son pocos los conceptos que se van a abarcar pues tampoco son escasos los problemas de interpretación y aplicación que la peculiaridad del tipo penal y del tenor literal del mismo conllevan cuando este pretende aplicarse, tal y como se ha visto con quien puede ser sujeto pasivo del delito.

Y hemos de comenzar por la propia necesidad del delito, tan cuestionado por las defensas ya que afirmaron que estábamos ante un derecho penal de autor - extremo sobre el que se volverá después- y así debe decirse que al momento de definir el bien jurídico protegido en un tipo penal en un supuesto como el que nos encontramos, el legislador está situando la referencia personal en una adecuada y suficiente concreción en el marco del bien jurídico colectivo que evita formulaciones vagas, imprecisas y confusas como refiere Bustos Ramírez y evita que la persona quede supeditada al sistema, en palabras de Hassemer; y parafraseando a Bustos Ramírez en su obra “Control” puede decirse que “a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social se destaca el papel complementario material para con los bienes jurídicos individuales” –lo que viene a indicar el autor es cuando un bien jurídico trasciende una mera transgresión individual que reviste tanta importancia como para que se dicte una norma penal-.

Y fijado lo anterior, el principio de igualdad y la prohibición de discriminación pretenden, y buscan, evitar un trato diferenciado entre personas que se hallan en la misma situación y de ahí que fuere consagrado en nuestro artículo 14 de la Constitución Española por los padres constituyentes: la prohibición de discriminación allí expuesta se sustenta en dos pilares fácilmente identificables –vid “La discriminación” de Fernández López-, cuales son el principio de igualdad sustantivo y la dignidad humana –de ahí el especial reproche penal que conlleva la discriminación y su provocación-.

La discriminación “amparada” en el quebranto de la dignidad está sustentada en la consideración de diferencias por cuestiones de cualesquiera índole, en la que la conciencia del discriminador distingue entre quien tiene unas características que lo hacen superior y quien carece de ellas y por tanto es inferior, resultando que esas condiciones de inferioridad bien pueden ser innatas o manifestaciones de sus

libertades y derechos fundamentales –raza o ideología respectivamente-.

La discriminación por esta razón, rememora un triste pasado y su permisión perpetúa situaciones que mantienen la división de las relaciones sociales entre personas de clase A y personas de clase B; por lo que la sanción penal supone según Rodríguez-Piñero y Fernández López un impulso “emancipatorio” que permiten una vocación correctora de la realidad desigual y es justo ahí donde se conectan el principio de igualdad sustancial y la prohibición de discriminación según sostienen estos autores. Esta herramienta sirve principalmente para una efectiva lucha contra las situaciones reales de marginación y en cierta medida se emplean en materia laboral como discriminación positiva.

El discriminado ve debilitada su autoestima, su dignidad, siente humillación, temor, aislamiento, auto-odio y rechazo al grupo de pertenencia y llega a sufrir por la profecía de autocumplimiento según sostiene Moya en “Efectos psicológicos”, por lo que los efectos de la conducta que se pretende evitar no son escasos ni de poca entidad. Además, la víctima si es victimizada por cuestiones que son innatas se ve aún más perjudicada y el resto de personas que comparten ese carácter también, por cuanto tienen algo en común que ven como está siendo objeto de reproche/burla/mofa/ y trato denigrante por lo que se sienten perjudicadas en masa –el grupo ve como una imagen negativa se difunde respecto de él, compartiendo todos los prejuicios que el propio discriminado inicial sufría y sufre-.

Pero es más, ese acto discriminatorio no surge de la nada. No es algo espontáneo que se manifiesta sin un porqué o una razón sino que es fruto y expresión de un contexto y de un fenómeno histórico: el acto discriminatorio es la manifestación de una situación que durante un cierto periodo de tiempo se ha producido y que no ha sido erradicada, pero no solo del tiempo y el contexto sino también de una sociedad que no aspira a la igualdad real que sus leyes prevén y sí pretenden, de ahí que sancionen la discriminación –sobre ello volveremos más tarde-.

Si volvemos a la dignidad, Streng, en “Das unrecht”, indica que en supuestos de discriminación, la pertenencia al grupo deviene en un estigma identitario y como el individuo de forma irremediable pertenece a un colectivo, al verse el colectivo discriminado, el individuo no se desarrolla lo que conlleva una despersonificación y cosificación que lesionan su dignidad humana, desarrollo como persona y autonomía como ser humano. Streng pues, define “dignidad humana” a partir de un concepto negativo, partiendo de aquello que la lesiona.

Otro autor como Niggli en su obra “Rassendiskriminierung” opta por situar la paz pública como bien jurídico accesorio y la persona como ser grupal tanto en relación al autor como a la víctima a diferencia de Streng, y ello porque la persona en grupo no es sólo más atemorizable sino también más peligrosa y difícil de controlar – la turba salvaje e indomable-; e inclusive este autor llega a compararlo con el artículo 261 bis de la ley penal suiza.

Laurenzo Copello señala por su parte que es la “no discriminación” el bien jurídico protegido, y no se refiere a la dignidad humana o personal como bien jurídico protegido en los tipos penales antidiscriminatorios –entre ellos artículo 510 del Código Penal- y esta autora indica en “La discriminación” que la conducta discriminadora “*apunta directamente hacia un bien esencial de toda persona: el derecho a ser tratado como un ser humano igual a los demás, una pretensión que, por vincularse con las condiciones básicas de la existencia de cualquier individuo, se relaciona con la idea de dignidad personal.*” Y así se niega al discriminado su condición de ser humano igual a los demás.

Con ello, la idea de no discriminación como objeto de protección supondría un objeto de protección común al delito de provocación y a los delitos de actos de discriminación respecto de los cuales la provocación sería un acto de puro y mero adelantamiento digno y merecedor de sanción penal y así Laurenzo Copello subraya su especificidad en cuanto provocación de un no delito y por ende no cabría una aplicación directa del concepto de provocación del artículo 18 del Código Penal - Laurenzo Copello en La Discriminación- y conforme Tamarit Sumalla la provocación de esta figura delictiva sería *sui generis* en sus comentarios al Código Penal.

El origen del trato discriminatorio está en los caracteres diferenciales de las víctimas y el resultado es la colocación del afectado en una situación de desventaja y/o marginación por la posesión de algún/os carácter/es diferencial antes aludido.

Como ya se dijo antes, esta autora califica los actos discriminatorios como lesivos del bien jurídico individual y colectivo: la perspectiva esencial es individual – le da contenido y sentido al acto discriminatorio- pero con la visión colectiva se perfila el daño social.

Y si continuamos con la doctrina, Maiwald afirma en “Zur Beleidigung” que este delito es de especial gravedad y ejecutado de manera particular y Lohse en “Türken” señala que toda discriminación en cuanto que afecta a la dignidad humana

debería tener relevancia típica; además Ostendorf en “Kommentar” indica en relación al parágrafo 130 de la ley penal alemana que ha de tenerse también en cuenta la importancia de este delito en relación al funcionamiento del sistema democrático y así se deben conciliar los intereses encontrados en una sociedad sin limitar solamente el derecho del más fuerte sino también la prohibición de incitaciones por lo que el delito precitado está previsto como una norma de funcionamiento de la disputa democrática –se limita y regula el enfrentamiento en un Estado democrático y de derecho del que se excluyen las conductas de incitación-.

Fischer en “Das Verhältnis” menciona que las conductas de incitación ponen en peligro a los individuos que pertenecen a todos los miembros de un grupo –se pone así énfasis al individuo y al colectivo- y Geilen en “Ergänzbares” entiende que el bien jurídico protegido en todo el delito de “incitación a la población” en el ya invocado parágrafo 130 de la StGB alemana tiene su origen entre los términos incitación “Hetze” y odio “HaB” y a partir de ahí comienza este autor a hacer una comparación con el mundo de la cinegética y atribuye en consecuencia al término “incitar” un especial contenido de inhumanidad: la cacería de los animales da inicio con un sonido, y con los actos de incitación se da inicio a la cacería de los seres humanos –queda abierta la veda para este autor-.

Por último Hassemer en su obra “Lineamientos” señala que los bienes jurídicos universales tienen fundamento sólo en la medida en que se corresponde con los intereses –conciliados- del individuo y Frommel en “Das Rechtsgut” concluye que en el caso del delito de incitación nos encontramos con un bien jurídico universal conciliado personalmente.

De todo lo anterior se concluye de forma sencilla y sumamente comprensible como el bien jurídico protegido en este delito es tanto la no discriminación como la dignidad, y el sentido de ambas.

En cuanto al término provocación, las primeras versiones del delito xenófobo en nuestra legislación –si se acude al Diario de Sesiones de los años 1994 y 1995 pues este delito fue incluido por Ley Orgánica en el año 1994 tras una sentencia del Tribunal Constitucional y mantenido con el nuevo código de 1995—se especificaban los medios y la forma a través de los cuales podía producirse la provocación punible si bien a través de una enmienda en el Senado se redujo tan sólo a “provocación” y sin llegar a definir en particular la modalidad comisiva de este delito, siendo el término “provocar” del artículo 18 de ese cuerpo jurídico una definición general.

Algunos autores como Del Castillo –en “La Discriminación”-, Cancio Meliá en sus comentarios al Código Penal así como Vivés Anton y Carbonell en su respectiva obra de comentarios al Código Penal y también Portillo Contreras en idéntica obra admiten que la provocación al odio no tiene parangón y por tanto no puede compararse con el artículo 18 del Código Penal; Tamarit Sumalla por su parte indica que el artículo 510 tiene un efecto expansivo pues el odio es un sentimiento y una emoción.

Por último, decir que García Pablos indicaba en su obra “Asociaciones ilícitas” que el Código Penal desde la reforma de 1983 operada para la introducción del delito de asociación ilícita penaba la discriminación relevante penalmente como aquella que afectaba a derechos y en similar sentido se pronuncia Bernal Del Castillo en “La Discriminación” aunque la versión que impera en la doctrina es la de interpretación de la provocación en clave individualizante

Por todo ello, entiende quien resuelve que no puede aplicarse la configuración del verbo “provocar” definida en el artículo 18 del Código Penal, no sólo por todo lo anterior, sino porque de ser así se dejaría sin aplicación, y en una casi de facto derogación, el artículo 510 del Código Penal al que nos encontramos. En nuestro supuesto, como se expondrá más adelante, la animación supone una clara incitación a la violencia a la mujer y aparte de la misma se desprende un mensaje muy poderoso de odio, de quebranto de su dignidad y de inferioridad de esta que le puede conllevar situaciones de discriminación –siendo que el odio es un sentimiento y como tal no puede crearse en el sentido establecido en el artículo 18 del Código Penal, y que la situación de quebranto de la dignidad y de inferioridad de la mujer se materializa en lo que la animación representa y tampoco es por ende aplicable el precepto antes mentado del Código Penal-.

B.- De la jurisprudencia.

Expuestos ya criterios doctrinales en cuanto al devenir del singular delito enjuiciado, debemos, y podemos, considerar también lo manifestado por las muy escasas resoluciones judiciales dictadas al amparo de este delito por los tribunales españoles y así la Sentencia número 307/2011 de 11 de noviembre del Juzgado de lo Penal número 2 de Manresa indica lo siguiente:

“Debe examinarse, en primer lugar y conforme a lo expuesto, si se dan en el presente supuesto, los elementos objetivos del tipo aquí enjuiciado tal y como el mismo ha sido conceptuado por el legislador haciendo referencia, habiendo sido objeto de debate en la presente litis, el contenido del

derecho constitucionalmente protegido a la libertad de expresión y a si el mismo llega a proteger la difusión de cualquier idea, incluso aquéllas que "resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada" o "deleznable" desde el punto de vista de los Valores que fundamentan nuestra Constitución" (STC. 235/2007, Caso Librería Europa (RTC 2007, 253)) manifestando a este respecto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado en reiteradas ocasiones que la libertad de expresión extiende su cobertura al llamado discurso ofensivo o impopular, es decir, a aquellas ideas no sólo "favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas otras que chocan, ofenden o inquietan al Estado o una fracción cualquiera de su población", pues así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y la apertura propios de una sociedad democrática (SSTEDH. Handyside (TEDH 1976, 6) , Lingens (TEDH 1986, 8) , Gündüz (TEDH 2003, 81)).

Esto lleva al tema fundamental consistente en distinguir entre el llamado discurso del odio o hate speech, que no esté protegido, generalmente, por la libertad de expresión y el discurso ofensivo o impopular, sí protegido por la misma, no habiendo los tribunales establecido claramente la línea divisoria entre un tipo y otro de discurso siendo la diferenciación, por lo general, casuística, de modo que en el discurso del odio se incluyen la apología del terrorismo y del genocidio, el negacionismo (tipificado como delito en muchos Estados europeos, no así en España), el discurso discriminatorio de ciertos colectivos, supuesto ante el que nos encontraríamos en el presente supuesto, y el discurso xenófobo.

[...]

De manera genérica, se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre (RTC 1997, 204) ; 11/2000, de 17 de enero (RTC 2000, 11) , 49/2001, de 26 de febrero (RTC 2001, 49) , 160/2003, de 15 de septiembre (RTC 2003, 160) . En concreto, por lo que hace a las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, hemos concluido que el art. 20.1 CE no garantiza "el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social; la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)" (STC 214/1991 de 11 de noviembre (RTC 1991, 214) , FJ 8).

De este modo, el reconocimiento constitucional de la dignidad humana configura el marco

dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales y en su virtud carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas (STC 176/1995, de 11 de diciembre (RTC 1995, 176) , J 5)

Igualmente, hemos reconocido que atentan también contra este núcleo irreductible de valores esenciales de nuestro sistema constitucional los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista (SSTC 214/1991, de 11 de noviembre , 13/2001, de 29 de enero (RTC 2001, 13) . Y estos límites coinciden, en lo esencial, con los que ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del apartado segundo del art. 10 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) (RCL 1979, 2421) . En concreto, viene considerando (por todas, Sentencia Ergogdu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999 (TEDH 1999, 97)) que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado "discurso del odio", esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. En este punto, sirve de referencia interpretativa del Convenio la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997 , que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia (SSTEDH Gündüz c. Turquía de 4 de diciembre de 2003, § 41 ; Erbakan c. Turquía, de 6 de julio de 2006 (PROV 2006, 204512)).

Así la STC 214/1991, de 11 de noviembre , ha señalado que "el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean". Fundamentada en la dignidad (art. 10.1 y 2 CE) es, pues, el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social el que, en estos casos, priva de protección constitucional a la expresión y difusión de un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo que, de no ser por ello, podría encuadrarse en el ámbito constitucionalmente garantizado por el art. 20.1 CE .

Por lo demás, **el comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas no puede encontrar amparo en el ejercicio de las libertades garantizadas n el art. 20.1 CE (RCL 1978, 2836) , que no protegen "las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean**

ofensivas u oprobiosas" (por todas SSTC 174/2006, de 5 de junio (RTC 2006, 174) , 204/2001, de 15 de octubre (RTC 2001, 204) , 110/2000, de 5 de mayo (RTC 2000, 110) .

III.- Identificado el contenido de dicho panfleto como discurso del odio según lo expuesto en el razonamiento anterior, **nos encontramos, a juicio de quien suscribe, tal y como ha mantenido el Ministerio Fiscal, ante un delito de peligro abstracto**, resultando extremadamente difícil, a tenor de la valoración de la prueba practicada, según se expondrá, poder determinar cuál es la capacidad real de un mensaje de ideas, del contenido concreto del panfleto en cuestión, de influir a posteriori en el comportamiento ilícito de sus receptores, **pero resultando ciertamente indiferente que dicho contenido haya tenido una real y efectiva influencia para la consumación del tipo aquí enjuiciado**. Así, el agente de los Mossos d'Esquadra con TIP NUM000 declaró en el acto del juicio oral que, a su modo de ver, tras la difusión de dichos panfletos había existido en la población de Vic una institucionalización de la xenofobia. Por su parte el agente de los Mossos d'Esquadra con TIP NUM001 manifestó en el acto del plenario no haber detectado un aumento de la xenofobia en las calles con posterioridad a la difusión del panfleto en cuestión que aquí nos ocupa no siendo esta falta de constatación compartida por el testigo Sr. Leon que manifestó que ciertamente el panfleto en cuestión creó odio y una administración más racista en la población intensificando toda una serie de normas que fueron perjudiciales para los intereses de los inmigrantes residentes en la población. **Como quiera que sea, según se ha dicho, resulta extremadamente difícil conocer el real alcance o la influencia que dicho discurso tuvo efectivamente, no ya solo en la población sino en aquellas autoridades que se pudieran haber visto afectadas por el mismo y hasta qué punto las mismas modificaron su discurso o la normativa existente influenciadas por dichas expresiones y la repercusión que las mismas hubieran podido tener siendo ello, se reitera, indiferente a juicio de quien suscribe por considerar que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto que se consume con esa "provocación al odio" que preceptúa el tipo enjuiciado sin que sea necesario que el receptor del discurso modifique su conducta influenciado por el mismo.**"

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo número 259/2011 de 12 de abril de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal establece que:

"La consideración y la protección de la dignidad humana, que el artículo 10 de la Constitución (RCL 1978, 2836) considera fundamento del orden político y de la paz social, se constituye en la razón central de los planteamientos que desarrollan e incorporan a los textos positivos las formulaciones de los derechos humanos. Aunque sean siempre frontalmente rechazables, los contenidos negativos de tales ideas o doctrinas basadas en la discriminación o la marginación de

determinados grupos y de sus integrantes como tales, no conducen necesariamente a que la respuesta se configure penalmente en todo caso, debiendo quedar reservada la sanción penal, como ya se ha indicado, para los ataques más graves, considerando tanto el resultado de lesión como el peligro creado para los bienes jurídicos que se trata de proteger.

Dado que una de las bases del genocidio se encuentra en criterios de minusvaloración o menosprecio de las personas por pertenecer a determinados grupos identificados por la posesión o la carencia de características que los diferencian, se hace igualmente preciso actuar contra cualquier clase de conductas o actitudes que impliquen actos de discriminación, entre ellas las consideradas como divulgación del discurso del odio, pudiendo entenderse por tal, como se dice en la STC 235/2007 (RTC 2007, 235), aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular.

2. Junto a la protección del honor, al que se ha referido el Tribunal Constitucional en la STC nº 214/1991 (RTC 1991, 214) y en la STC nº 176/1995 (RTC 1995, 176), el Código Penal, en lo que aquí interesa, además de sancionar el delito de genocidio en el artículo 607.1, castiga la provocación al genocidio en el artículo 615; la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia en el artículo 510; y la difusión de ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas genocidas, en el artículo 607.2.

[...]

El artículo 510, por su parte, sanciona a quienes provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos recogidos en el precepto. La utilización del término provocación ha conducido a sostener que es preciso que se cumplan los requisitos del artículo 18, salvo el relativo a que el hecho al que se provoca sea constitutivo de delito, ya que al incluir la provocación al odio se hace referencia a un sentimiento o emoción cuya mera existencia no es delictiva. En cualquier caso, es preciso que se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo.

[...]

3. Como se ha dicho, los recurrentes se quejan de lo que consideran indebida aplicación del artículo 510. El motivo, que ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado, pues en la descripción contenida en el relato fáctico no se contienen actos ejecutados por aquellos que puedan considerarse como incitaciones directas a la comisión de actos mínimamente concretados, de los que

podiera afirmarse que se caracterizan por su contenido discriminatorio, presididos por el odio o violentos contra los integrantes de los grupos protegidos.

4. En tercer lugar, como un grado más, de gravedad inferior a las conductas típicas contenidas en los artículos 615 y 510 , se sanciona en el artículo 607.2 la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de ese artículo, es decir, el delito de genocidio en cualquiera de sus distintas acciones.

Por difundir puede entenderse trasladar, hacer saber, propagar, divulgar, descubrir o comunicar algo a terceros. Puede hacerse públicamente o de forma privada. El tipo señala que la difusión puede realizarse por cualquier medio, lo que hace inexigible su carácter público, pero habrá de exigirse que, de todos modos, el medio empleado permita el acceso a lo difundido por parte de un número plural de personas, que puede ser también indeterminado.

Justificar algo supone constatar la existencia de buenas razones a su favor. *Desde otra perspectiva, se alcanzaría la justificación mediante la negación de los aspectos éticamente rechazables de la conducta que se justifica, o incluso, a través de la minusvaloración o trivialización de aquellos, para presentarla como un mal menor, que resulta aceptable en función de los beneficios que finalmente reportaría. Cuando lo que se justifica es un genocidio, se niega al tiempo la existencia de razones procedentes de la consideración de la dignidad de las víctimas que impidiera tal justificación, lo que implica un juicio negativo, despreciativo y minusvalorador sobre las mismas. Mediante el menosprecio a éstas es igualmente posible presentar un escenario en el que las conductas genocidas quedaran justificadas. En definitiva, con este tipo de planteamientos, que pueden ser muy variados, se considera el genocidio, al menos, como un mal menor, aceptable en las circunstancias dadas. El Tribunal Constitucional, en la STC 235/2007 , FJ 7º, señala, como recoge la sentencia impugnada, que la justificación supone partir de una "cierta identificación con los autores".*

[...]

5. Es claro, sin embargo, que tales medidas de reacción contra esta clase de planteamientos y conductas, pueden colisionar con otros derechos reconocidos y que, además, resultan de especial relevancia para el correcto desarrollo del sistema democrático. Efectivamente, los derechos a la libertad ideológica y a la libertad de expresión permiten, inicialmente, no solo asumir cualquier idea, sino expresarla e, incluso, difundirla, y acomodar a ella el desarrollo de la vida propia, siempre con los límites que impone la convivencia respetuosa con los derechos de los demás. La restricción de tales derechos, pues, y más aún el recurso a la sanción penal, requiere de una justificación que solo se encuentra, en palabras del TC, cuando colisiona con otros bienes jurídicos defendibles que se revelen acreedores de una mayor protección tras la necesaria y previa labor de ponderación. Y no solo eso, sino que será preciso que las características de la colisión sean tales que justifiquen la intervención

penal.

La Constitución no prohíbe las ideologías que se sitúan en los dos extremos del espectro político, tradicionalmente, y aún hoy, identificados como izquierda y derecha. Incluso podría decirse que tampoco prohíbe las ideas que, por su extremismo, se sitúen fuera de ese amplio espectro político, por muy rechazables que puedan considerarse desde la perspectiva de los valores constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas. La tolerancia con todo tipo de ideas, que viene impuesta por la libertad ideológica y de expresión, no significa condescendencia, aceptación o comprensión, sino solamente que las ideas, como tales, no deben ser perseguidas penalmente.

Pero, en cualquier caso, no se encuentran bajo la protección constitucional la realización de actos o actividades que, en desarrollo de aquellas ideologías, vulneren otros derechos constitucionales. Incluso, cuando se trata de conductas dotadas de una suficiente gravedad, el legislador puede establecer sanciones penales para aquellos hechos que supongan la causación de un resultado de lesión o la creación de un peligro, que aunque abstracto debe ser real, para la integridad de esos bienes jurídicos. Pero la expresión o difusión de ideas violentas no puede ser identificada con la violencia que contienen a efectos de su persecución, que sin embargo se justifica cuando supongan una incitación a hacerla efectiva.

6. El Tribunal Constitucional, al examinar la relación de colisión entre esta previsión legal y el derecho a las libertades ideológica y de expresión, ha señalado en la STC nº 235/2007 (RTC 2007, 235), que el artículo 20.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836), ofrece cobertura a las opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, por muy erróneas o infundadas que resulten siempre que no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro cierto para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos.

[...]

(STDH De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997 (TEDH 1997, 12), § 49)".

En la misma sentencia se precisa, en este orden, lo siguiente: " 5. Todo lo dicho no implica que la libre transmisión de ideas, en sus diferentes manifestaciones, sea un derecho absoluto. De manera genérica, se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre (RTC 1997, 204); 11/2000, de 17 de enero (RTC 2000, 11), F. 7 ; 49/2001, de 26 de febrero (RTC

2001, 49), F. 5 ; 160/2003, de 15 de septiembre (RTC 2003, 160), F. 4). En concreto, por lo que hace a las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, hemos concluido que el art. 20.1 CE no garantiza «el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)» (STC 214/1991, de 11 de noviembre (RTC 1991, 214), F. 8)".

En la STC 214/1991 , se afirmaba en relación a la colisión entre el derecho al honor de la demandante y el derecho a la libertad ideológica y de expresión, que "...de la conjunción de ambos valores constitucionales dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social".

[...]

Se decía en la citada sentencia: "La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE . Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación. Debe subrayarse que la

incitación indirecta a la comisión de algunas de las conductas tipificadas en el art. 607.1 CP como delito de genocidio -entre las que se incluyen entre otras el asesinato, las agresiones sexuales o los desplazamientos forzosos de población- cometidas con el propósito de exterminar a todo un grupo humano, afecta de manera especial a la esencia de la dignidad de la persona, en cuanto fundamento del orden político (art. 10 CE) y sustento de los derechos fundamentales. Tan íntima vinculación con el valor nuclear de cualquier sistema jurídico basado en el respeto a los derechos de la persona permite al legislador perseguir en este delito modalidades de provocación, incluso indirecta, que en otro caso podrían quedar fuera del ámbito del reproche penal".

[...]

La existencia del peligro, por lo tanto, depende tanto del contenido de lo difundido como de la forma en que se hace la difusión, sin que pueda dejar de valorarse la sociedad o el ámbito social, al que se dirigen los actos cuestionados. Sin duda en algunos momentos históricos o en algunos lugares concretos, determinadas actividades podrían llegar a ser consideradas peligrosas para la seguridad de esos bienes que se trata de proteger, mientras que en otras circunstancias tal cosa no podría ser afirmada. No se trata de exigir la concurrencia de un contexto de crisis, en el que los bienes jurídicos ya estuvieran en peligro, que resultaría incrementado por la conducta cuestionada, sino de examinar la potencialidad de la conducta para la creación del peligro. En la sociedad española actual, la admisión de esta clase de ideas o doctrinas solo se produce, afortunadamente, en círculos muy minoritarios en los que la presencia y respeto por la dignidad de la persona humana resultan inexistentes, encontrando en la generalidad de las personas un claro rechazo, o como mínimo la indiferencia como consecuencia de su absoluta irrelevancia.

Para que el bien jurídico protegido pudiera verse afectado a causa de la difusión de esta clase de ideas o doctrinas, sería preciso que el autor acudiera a medios que no solo facilitaran la publicidad y el acceso de terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hicieran más íntensamente, sino que, además, pudieran, por las características de la difusión o del contenido del mensaje, mover sus sentimientos primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes. No se trata, pues, solo de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege.

[...]

En primer lugar, porque la potencialidad persuasiva de las ideas que se difunden no puede ser medida con criterios de lógica, pues sus efectos normalmente exceden de la previsión del autor que difunde y desconoce el resultado que su discurso ofensivo puede causar en terceras personas y su disposición a la concreción de un daño. El difusor de un mensaje no puede prever, en concreto, el resultado que puede provocar su obra, luego su contenido antijurídico no puede medirse por el

resultado que provoca. Además, porque la exigencia de la provocación directa o indirecta, a la que alude el Tribunal Constitucional como criterio para medir el daño y excluirlo de la libertad de expresión, no es una provocación a la acción, que sería típica del delito de proposición y provocación al genocidio (art. 615Cp), sino una provocación al odio, es decir, a un sentimiento. Quizás, si se espera a que los destinatarios pasen a la acción, el Derecho penal habrá llegado muy tarde. Lo que se pretende es que ese tipo de mensajes de odio, sean cortados de raíz, desde la mera difusión; primero para proteger a la sociedad de mensajes de esta naturaleza, en sí mismos lesivos e hirientes y perturbadores de una adecuada convivencia, además, para preservar la memoria de las víctimas de horriblos crímenes o a los colectivos en riesgo de discriminación, de situaciones provocadoras de discriminación y de odio.

Una vez determinada la existencia de tipicidad que consiste, como he señalado en la interdicción de difundir mensajes de odio, mensajes con los que se difundan expresiones que instan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier forma de odio basado en la intolerancia, no es posible aplicar, como cobertura justificante, el ejercicio de la libertad de expresión.

En este sentido, disponemos de pronunciamientos de tribunales supranacionales sobre el discurso del odio, entre las que destacamos las Sentencias del Tribunal especial para Ruanda, casos *Nahimena*, *Barayaguriza* y *Ngeze*, en las que se condena a titulares de medios de comunicación social desde los que se emitieron ideas de odio. También contamos con pronunciamientos del Comité de Naciones Unidas, casos *Ross contra Canada* o *Faurisson contra Francia*. En esta última resolución, de 16 de diciembre de 1996, el Comité de Naciones Unidas declara que no se vulnera la libertad de expresión (art. 19 del PIDCyP (RCL 1977, 893)), "dado que, leídas en su contexto completo, las declaraciones hechas por el autor podían suscitar o reforzar sentimientos antisemitas, las restricciones favorecían el derecho de la comunidad judía a vivir sin temor de una atmósfera de antisemitismo".

[...]

En las reiteradas Sentencias del Tribunal Europeo, (*Casos Garaudy c. Francia*, 24 de junio de 2003; *Gündüz c. Turquía*, 4 de diciembre de 2003 (TEDH 2003, 831); *Norwood c. Reino Unido*, 16 de noviembre de 2004 (PROV 2004, 284683); *Alinak c. Turquía*, 29 de marzo de 2005 (PROV 2005, 84054); *Souias et autres c. Francia*, 10 de julio de 2008; *Feret c. Bélgica*, 16 de julio de 2009 (TEDH 2009, 82)), el Tribunal ha examinado supuestos de discursos del odio, contra los que pueden imponerse limitaciones proporcionadas, a "todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promueven o justifiquen el odio basado en la intolerancia". De esa doctrina resulta que en la jurisprudencia del Tribunal los discursos del odio no resultan

amparados por las garantías de la libertad de expresión. No obstante, en los discursos del odio con un contenido menos explícito, las garantías propias de la libertad de expresión pueden ser limitadas de acuerdo a los siguientes criterios: el contenido, la forma, el tipo de autor, la intención de éste, el impacto sobre el contexto y la proporcionalidad de la sanción. Así se pronunció en la STEDH Jersild c. Dinamarca, de 23 de septiembre de 1994 (TEDH 1994, 36). En esta Sentencia abordaba el caso de un periodista que había sido condenado por realizar un reportaje sobre movimientos neonazis y hacer de altavoz de un grupo minoritario, expresando su ideología discriminatoria. El Tribunal entendió que en el contexto del trabajo periodístico, no se desprende que pretendiera justificar sus acciones ni su ideología. En la reciente sentencia del caso Otegi c. España, de 15 de marzo de 2011 (TEDH 2011, 30), estimatoria de la pretensión del recurrente, se excluye que en el supuesto de los insultos exista un discurso del odio, por lo que ampara al condenado por los tribunales españoles, al entender que el contenido ofensivo de sus manifestaciones está bajo la cobertura del derecho a la libertad de expresión.

La jurisprudencia de nuestra Sala, también ha excluido la cobertura de la libertad de expresión a los discursos del odio. En la STS 224/2010, de 3 de marzo (RJ 2010, 1469) se afirma que el discurso del odio, "no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica".

En el supuesto que examinamos en la presente casación, las expresiones se enmarcan dentro de ese discurso del odio. Se trata de expresiones de odio porque van más allá de la mera exposición de una idea o de una opinión, por chocante u ofensiva que pueda resultar para la comunidad. Se trata, por el contrario, de expresiones o conductas expresivas, que, a través de la fuerza o vis atractiva de la persuasión, por la contundencia del contenido agresivo que se emplea, tienen unos efectos concretos, porque anudan, vinculan, persuasión y acción en el auditorio o público al que se dirigen. El efecto concreto que producen es independiente, incluso, de la voluntad de su autor, del emisor del discurso, porque el clima de odio, discriminación y violencia hacia ciudadanos que se vierte a un público, en ocasiones dispuesto a oír ese mensaje, crea espacios de impunidad para las conductas violentas. De este modo, **implican una legitimación de la violencia y de aquellos que realizaron conductas violentas.** Ese es, precisamente, el contenido de la incitación al odio, la provocación al odio que exige la tipicidad del art. 510 del Código penal y a la que se refiere el Tribunal Constitucional en la STC 235/2007.

Es por ello que esos discursos quedan extramuros del ámbito de protección de la libertad de expresión, que no puede servir de cobertura porque suponen una incitación directa o indirecta a la violencia contra ciudadanos en general, o contra concretos ciudadanos que se hayan situados en determinadas situaciones. La propia Sentencia del Tribunal Constitucional, tantas veces citadas en este caso, la 235/2007, parte del siguiente aserto sobre la falta de cobertura de la libertad de expresión para este tipo de manifestaciones: "la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al

llamado discurso del odio, esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular". Consecuentemente, no hay justificación posible en la libertad de expresión. La Sentencia del Tribunal Constitucional se hace eco de las construcciones sobre el discurso del odio, cuyo contenido esencial ya contempla la provocación directa o indirecta al odio, y trata de diferenciar, a través de esa exigencia de provocación directa o indirecta al odio, la mera difusión de un hecho histórico, que sería atípico, de la difusión justificadora de ese hecho con las connotaciones vejatorias que la justificación conlleva.

Consecuentemente, una vez que existen las expresiones, las conductas expresadas mediante la edición, publicación y distribución de ideas e ideologías se enmarcan en el discurso del odio contra el pueblo judío, y contra los colectivos a los que se refiere el art. 510 del Código Penal, no puede ser justificada en el ejercicio de la libertad de expresión y es subsumible en el tipo penal de los arts. 607 y 510 del Código penal, en la medida en que, por su propio contenido supone una provocación, directa e indirecta, al odio, a la discriminación y a la violencia, en los términos que hemos examinado, y una justificación del genocidio y una pretensión de rehabilitación de regímenes o instituciones que amparan las prácticas genocidas.

[...]

...extiende su mensaje de odio a colectivos de ciudadanos que el legislador ha querido proteger de forma especial al tratarse de ciudadanos que han sufrido la discriminación, el odio y la violencia por razón de las situaciones a las que se refiere el art. 510 Cp .. No hay, desde luego, un bis in idem, prohibido en la aplicación de la norma penal, pues se trata de situaciones distintas las que dan lugar a la aplicación de ambos tipos penales."

Además, la sentencia del Juzgado de lo Penal número 2 de Logroño número 133/2004 de 2 de abril es también sumamente esclarecedora al señalar que:

"Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de provocación a la discriminación, odio o violencia a determinados grupos de población. La provocación consiste en una incitación por medios diversos que se caracteriza por una inducción general, cuyos requisitos son la incitación directa para la ejecución de un hecho previsto como delito, la necesidad de que se trate de uno o mas delitos concretos, la percepción por el destinatario de las palabras o medios excitantes, con independencia de su eficacia y que la incitación instrumentada sea virtualmente suasoria (STS de 2 de enero de 1986 (RJ 1986, 118) y STS de 22 de octubre de 1994 (RJ 1994, 8163).) Se trata de una incitación canalizada a través de un medio que haya producido de modo efectivo una publicación de la provocación.

El artículo 510 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) castiga con las penas de prisión y multa a "Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía"

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/95 (RCL 1995, 1423) que introdujo este tipo en el Código Penal español, entre otros extremos afirmaba que "La proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita, que se perpetran bajo banderas y símbolos de ideología nazi, obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchar contra ella. Ello resulta tanto más urgente cuando se presencia la reaparición, en la guerra que asola la antigua Yugoslavia, de prácticas genocidas que los pueblos europeos creían desterradas para siempre.". Por desgracia España no ha permanecido ajena al despertar de este fenómeno, circunstancia que se agravaba por el hecho de que la legislación española no contemplaba suficientemente todas las manifestaciones que este fenómeno genera, manifestaciones, sin embargo, contempladas en tratados internacionales ratificados por nuestro país. Así, el Convenio de Nueva York de 9 de diciembre de 1948 (RCL 1969, 248), para la prevención y sanción del delito de genocidio, y el Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (RCL 1969, 910 y RCL 1982, 2951), de 21 de diciembre de 1965 .

En cumplimiento de nuestras obligaciones internacionales en la materia, se aprobó la LO 15/94, de 1 de junio (RCL 1994, 1553), que comportó la adopción de medidas necesarias con arreglo a nuestro Derecho interno para cumplir la resolución 827, del año 1993, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se creó un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional humanitario cometidas en el territorio de la exYugoeslavia. Con ello no se agota nuestro deber de solidaridad y la necesidad de tratar con firmeza estos actos y su proliferación obligó a dar un paso más en la prevención de cuantas conductas puedan significar apología o difusión de las ideologías que defiendan el racismo o la exclusión étnica. Estas obligaciones no pueden verse dimitidas en nombre de la libertad ideológica o de expresión, según ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional (STC 214/91 de 11 de noviembre (RTC 1991, 214)) y por ello, con una más precisa y ampliada redacción, se reproduce el contenido del artículo 165 ter, antiguo, tipificando las conductas xenofóbicas o inconstitucionalmente discriminatorias. Se trata de una tipificación de una provocación específicamente conectada a unos fines determinados."

Y la sentencia número 131/2008 de 14 de abril del Juzgado de lo Penal número 2 de Huelva dispone que:

"La norma penal aplicable (art.510 CP), es también fruto derivado del contenido del art.

20.2 del citado Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 (RCL 1977, 893), que literalmente establece: " 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 redacción jurídica actual del tipo es más precisa que no el anterior art. 137 bis)-b, pues suprime la referencia explícita - y por tanto limitativa- al factor apologético, a fin de encuadrarlo dentro de la propuesta más amplia de la Cumbre de Jefes de Estados europeos celebrada en Viena en 1.993, cuyo contenido era el siguiente: " Alarmados por el resurgimiento actual del fenómeno terrorista, la xenofobia, y el antisemitismo, y la multiplicación de actos de violencia de este carácter, se recomienda e invita a los Estados miembros, a asegurar la puesta en práctica de una legislación efectiva con el propósito de combatir toda forma de racismo y discriminación. Igualmente, se insta a los Estados a reforzar y poner en marcha, medidas de prevención con el fin de combatir la xenofobia y el antisemitismo, así como la intolerancia, destinando una atención especial y particular a las medidas destinadas a reforzar la toma de conciencia de la gravedad de estos fenómenos, y establecer la necesaria confianza en la sociedad". En sintonía con esta realidad social, nuestro propio Tribunal Constitucional, ha venido matizando en los últimos años que en lo relativo al contenido del principio de no discriminación, en sede del art. 14.2 CE , la ponderación de los demás derechos en juego debe ceder en favor de aquel, pues se establece una estrecha relación entre la interdicción de la discriminación no justificada y el derecho inalienable a la dignidad humana, sentando así las bases para predicar la especial gravedad de las conductas, incluso las de simple riesgo, vinculadas a dichos fenómenos racistas, y con ello, la necesaria intervención del derecho penal. Son claros ejemplos de dicha línea jurisprudencial, las Stc 214/91, de 11 de noviembre (RTC 1991, 214), ya citada anteriormente, y la reciente Stc 176/95 (RTC 1995, 176)."

"..... debemos deducir, que no forma parte esencial del tipo la concreción simultánea o futura de ningún resultado.. La provocación e incitación no generan en sí mismas ninguna situación "fáctica" concreta, sino que son la antesala de las mismas, al crear las condiciones óptimas para que tal situación de riesgo y peligro se desarrollen en un futuro más o menos inmediato. Al poner el acento en la noción de grupo o colectivo, el legislador pretende un fin incuestionablemente legítimo desde la óptica de la prevención criminal, a saber, que se llegue a inculcar en los destinatarios de la difusión una actitud hostil, de rechazo y violencia, que a la postre desemboque en actos concretos de agresión o discriminación.."

El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 7 de noviembre de 2007, resolviendo la cuestión de inconstitucionalidad 3.074 de 1999, interpuesta con carácter previo a resolver recurso de apelación contra la sentencia ya reseñada, declaró:

"... el reconocimiento constitucional de la dignidad humana configura el marco dentro del cuál ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales y en su virtud carece de cobertura

constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas (STC 176/1995 (RTC 1995, 176), FJ). Igualmente, hemos reconocido que atentan también contra este núcleo irreductible de valores esenciales de nuestro sistema constitucional los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8; 13/2001, de 29 de enero (RTC 2001, 13), FJ 7). Estos límites coinciden, en lo esencial, con los que ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del apartado segundo del art. 10 CEDH (RCL 1979, 2421). En concreto, viene considerando (por todas, Sentencia Ergogdu & Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999 (TEDH 1999, 100)) que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado "discurso del odio", esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. En este punto, sirve de referencia interpretativa del Convenio la Recomendación no R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997 , que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia (SSTEDH Gündüz c. Turquía de 4 de diciembre de 2003 (TEDH 2003, 81), § 41; Erbakan c. Turquía de 6 de julio de 2006 (PROV 2006, 204512))."

"Como dijimos en la STC 214/1991, de 11 de noviembre (RTC 1991, 214), FJ 8 , "el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos.

[...]

Al margen de los criterios expuestos, merece reseñar por su interés, la ponencia de la profesora PATRICIA LAURENZO COPELLO, Univ. Málaga, "Marco de protección jurídico penal al derecho a no ser discriminado, racismo y xenofobia, Cuadernos de Derecho Judicial 1996", en la que califica este precepto como el más genérico de los tipos preventivos de los fenómenos discriminadores, en correspondencia con la figura prevista en parag. 130.1 del Código Penal alemán definido en aquel país como tipo genérico antidiscriminación.

Define el trato discriminatorio como comportamiento que implica una negación de la igualdad entre todos los seres humanos basada en ciertos rasgos o peculiaridades que distinguen al discriminado del modelo de normalidad que se toma como punto de referencia. Señala entre los caracteres distintivos del trato discriminador regulado en el CP, a) el origen del trato desigual: las causas que lo producen están siempre relacionadas con ciertos caracteres diferenciales de las víctimas, que las colocan, conforme a las valoraciones sociales imperantes, en situación de inferioridad respecto

del resto, de la mayoría dominante. B) se trata de un trato peyorativo, de menosprecio, que crea o profundiza la situación de marginación en que se encuentran colectivos por el solo hecho de que sus miembros comparten caracteres que los distinguen de la generalidad y c) un trato que niega su condición de seres humanos iguales a los demás, lo que afecta a su dignidad personal (TC. 128/87 (RTC 1987, 128), 214/91 (RTC 1991, 214) y 176/95 (RTC 1995, 176)).

Estima como bien jurídico tutelado el derecho a ser tratado como un ser humano igual a los demás, integrante de la dignidad personal, (bien jurídico individual aunque puede lesionarse por conductas dirigidas a un grupo). También producen efecto sobre el conjunto de la sociedad, pero no tanto por repercusiones contra la paz o el orden público, como por afectar directamente al modelo constitucional de convivencia pacífica, plural y multicultural, pilar del estado social y democrático de Derecho implicado en todo trato discriminador.

Considera que se trata de delito de peligro abstracto que no requiere resultado lesivo.

Y siguiendo con la jurisprudencia, puede también traerse a colación el Auto número 399/2012 de 16 de mayo de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid al referir que:

“El Fiscal interpone recurso de apelación y alega que no puede compartir el criterio del juzgador pues los hechos, difusión a través de Internet de un juego interactivo denominado Ibarra-killer en el que, bajo el título "mata a Esteban Ibarra", se presenta la imagen de este dentro de un punto de mira, haciendo alusión también a sus clones del movimiento contra la intolerancia, no puede sino calificarse como un mensaje que anima y provoca no sólo al odio sino a la violencia contra la asociación, Movimiento contra la Intolerancia, siendo la imagen de su presidente el reclamo para ello no se puede olvidar que los investigados están vinculados a grupos u organizaciones de extrema derecha y, por tanto, enemigos ideológicos de lo que representa la asociación, por lo que el juego difundido forma parte del discurso del odio por razón de ideología, atacando precisamente a quienes defienden un ideario opuesto al suyo.

En las expresiones punibles del artículo 510 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), el odio es el elemento común, tanto en el sentido de estar movidas por el odio, como, sobre todo, por tratar de transmitir ese odio a los destinatarios del mensaje. Mensaje tan explícito como "mata a Esteban Ibarra antes de que sea demasiado tarde", no puede sino calificarse como mensaje odioso que, por sí mismo, es peligroso para la convivencia. Se diría que, aquel que difunde esa expresión, pretende la eliminación de quien no comparte su ideario con el potencial peligro que ello conlleva. La conducta típica del artículo 510 no requiere por otro lado, que sea posible, como resultado del mensaje, un acto agresivo contra cualquier miembro de la asociación contra la intolerancia, pues la afrenta viene a constituir la acción difusora de expresiones que inciten al odio

a la discriminación o a la violencia respecto de aquellos a los que se alude en el artículo 510. Y así los hechos no pueden calificarse como hacer juzgador de instancia, de juego interactivo de pésimo gusto, cuya contemplación produce desagrado y cierta desazón, sino que va más allá, pues la contundencia de su contenido agresivo merece un indudable reproche penal.

Interesa la revocación del auto recurrido, acordándose la continuación del procedimiento como diligencias previas por la presunta comisión de un delito del artículo 510 del Código Penal .

Este Tribunal a la vista de las actuaciones considera que los recursos deben prosperar.

El auto recurrido estima que los hechos no pueden incardinarse bajo el tipo penal del delito de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas u otros referentes a la ideología, religión o creencias del artículo 510 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) por entender que tal precepto protege la indemnidad de ciertos colectivos especialmente vulnerables frente a potenciales comportamientos de discriminación u hostilidad, estimando el Instructor de Instancia que el sujeto pasivo del bien jurídico protegido son sólo los grupos o asociaciones como colectivos, sin perjuicio de que la provocación recaiga sobre ciertos miembros individuales como objeto material del delito.

Así el juego interactivo en el que aparece la imagen de Severino en el punto de mira de un arma de fuego incitando a probar puntería con él, sin duda tiene por objeto provocar entre el colectivo de personas que acceden a esas páginas web de la discriminación, el odio y la violencia contra él y también contra lo que representa, la asociación que preside, estimulando sin duda en sus receptores quienes en su mayoría comparten las ideas que en esas páginas se difunden, actitudes de auténtica hostilidad y agresividad hacia Sr. Severino y la Asociación Movimiento contra la Intolerancia.

La recomendación número siete de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia identifica el discurso del odio con aquellas expresiones que, intencionadamente difundidas, implican una incitación pública a la violencia, el odio y la discriminación.

En la doctrina jurisprudencial de los Tribunales Supranacionales, Tribunal Europeo de derechos humanos y otros organismos como el Comité de Naciones Unidas, se ha acuñado el conflicto de discurso del odio, para referirse a situaciones en las que se produce en la difusión de expresiones que instan, promueven o justifican cualquier forma de odio basada en la intolerancia.

Así la conducta típica del artículo 510 no requiere, que sea posible como resultado del mensaje, un acto agresivo contra cualquier miembro de la asociación contra la intolerancia, pues la afrenta viene a constituir la acción difusora de expresiones que inciten al odio, a la discriminación o a la violencia respecto de aquellos a los que se alude en el artículo 510.”

También resulta muy interesante la sentencia del Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona de 12 de enero de 2004 al precisar que:

“Estas reflexiones atentan frontalmente contra el derecho a la integridad física y moral protegido en el artículo 15 de la Constitución (RCL 1978, 2836) que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes, que tienen su reflejo en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (RCL 1979, 2421) o en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977, 893), en cuanto refieren que la finalidad de los golpes no es humillar y maltratar físicamente sino hacer sufrir psicológicamente, con grave menoscabo de la dignidad de la víctima que el artículo 10 del Texto Constitucional considera fundamento del orden político y de la paz social, recogiendo como definición de trato degradante la que ofrece el Tribunal Supremo en sus sentencias de 29 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7370) y 8 de mayo de 2002 (RJ 2002, 6709) «aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene un importante cuerpo de doctrina sobre que debe entenderse por trato degradante que se resume perfectamente en las sentencias Costello Roberts contra el Reino Unido, Campbell y Cossants contra el Reino Unido, A. contra el Reino Unido, casos todos en los que había maltrato físico como medida disciplinaria y en los que se acogió o no la infracción del artículo 3 del Convenio atendiendo a las circunstancias concurrentes. Dudar que la referencia a las limitaciones a la hora de recurrir al castigo físico para que sin quebrantar la salud de la mujer rebelde se le haga sufrir psicológicamente constituye una infracción del derecho fundamental, alegando, como hace el acusado, que quien está tranquilo y evita el castigo en un momento de cólera no llegará a golpear supone negar la evidencia a la que la sociedad en la que viven los destinatarios del libro, que no es la del desierto de Arabia hace catorce siglos, se enfrenta diariamente sobre actos de brutalidad contra las mujeres y que provoca un inaceptable reguero de víctimas.

Esa confrontación entre el derecho a la libertad religiosa en su dimensión externa, ejercitado por Mohamed K., y el derecho a la integridad moral de la mujer destinataria de su discurso debe resolverse en favor de este último por cuanto actúa de límite de aquél, como recoge la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en las sentencias 141/2000 de 29 de mayo (RTC 2000, 141) y 154/2002 de 18 de julio (RTC 2002, 154), y como, cuando de la colisión entre el derecho a la libertad de expresión vinculado a la libertad ideológica y el derecho al honor se trata, se plasma en la trascendente sentencia 214/1991 de 17 de diciembre (RJ 1991, 214) del mismo Tribunal, convirtiendo la conducta del acusado al redactar, publicar y difundir el capítulo del libro dedicado a los malos tratos en reprochable conforme al artículo citado al inicio del primer fundamento”

Y también la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de marzo de 2008 nos aporta:

“Parte de los autores (Landa Gorotiza) han considerado que no puede tratarse de una provocación en sentido técnico, es decir, de la provocación entendida en los términos previstos en el art. 18 del Código Penal, toda vez que ésta última es la incitación a la perpetración de un delito y, por el contrario, la provocación del art. 510 del Código Penal, al establecer como una de sus modalidades la incitación al odio, que en cuanto sentimiento privado de la persona o emoción humana nunca puede considerarse delictivo, parece claro que no es una provocación directamente encaminada a la perpetración del delito”

Por último, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 2007 número 235/2007 al disponer que:

“De acuerdo con la argumentación desarrollada en el Auto de planteamiento de la cuestión, el órgano judicial proponente parte de la consideración de que las conductas definidas como delictivas por el art. 607.2 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) no pueden enmarcarse dentro del concepto de provocación para delinquir ni tampoco en el de apología del delito, ya que el tenor literal de la indicada disposición no exige como elemento de las mismas que estén dirigidas a incitar a la comisión de delitos de genocidio ni que con ellas se ensalce al genocidio o se enaltezca a los genocidas, elementos uno y otro que, en cambio, resultan inherentes a dichas modalidades delictivas según se desprende de la definición que de las mismas ofrece el art. 18.1 CP. En opinión de la Audiencia Provincial, tampoco cabe hacer una interpretación del precepto cuestionado que lo reconduzca a esas categorías de la provocación para delinquir o de la apología del delito, toda vez que ello supondría una interpretación extensiva del mismo contraria a las exigencias del principio de legalidad penal. El comportamiento cuestionado, en tanto tipificado como delictivo por el art. 607.2 CP, es la mera difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen la existencia de hechos históricos que han sido calificados de genocidio. La Sala estima evidente el conflicto de tal tipificación con el derecho consagrado en el art. 20.1 CE (RCL 1978, 2836). Sobre este derecho recuerda la doctrina sentada por este Tribunal en las SSTC 214/1991, de 11 de noviembre (RTC 1991, 214), y 176/1995, de 11 de diciembre (RTC 1995, 76), en el sentido de considerar que ofrece cobertura a las opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, por muy erróneas o infundadas que resulten, que no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos.

Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado comparten la opinión del órgano judicial proponente de que la conducta sancionada por el art. 607.2 CP, consistente en difundir ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen el genocidio, no puede ser interpretada como una modalidad de apología del genocidio; no obstante, ambos defienden la constitucionalidad de dicho

precepto por considerar que el derecho a la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura a los mencionados comportamientos. A su modo de ver, la negación o justificación de un genocidio encierra un peligro potencial para bienes jurídicos de la máxima importancia y, por ello, no puede considerarse amparada por el derecho a la libertad de expresión. Dicho peligro potencial supondría, además, justificación suficiente para su punición, sin que ello supusiera confrontación alguna con el principio de intervención mínima propio del Derecho penal.

Coinciden también sustancialmente ambas argumentaciones, aunque con distinta terminología, respecto de cuáles son, en concreto, los bienes jurídicos afectados por la indicada conducta: los derechos de ciertas minorías religiosas, étnicas o raciales y el propio orden constitucional en tanto en cuanto el sistema democrático se vería desestabilizado por el crecimiento y extensión de ideas o doctrinas negadoras o justificadoras de ciertos hechos históricos ulteriormente calificados jurídicamente como delitos de genocidio.

Así, el razonamiento esgrimido tanto por el Abogado del Estado como por el Ministerio Fiscal se basa, fundamentalmente, en el peligro potencial que según ellos representa la difusión de ideas que nieguen o justifiquen un genocidio históricamente incontestable no sólo para las personas que pertenezcan a ese mismo grupo religioso sino para la democracia en su conjunto. De la afirmación de ese peligro deducen uno y otro, en contra del planteamiento suscrito por el órgano judicial proponente de la presente cuestión de inconstitucionalidad, la imposibilidad de que el referido comportamiento se ampare en el derecho a la libre expresión y difusión de pensamientos, ideas y opiniones que reconoce el art. 20.1 CE, así como la propia justificación de su tipificación penal.

Desde la primera ocasión en que este Tribunal tuvo que pronunciarse sobre el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión, venimos afirmando que «el art. 20 de la Constitución (RCL 1978, 2836), en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política. La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder» (STC 6/1981 de 16 de marzo [RTC 1981, 6], F. 3, recogido, entre otras, en las SSTC /1990, de 15 de febrero; 336/1993, de 15 de noviembre [RTC 1993, 336]; 101/2003, de 2 de junio [RTC 2003, 101]; 9/2007, de 15 de enero [RTC 2007, 9]). En sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la Sentencia Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976 (TEDH 1976, 6), reitera que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno (SSTEDH Castells

c. España, de 23 de abril de 1992 [TEDH 1992, 1], § 42 y Fuentes Bobo c. España, de 29 de febrero de 2000 [TEDH 2000, 90], § 43).

Los derechos garantizados por el art. 20.1 CE, por tanto, no son sólo expresión de una libertad individual básica sino que se configuran también como elementos conformadores de nuestro sistema político democrático. Así, «el art. 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas» (STC 159/1986, de 16 de diciembre [RTC 1986, 159], F. 6).

Consecuencia directa del contenido institucional de la libre difusión de ideas y opiniones es que, según hemos reiterado, 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, pues 'así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin lo cuales no existe 'sociedad democrática' (por todas, STC 174/2006, de 5 de junio [RTC 2006, 174], F. 4). Por ello mismo hemos afirmado rotundamente que «es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución –se ha dicho– protege también a quienes la niegan» (STC 176/1995, de 11 de diciembre [RTC 1995, 176], F. 2). Es decir, la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población (STDH De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997 [TEDH 1997, 12], § 49).

[...]

De este modo, el reconocimiento constitucional de la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales y en su virtud carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas (STC 176/1995 [RTC 1995, 176], F. 5). Igualmente, hemos reconocido que atentan también contra este núcleo irreductible de valores esenciales de nuestro sistema constitucional los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista (SSTC 214/1991, de 11 de noviembre [RTC 1991, 214], F. 8; 13/2001, de 29 de enero [RTC

2001, 13], F. 7). Estos límites coinciden, en lo esencial, con los que ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del apartado segundo del art. 10 CEDH (RCL 1999, 1190, 1572). En concreto, viene considerando (por todas, Sentencia Ergogdu & Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999 [TEDH 1999, 97]) que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado «discurso del odio», esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. En este punto, sirve de referencia interpretativa del Convenio la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia (SSTEDH Gündüz c. Turquía de 4 de diciembre de 2003 [TEDH 2003, 81], § 41; Erbakan c. Turquía de 6 de julio de 2006 [PROV 2006, 204512]).

[...]

.... Junto a él, el art. 510.1 CP, introducido en el Código penal de 1995 como consecuencia directa de la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 214/1991, de 11 de noviembre (RTC 1991, 214), castiga con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses a quienes provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía. Finalmente, los títulos dedicados a los delitos contra el honor y los relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas vienen a completar el ámbito penal de protección en el que se inserta también el precepto cuestionado. A través de estos tipos nuestro derecho penal se alinea con las obligaciones internacionales contraídas por España en la materia. Sin perjuicio de ello, otros países que padecieron especialmente el genocidio cometido durante la época nacionalsocialista, han introducido también en su elenco de delitos, en razón de estas trágicas circunstancias históricas, el consistente exclusivamente en la mera negación del holocausto.

[...]

Por lo demás, el comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas no puede encontrar amparo en el ejercicio de las libertades garantizadas en el art. 20.1 CE, que no protegen «las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas» (por todas SSTC 174/2006, de 5 de junio [RTC 2006, 174], F. 4; 204/2001, de 15 de octubre [RTC 2001, 204], F. 4; 110/2000, de 5 de mayo [RTC 2000, 110], F. 8).

De ese modo, resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun

cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP). Tal comprensión de la justificación pública del genocidio, y siempre con la reseñada cautela del respeto al contenido de la libertad ideológica, en cuanto comprensiva de la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas, permite la proporcionada intervención penal del Estado como última solución defensiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas protegidos, cuya directa afectación excluye la conducta justificativa del genocidio del ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), de manera que, interpretada en este sentido, la norma punitiva resulta, en este punto, conforme a la Constitución.

[...]

En definitiva, estamos en presencia de un delito de peligro abstracto que con especificidad propia se diseña a partir de la polivalente expresión cual es la «difusión» que abarca tres modalidades comisivas con una concreta referencia a «los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo». Con ello se cierra el círculo sancionador previsto por el legislador para las conductas relativas al delito de genocidio, que, por ello resulta distinto y diferenciado de otras figuras criminales como la provocación para delinquir (art. 18 CP), o la incitación al odio racial (arts. 510, 515-5º, 519 y 615 del mismo CP) supuestos de concurso o conflicto de Leyes para los que el art. 8 del Código penal ofrece las procedentes soluciones.

[...]

En efecto, la STC 214/1991 desarrolló una teoría revolucionaria de la legitimación procesal, para concedérsela a doña Violeta Friedmann, mujer judía superviviente del campo de exterminio de Auschwitz-Birkenau que reivindicaba su derecho al honor y el de todos los judíos frente a una posición negadora de los crímenes del celeberrimo doctor Mengele. Afirmamos en el F. 8 de aquella importante Sentencia que el artículo 20.1 CE no garantiza el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la Historia y del mundo tendente a menospreciar y discriminar a personas o grupos en un discurso antisemita, racista o xenófobo pues ello viola la dignidad de la persona humana, que es (en el art. 10.1 CE) uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Más contundente, si cabe, fue la STC 176/1995 cuando, en su F. 5, apostilló que la libertad de expresión es un valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución, pero que un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional (SSTC 170/1994 [RTC 1994, 170] y 76/1995 [RTC 1995, 76]). «Un cómic como éste, que convierte una tragedia histórica en una farsa burlesca, ha de ser calificado como vilipendio del pueblo

judío, con menosprecio de sus cualidades para conseguir así el desmerecimiento en la consideración ajena, elemento determinante de la infamia o la deshonra».

[...]

No se trata de favorecer la fórmula «de una democracia militante» pero sí de impedir la conversión de las instituciones que garantizan la libertad en una «democracia ingenua» que llevara aquel supremo valor de la convivencia hasta el extremo de permitir la actuación impune de quines pretenden secuestrarla o destruirla.

Tampoco comparto que el precepto, en la parte que es objeto de la declaración de inconstitucionalidad, pueda ser vulnerador de la libertad científica [art. 20.1.b) CE (RCL 1978, 2836)] porque no se trata de castigar el resultado de la investigación de un historiador demenciado que llegara a la absurda conclusión de la inexistencia de un genocidio universalmente contrastado, en cuyo caso no habría elemento intencional alguno, y por lo tanto no resultaría punible, sino de poner coto, mediante la sanción penal, a la profusión de informaciones directamente encaminadas a minimizar o a explicar hechos monstruosos de genocidio para romper la barrera de repugnancia social que impide su temible repetición.

Que ese elemento intencional, que por otra parte no se pone en duda respecto a la justificación, es el mismo que tendencialmente afecta a la negación del delito de genocidio, lo pone de manifiesto la equiparación que entre ambas conductas realiza el legislador español cuando tipifica en el apartado 2, del art. 607 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), como una misma conducta punible «la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos...», utilizando, significativamente, la preposición alternativa «o», lo que debería haber conducido a entender que tanto una como otra forma de actuación se refiere a los delitos y por lo tanto no son contrarios a nuestra Constitución, evitando la situación, en cierta manera paradójica, de que mientras en muchos países se comienza a castigar penalmente el antes citado «negacionismo» y se postula su general inclusión en los códigos penales de la Unión Europea, sea España, que se había anticipado a tipificarlo, ahora precisamente lo despenaliza.»

Y si se acude ahora a jurisprudencia de Tribunales supranacionales, podemos citar la resolución de la Sección 2ª del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de julio de 2009 (Caso Féret contra Bélgica) que precisa:

“En cuanto al motivo fundado en el artículo 10, el Tribunal de Casación se expresó así:

«(...?) el hecho de reprimir la incitación pública a la discriminación, el odio o la violencia respecto a un grupo, una comunidad o sus miembros por razones de raza, color, ascendencia, origen

nacional o étnico de éstos o de algunos de ellos, no constituye una restricción al ejercicio del derecho a la libertad de expresión inconciliable con el artículo 10 del Convenio (...?)

En tanto en cuanto sostiene lo contrario, el motivo carece de fundamento.

El recurrente ha presentado conclusiones que sostienen que al distinguir a los nacionales de los extranjeros y proponer un trato distinto según el caso, no ejerce "necesariamente" una discriminación sancionable.

A estas conclusiones responde la sentencia que el artículo 1 de la Ley de 30 de julio de 1981 se refiere, cuando habla de la discriminación que sanciona, a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que tenga o pueda tener por efecto destruir, comprometer o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en el ámbito político, económico, social o cultural o en cualquier otro ámbito de la vida social.»

[...]

Según el Gobierno, cuando se trata de una doctrina totalmente incompatible con la democracia y los derechos humanos, como es manifiesto en el caso de autos, la represión penal debe considerarse necesaria. Aunque el discurso político exige un grado elevado de protección, los políticos deben evitar hacer comentarios susceptibles de fomentar la intolerancia. Remitiendo a las sentencias Partido comunista unificado de Turquía y otros contra Turquía (TEDH 1998, 1) (30 enero 1998, Repertorio de sentencias y resoluciones 1998-I) y Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) contra Turquía (TEDH 2001, 496) ([GS], núms. 41340/1998, 41342/1998, 41343/1998 y 41344/1998, TEDH-2003-II), el Gobierno sostiene que un partido político cuyos responsables proponen un proyecto político que comprende la discriminación racial, no respeta una o varias reglas de la democracia y persigue, incluso, su destrucción y no puede aprovecharse de la protección del Convenio. La aplicación del apartado 2 del artículo 10 está, cuando menos, relacionada con el artículo 17 del Convenio (RCL 1979, 2421). Además, sería eminentemente simplista aceptar, como hace el demandante, que fue procesado por haber difundido el programa de un partido.

El Gobierno pretende, además, que el contexto del caso de autos, en lo que se refiere a las octavillas electorales, carece pues de incidencia. Al igual que la libertad de expresión, la libertad del debate político no reviste, desde luego, un carácter absoluto. El debate de los distintos proyectos políticos sólo puede reivindicarse si tales proyectos no persiguen atentar contra la propia democracia. En lo que respecta a la sanción impuesta al demandante, sí respeta los criterios elaborados por el Tribunal en la materia: los tribunales belgas han dado prueba de discreción en el uso de la vía penal al pronunciar una pena de 250 horas de trabajo en el sector de la integración de las personas de

nacionalidad extranjera y una medida de inelegibilidad por un plazo de diez años.

El demandante sostiene que las posturas políticas que defiende no constituyen una incitación a la discriminación, el odio o la violencia sino que persiguen únicamente tratar, de forma racional y por vía legal, algunas cuestiones políticas y sociales. La Sentencia del Tribunal de apelación hizo una aplicación excesiva de las restricciones que autoriza excepcionalmente el apartado 2 del artículo 10. Prueba de ello es que el partido Frente Nacional no fue prohibido, llevó a cabo su campaña electoral sin obstrucción de la justicia y el programa político del partido, imputado al demandante, fue elogiado libremente por éste durante toda la campaña electoral que concluyó con su doble elección. Su única convicción es un derecho a la diferencia para expresar el rechazo a la asimilación y la mezcla, lo que constituye tanto su derecho como el de sus electores. Las diligencias abiertas a posteriori contra un político elegido, con el pretexto del programa de su campaña electoral, no permiten concluir que las restricciones aplicadas respondieran a una necesidad social imperiosa frente a una grave amenaza.

El Tribunal considera que la condena en litigio es una «injerencia» en el ejercicio por el interesado de su libertad de expresión. Tal intromisión vulnera el artículo 10, salvo si está «prevista por la Ley», persigue uno o más de los fines legítimos respecto al apartado 2 y es «necesaria» en una sociedad democrática para alcanzarlos (véase, entre otras, Sentencia Fressoz y Roire contra Francia [TEDH 1999, 3] [GS], núm. 29183/1995, ap. 41, TEDH 1999-I).

«Prevista por la Ley»

El Tribunal constata que los tribunales competentes se fundamentaron en la Ley de 30 de julio de 1981 dirigida a reprimir ciertos actos inspirados por el racismo y la xenofobia. La injerencia sí estaba, por tanto, «prevista por la Ley».

Fines legítimos

El Tribunal estima que la injerencia tenía como finalidad la defensa del orden y proteger la reputación y los derechos ajenos.

«Necesaria en una sociedad democrática»

El Tribunal debe, por lo tanto, determinar si tal injerencia era «necesaria», en una sociedad democrática, para alcanzar dichos fines.

a) Principios generales

La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad

democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada persona. Con la salvedad del apartado 2 del artículo 10, no vale solamente para las «informaciones» o «ideas» acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, ofenden o inquietan (Sentencia Handyside contra Reino Unido de 7 de diciembre de 1976 [TEDH 1976, 6], serie A núm. 24, ap. 49).

La verificación del carácter de «necesaria en una sociedad democrática» de la injerencia en litigio impone al Tribunal determinar si ésta respondía a una «necesidad social imperiosa», si era proporcional al fin legítimo perseguido y si las razones invocadas por las autoridades internas para justificarla son pertinentes y suficientes (Sentencia Sunday Times contra Reino Unido [TEDH 1979, 1] (no 1), 26 abril 1979, ap. 62, serie A núm. 30). Para determinar si existe tal «necesidad» qué medidas deben adoptarse para responder a la misma, las autoridades nacionales gozan de cierto margen de apreciación (véase, entre otras, Sentencia Nilsen y Johnsen contra Noruega [TEDH 1999, 59] [GS], núm. 23118/1993, ap. 43, TEDH 1999-VIII).

El artículo 10.2 del Convenio (RCL 1979, 2421) no deja lugar a restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político o de cuestiones de interés general (véase Sentencia Scharsach y News Verlagsgesellschaft contra Austria [PROV 2004, 73137], núm. 39394/1998, ap. 30, TEDH 2003-XI). El Tribunal puntualiza que es fundamental, en una sociedad democrática, defender el libre juego del debate político. Concede la mayor importancia a la libertad de expresión en el contexto del debate político y considera que no se puede restringir el discurso político sin la existencia de razones imperiosas. Permitir amplias restricciones en tal o cual caso afectaría, sin duda alguna, al respeto de la libertad de expresión en general en el Estado en cuestión (Sentencia Feldek contra Eslovaquia [TEDH 2001, 463], núm. 29032/1995, ap. 83, TEDH 2001-VIII). Sin embargo, la libertad de discusión política no reviste, desde luego, un carácter absoluto. Un Estado contratante puede someterla a determinadas «restricciones» o «sanciones», pero le corresponde al Tribunal decidir en último lugar sobre su compatibilidad con la libertad de expresión tal y como la consagra el artículo 10 (Sentencia Castells contra España, 23 abril 1992 [TEDH 1992, 1], ap. 46, serie A núm. 236).

La tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa), si se vela por que las «formalidades», «condiciones», «restricciones» o «sanciones» impuestas sean proporcionales al fin legítimo perseguido (en lo que se respecta al discurso de odio y la apología de la violencia, véase, *mutatis mutándis*, Sentencias Sürek contra Turquía [TEDH 1999, 28] (núm. 1) [GS], núm. 26682/1995, ap. 62, TEDH 1999-IV y, especialmente, Gündüz contra Turquía [TEDH 2003, 81], núm. 35071/1997, ap. 40,

TEDH 2003-XI).

Preciosa para todos, la libertad de expresión lo es muy particularmente para un cargo elegido por el pueblo; él representa a sus electores, da a conocer sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por lo tanto, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición, como el demandante, exigen al Tribunal realizar un control de lo más estricto (Sentencias Castells contra España, 23 abril 1992 [TEDH 1992, 1], ap. 46, serie A núm. 236 y Jerusalem contra Austria [TEDH 2001, 97], núm. 26958/1995, 27 febrero 2001, ap. 36).

[...]

El Tribunal estima que la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación, como en el caso de autos, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos.

Por lo demás, en dos informes sucesivos sobre Bélgica, la ECRI estigmatizó la explotación del racismo y la xenofobia en la política señalando la presencia creciente de expresiones de tal naturaleza en los discursos de los partidos políticos de extrema derecha concretamente y expresaba sus más viva inquietud al respecto.

La calidad de parlamentario del demandante no puede considerarse una circunstancia atenuante de su responsabilidad. A este respecto, el Tribunal recuerda que es de crucial importancia que los políticos, en sus discursos públicos, eviten difundir palabras susceptibles de fomentar la intolerancia (Sentencia Erbakan contra Turquía [PROV 2006, 204512], núm. 59405/2000, 6 julio 2006, ap. 64). Estima que los políticos deberían ser particularmente escrupulosos, en términos de defensa de la democracia y de sus principios, puesto que su objetivo último es la propia toma del poder. En el caso de autos, a propuesta circunstanciada del Fiscal general del Tribunal de apelación de Bruselas, la Cámara de Representantes estimó que las palabras incriminadas justificaban el levantamiento de la inmunidad parlamentaria del demandante. El Tribunal considera que la incitación a la exclusión de los extranjeros constituye una lesión fundamental de los derechos de las personas y debería justificar, en consecuencia, la precaución especial de todos, incluidos los políticos.

El Tribunal concede una importancia particular al soporte utilizado y el contexto en el que

se difundieron en este caso las palabras incriminadas y, por consiguiente, al impacto potencial en la alteración del orden público y en la cohesión del grupo social. Ahora bien, se trataría aquí de unas octavillas de un partido político distribuidas en un contexto de campaña electoral, lo que constituye una forma de expresión que persigue acceder al electorado en un sentido amplio y, por lo tanto, al conjunto de la población. Si, en un contexto electoral, los partidos políticos han de gozar de una amplia libertad de expresión al objeto de tratar de convencer a sus electores, en el caso de un discurso racista o xenófobo, tal contexto contribuye a avivar el odio y la intolerancia ya que, por la fuerza de las cosas, la posición de los candidatos a las elecciones tiende a fortalecerse y los eslóganes o fórmulas estereotipadas tienden a imponerse sobre los argumentos razonables. El impacto de un discurso racista y xenófobo es entonces mayor y más dañino.

[...]

En consecuencia, el Tribunal estima que los motivos de los tribunales internos para justificar la injerencia en la libertad de expresión del demandante eran pertinentes y suficientes, habida cuenta de la necesidad social imperiosa de proteger el orden público y los derechos ajenos, es decir, los de la comunidad inmigrante

[...]

A la vista de lo que antecede, los motivos expuestos en apoyo de la condena del demandante convencen al Tribunal de que la injerencia en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión era «necesaria en una sociedad democrática».

[...]

La protección del discurso político exige apreciar las declaraciones en el marco del conjunto de la publicación, no aislándolas del resto del texto o mensaje y no pueden ser agregadas a otras declaraciones escogidas al azar. Combinar distintas declaraciones en un mensaje único supone que el público está también en condiciones de hacerlo de la misma manera que las autoridades internas.

[...]

La aplicación de la noción de discurso de odio supone igualmente que la expresión incite a un odio basado en la intolerancia o desemboque en violencia. Incitación significa «mover al odio» (Sentencia Sürek contra Turquía [TEDH 1999, 28] (núm. 1) [GS], núm. 26682/1995, ap. 63, TEDH 1999-IV). Los elementos constitutivos de la incitación (al margen de un imperioso llamamiento a la violencia o a todo acto ilegal) vienen claramente indicados en el apartado 62 de la Sentencia Sürek, en la que la estigmatización de la parte contraria se consideró una incitación por el

solo hecho de que «el contenido de las cartas era susceptible de favorecer la violencia en la región, insuflando un odio profundo e irracional contra los que eran presentados como responsables de las atrocidades que se alegaban. De hecho, el lector saca la impresión de que el recurso a la violencia es una medida de autodefensa necesaria y justificada de cara al agresor». Si se adaptan los estándares que se desprenden de la Sentencia Sürek al caso de discriminación, cabe constatar que las expresiones deben ser susceptibles de favorecer la discriminación al insuflar un odio profundo e irracional hacia aquellos a los que se presenta como responsables de las atrocidades alegadas. La discriminación, al igual que la violencia, implica el acto.

Salvo que se acepte que los «delitos de opinión» son compatibles con el orden democrático, se ha de constatar la existencia de un acto (ilegal) punible que derive directamente del discurso o que, al menos, esté sensible y realmente favorecido por éste. Debe existir otro delito cometido o susceptible de serlo y es aquí donde interviene la prevención.»

Y ya sí, por último, la sentencia de la Sección 5ª del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 10 de julio de 2008 (Caso Soulas y otros contra Francia) estableció que:

“El Tribunal considera que la condena en litigio constituye una «injerencia» en el ejercicio por el interesado de su libertad de expresión. Tal intromisión vulnera el artículo 10 salvo si está «prevista por la Ley», inspirada en uno o más de los fines legítimos en virtud del apartado 2 y es «necesaria en una sociedad democrática», para alcanzarlos (ver, entre muchas otras, Sentencia Fressoz y Roire contra Francia [TEDH 1999, 3] [GS], núm. 29183/1995, ap. 41, TEDH 1999-I).

«Prevista por la Ley»

El Tribunal constata que los tribunales competentes se basaron en los artículos 23 y 24.6 de la Ley de 29 de julio de 1881 de la prensa. La injerencia sí estaba, por tanto, «prevista por la Ley».

Fines legítimos

El Tribunal estima que la injerencia tenía como fin asegurar la defensa del orden y proteger la reputación y los derechos ajenos.

«Necesaria en una sociedad democrática»

Por tanto, el Tribunal ha de determinar si tal injerencia era «necesaria» en una sociedad

democrática para lograr dichos fines.

a)

Principios generales

La condición de «necesaria en una sociedad democrática» exige al Tribunal determinar si la injerencia enjuiciada respondía a una «necesidad social imperiosa». Los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación para juzgar la existencia de dicha necesidad, que aumenta con un control europeo de la Ley y de las resoluciones que la aplican, incluso cuando emanan de un tribunal independiente. El Tribunal es, por tanto, competente para resolver en última instancia sobre el hecho de si una «restricción» se concilia con la libertad de expresión que protege el artículo 10 (RCL 1999, 1190, 1572) (ver, entre muchas otras, Sentencias Lehideux e Isorni contra Francia [TEDH 1998, 49], previamente citada, pg. 2885, ap. 51; Asociación Ekin contra Francia [TEDH 2001, 468], núm. 39288/1998, ap. 56, TEDH 2001-VIII; Perna contra Italia [TEDH 2003, 22][GS], núm. 48898/1999, ap. 39, TEDH 2003-V).

No es tarea del Tribunal, cuando ejerce su control, sustituir a los tribunales internos competentes, si no verificar desde el punto de vista del artículo 10 las sentencias dictadas en virtud de su poder de apreciación (Sentencia Fressoz y Roire [TEDH 1999, 3], previamente citada, ap. 45). Esto no lleva consigo que deba limitarse a indagar si el Estado demandado ha utilizado este poder de buena fe, con cuidado y de forma razonable: ha de considerar la injerencia enjuiciada a la luz del conjunto del asunto, incluido el contenido de las palabras que se reprochan a los demandantes y el contexto en el que fueron expresadas (Sentencia News Verlags GmbH & CoKG contra Austria [TEDH 2000, 2], núm. 31457/1996, ap. 52, TEDH 2000-I). En particular, corresponde al Tribunal determinar si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificar la injerencia parecen «pertinentes y suficientes» y si la medida enjuiciada era «proporcional a los fines perseguidos» (Sentencia Chauvy y otros contra Francia [TEDH 2004, 47], núm. 64915/2001, ap. 70, TEDH 2004-VI). Al hacerlo el Tribunal ha de juzgar si las autoridades nacionales, fundándose en una apreciación aceptable de los hechos pertinentes, aplicaron las normas conforme a los principios consagrados por el artículo 10 (RCL 1999, 1190, 1572) (ver, entre muchas otras, Sentencias Zana contra Turquía de 25 noviembre 1997 [TEDH 1997, 96], Repertorio 1997-VII, pgs. 2547-2548, ap. 51; Lehideux e Isorni [TEDH 1998, 49], previamente citada, pg. 2885, ap. 51).

[...]

El Tribunal comienza por señalar que las cuestiones abordadas en el libro en litigio son de interés general: los problemas vinculados al establecimiento y la integración de los emigrantes en los países de acogida son actualmente ampliamente debatidos en las sociedades europeas, tanto en el plano político como en los medios de comunicación.

Esta constatación es particularmente válida en el caso de Francia que ha acogido en el curso de los años a un gran número de extranjeros y ha tenido que establecer estructuras de acogida y de políticas destinadas a integrar a esta población. Sin embargo, esta integración sólo puede ser el resultado de un proceso largo y laborioso, que conlleva fallos y dificultades de aplicación y del que se resiente una parte de esta población. De ello resultan problemas de desacuerdo e incomprensión que, en su expresión más grave, se traducen en enfrentamientos violentos entre las fuerzas del orden y algunos elementos radicales de esta población.

[...]

A la vista de lo que antecede, los motivos expuestos en apoyo de la condena de los demandantes convencen al Tribunal de que la injerencia en el ejercicio del derecho de éstos a la libertad de expresión era «necesaria en una sociedad democrática».

C.- Del caso de Autos.

Pues bien, aplicando al caso de Autos la anterior doctrina y jurisprudencia se tiene de forma incuestionable la comisión de los hechos delictivos previstos en el tipo penal.

Así, del visionado de la animación que se colgó en la web de ASI se tiene que la mujer se ve grafiada como un bulto con dos pechos que desafían la gravedad, de considerable tamaño hasta el extremo de impedirle la visión –metáfora de la mujer ciega ante la vida-, y con una serie de puntos negros en su zona genital y extremidades inferiores: todo ello denota ya la clara intencionalidad despectiva de la imagen de la mujer pues no olvidemos que esta va completamente desnuda -sic- por cuestiones ajenas a la actividad que lleva cabo en la representación gráfica -circular en bicicleta-.

Una vez la imagen se pone en movimiento tras la pantalla inicial en la que el usuario/espectador tan solo ha debido clicar sobre la palabra que constituye la modalidad de muerte, se aprecia a la mujer ya descrita marchando en bicicleta cuesta abajo por una colina hasta que se encuentre con su destino mortal, siendo que nunca puede evitar morir y ni tan siquiera lo intenta -una muestra más de la inutilidad de la mujer pues viendo la fatalidad que se le avecina, no muestra el mínimo interés en intentar esquivarlo- y continuar con vida.

La mujer así está cosificada, sólo sirve para morir ya que del juego no se

desprende ninguna otra utilidad -excepción hecha que la de ser causa de muerte de otras mujeres como es el caso de Whoopi Goldberg, la anciana o la mujer sumamente obesa que yace en el suelo, desnuda de cintura para abajo y cuyas nalgas son la causa y herramienta de muerte de la mujer en la bicicleta-. La mujer tiene como único fin en el juego morir, sin más, puesto que no se encarna otra escena de la mujer más que su muerte.

El juego tal y como está representado denigra la imagen de la mujer, la reduce a mera cosa que carece de otro fin que no sea su desaparición física y exterminio pues por si quedasen dudas la vemos mutilada, llena de cristales y ensangrentada, sin cabeza, flotando ahogada, triturada, etc...

A lo largo de la animación no existe una sola imagen positiva, o cuanto menos no negativa, de la mujer, no hay nada que muestre algo a favor de la mujer sino sólo su muerte y desaparición -ya el inicio del juego es revelador: esos dos pechos del estudio del juego que dieron lugar al debate entre si eran grandes o pequeños y en relación a qué podían ser considerados grandes-.

Además, en la imagen de la mujer no se deja nada al azar pues así vemos mujeres de avanzada edad que al inicio del juego son denominadas "grannies" como una forma de matar, abuelas en su traducción más literal de cualquier inglés básico y elemental, y aparece una anciana -cuyos pechos sí obedecen a la gravedad- siendo que muere también junto a nuestra ciclista; una actriz negra como es Whoopi Goldberg -y también muere, siendo luego su alma ascendida si bien no se sabe si por deidades o por quien- o la mujer obesa y desnuda cuyas nalgas atrapan la bicicleta haciendo que la conductora salga despedida por los aires literalmente -así la imagen de la mujer es aún mucho más denigrante para su dignidad-.

Por si ello fuera poco, no existe sonido alguno más que los gritos de dolor y muerte de la mujer ciclista para que su aniquilación física sea aún más contundente y esclarecedora.

El hombre no aparece a lo largo de la animación en ningún momento más que como transportista de un cristal de enormes dimensiones -propio de una cristalera de un escaparate y que precisa de dos varones para su llevanza- y que casualmente es atravesado por la conductora de la bicicleta que sólo tiene como objetivo en su conducción morir; y así lo consigue pues atraviesa el cristal y muere entre los añicos.

La mujer tal y como la presenta la animación enjuiciada es un objeto o cosa

indigno de vivir y que por ende tan sólo merece morir, de ahí que ese sea siempre su final; además, la mujer hace gala de su indignidad para la vida puesto que nunca intenta sortear los obstáculos que hay en su camino ni tampoco intenta sobrevivir - por ejemplo nadando cuando cae al río-. Tras ver la animación, un espectador de la misma podría llegar a preguntarse ¿para que sirve una mujer? O exclamar ¡qué inútiles son!, pues aparte de que la mujer siempre muera de forma inexorable ha de tenerse en cuenta que la mujer muere también a manos, o gracias a, otras mujeres -de avanzada edad, amplio sobrepeso o incluso de color lo que también serviría para propiciar la xenofobia y racismo- y la única imagen del hombre es como portador de armas para matar a una mujer.

La animación representa un brutal atentado contra la dignidad de la mujer, que fomenta su discriminación, odio e incita a la violencia. La mujer tal y como se la expone en la examinada animación, al ser sólo objeto de muerte y aniquilación, no merece tampoco ningún derecho ni consideración mayor de ninguna otra índole por lo que la discriminación salarial, por citar un mero ejemplo, es fácilmente predicable - si la imagen que se da de ella es la de un ser tan inútil que no merece vivir, porque ha de cobrar como el hombre si fuera capaz de llevar a cabo algún trabajo-.

La animación en sí misma es destructora de la dignidad de la mujer pues no sólo ataca a la dignidad y a su derecho a ser tratada como igual al hombre sino que es una delictiva incitación a la violencia porque sólo se predica eso en la animación: violencia y más violencia contra la mujer. A lo largo de la animación no hay nada más que agresividad, violencia, aniquilación y exterminio de la mujer, con mutilaciones y desmembramientos de esta y ello es una clara provocación e incitación a ejercer la violencia contra la mujer porque no hay otra finalidad en la animación, ni de la misma se desprende otro fin.

Además, la animación tampoco puede ser considerada como humor negro por todo lo expuesto antes -la contundencia de la animación en sí misma y lo explícito de las imágenes-, no se comprende donde puede estar el humor en ver morir a una mujer de hasta 20 formas diferentes y en tercer lugar cabe preguntarse si se podría afirmar que es humor negro si se tratase de menores quienes murieran -aunque estuvieran vestidos-, arabes, africanos, suramericanos, minusválidos, etc.... Y la respuesta a ello es no, claramente no y todo porque hay una clara concienciación de que una animación de estas características hacia una de esos sujetos sería delictiva pero hacia una mujer no, y ello porque históricamente la violencia hacia la mujer ha sido asumida socialmente como no delictiva, es decir, cierto sector de la sociedad no asume la igualdad y derecho a no discriminación de la mujer de la que gozan el resto

de ciudadanos de nuestra sociedad y de ahí que pueda parecerles que animaciones como las que nos ocupan puedan ser no delictivas, humor negro o inocentes a efectos penales cuando la realidad es justa la contraria.

Así la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en su Exposición de Motivos señala:

“La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión. Nuestra Constitución incorpora en su artículo 15 el derecho de todos a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Además, continúa nuestra Carta Magna, estos derechos vinculan a todos los poderes públicos y sólo por ley puede regularse su ejercicio.

La Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial de 1995 reconoció ya que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz y viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Además la define ampliamente como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Existe ya incluso una definición técnica del síndrome de la mujer maltratada que consiste en «las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral».

En la realidad española, las agresiones sobre las mujeres tienen una especial incidencia, existiendo hoy una mayor conciencia que en épocas anteriores sobre ésta, gracias, en buena medida, al esfuerzo realizado por las organizaciones de mujeres en su lucha contra todas las formas de violencia de género. Ya no es un «delito invisible», sino que produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social.

Los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud.

[...]

Al respecto se puede citar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979; la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la Mujer, proclamada en diciembre de 1993 por la Asamblea General; las Resoluciones de la última Cumbre Internacional sobre la Mujer celebrada en Pekín en septiembre de 1995; la Resolución WHA49.25 de la Asamblea Mundial de la Salud declarando la violencia como problema prioritario de salud pública proclamada en 1996 por la OMS; el informe del Parlamento Europeo de julio de 1997; la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1997; y la Declaración de 1999 como Año Europeo de Lucha Contra la Violencia de Género, entre otros. Muy recientemente, la Decisión n.º 803/2004/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne II), ha fijado la posición y estrategia de los representantes de la ciudadanía de la Unión al respecto. El ámbito de la Ley abarca tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que BOE núm. 313 Miércoles 29 diciembre 2004 42167 incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones, así como el principio de subsidiariedad en las Administraciones Públicas. Igualmente se aborda con decisión la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta Ley regula.

La violencia de género se enfoca por la Ley de un modo integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación. La conquista de la igualdad y el respeto a la dignidad humana y la libertad de las personas tienen que ser un objetivo prioritario en todos los niveles de socialización.”

Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el día 18 de diciembre de 1979, sancionada por el Reino de España el día 17 de julio de 1980 y ratificada en fecha de 5 de enero de 1984, establece que:

“Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos del hombre y la mujer,

Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirma el principio de

la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo,

Considerando que los Estados Partes en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos tienen la obligación de garantizar al hombre y la mujer la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos,

Teniendo en cuenta las convenciones internacionales concertadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas y de los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer,

Teniendo en cuenta asimismo las resoluciones, declaraciones y recomendaciones aprobadas por las Naciones Unidas y los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer,

Preocupados, sin embargo, al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones,

Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad,

Preocupados por el hecho de que en situaciones de pobreza la mujer tiene un acceso mínimo a la alimentación, la salud, la enseñanza, la capacitación y las oportunidades de empleo, así como a la satisfacción de otras necesidades,

Convencidos de que el establecimiento del nuevo orden económico internacional basado en la equidad y la justicia contribuirá significativamente a la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer,

Subrayando que la eliminación del apartheid, de todas las formas de racismo, de discriminación racial, colonialismo, neocolonialismo, agresión, ocupación y dominación extranjeras y de la injerencia en los asuntos internos de los Estados es indispensable para el disfrute cabal de los derechos del hombre y de la mujer,

Afirmando que el fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales, el alivio de la

tensión internacional, la cooperación mutua entre todos los Estados con independencia de sus sistemas económicos y sociales, el desarme general y completo y, en particular, el desarme nuclear bajo un control internacional estricto y efectivo, la afirmación de los principios de la justicia, la igualdad y el provecho mutuo en las relaciones entre países y la realización del derecho de los pueblos sometidos a dominación colonial y extranjera o a ocupación extranjera a la libre determinación y la independencia, así como el respeto de la soberanía nacional y de la integridad territorial, promoverán el progreso y el desarrollo sociales y, en consecuencia, contribuirán al logro de la plena igualdad entre el hombre y la mujer,

Convencidos de que la máxima participación de la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre, en todos los campos, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz,

Teniendo presente el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto,

Reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia,

Resueltos a aplicar los principios enunciados en la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer y, para ello, a adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones,

[...]

Artículo 2

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;

b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones

correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;

c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

[...]

f) Adaptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;

[...]

Artículo 5

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;"

Y en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en 1995 en Beijing -amparada por la Asamblea General de Naciones Unidas- se aprobaron una serie de resoluciones que suscribió el Reino de España y entre las que cabe destacar, por ser de interés para el objeto de nuestro juicio, las siguientes:

"112. La violencia contra la mujer impide el logro de los objetivos de igualdad, desarrollo y paz. La violencia contra la mujer viola y menoscaba o impide su disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La inveterada incapacidad de proteger y promover esos derechos y libertades en los casos de violencia contra la mujer es un problema que incumbe a todos los Estados y exige que se adopten medidas al respecto. Desde la Conferencia de Nairobi se ha ampliado considerablemente el conocimiento de las causas, las consecuencias y el alcance de esa violencia, así como las medidas encaminadas a ponerle fin. En todas las sociedades, en mayor o menor medida, las mujeres y las niñas están sujetas a malos tratos de índole física, sexual y psicológica, sin distinción en cuanto a su nivel de ingresos, clase y cultura. La baja condición social y económica de la mujer puede ser tanto una causa como una consecuencia de la violencia de que es víctima.

113. La expresión "violencia contra la mujer" se refiere a todo acto de violencia basado en el

género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada.

Por consiguiente, la violencia contra la mujer puede tener, entre otras, las siguientes formas:

a) La violencia física, sexual y psicológica en la familia, incluidos los golpes, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital y otras prácticas tradicionales que atentan contra la mujer, la violencia ejercida por personas distintas del marido y la violencia relacionada con la explotación;

b) La violencia física, sexual y psicológica al nivel de la comunidad en general, incluidas las violaciones, los abusos sexuales, el hostigamiento y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros ámbitos, la trata de mujeres y la prostitución forzada;

[...]

117. Los actos o las amenazas de violencia, ya se trate de los actos que ocurren en el hogar o en la comunidad o de los actos perpetrados o tolerados por el Estado, infunden miedo e inseguridad en la vida de las mujeres e impiden lograr la igualdad, el desarrollo y la paz. El miedo a la violencia, incluido el hostigamiento, es un obstáculo constante para la movilidad de la mujer, que limita su acceso a actividades y recursos básicos. La violencia contra la mujer tiene costos sociales, sanitarios y económicos elevados para el individuo y la sociedad. La violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales mediante los que se coloca a la mujer en una posición de subordinación frente al hombre. En muchos casos, la violencia contra las mujeres y las niñas ocurre en la familia o en el hogar, donde a menudo se tolera la violencia. El abandono, el abuso físico y sexual y la violación de las niñas y las mujeres por miembros de la familia y otros habitantes de la casa, así como los casos de abusos cometidos por el marido u otros familiares, no suelen denunciarse, por lo que son difíciles de detectar. Aun cuando se denuncien, a menudo sucede que no se protege a las víctimas ni se castiga a los agresores.

118. La violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. La violencia contra la mujer a lo largo de su ciclo vital dimana esencialmente de pautas culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o consuetudinarias y de todos los actos de extremismo relacionados con la raza, el sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad. La violencia contra la mujer se ve agravada por presiones

sociales, como la vergüenza de denunciar ciertos actos; la falta de acceso de la mujer a información, asistencia letrada o protección jurídica; la falta de leyes que prohíban efectivamente la violencia contra la mujer; el hecho de que no se reformen las leyes vigentes; el hecho de que las autoridades públicas no pongan el suficiente empeño en difundir y hacer cumplir las leyes vigentes; y la falta de medios educacionales y de otro tipo para combatir las causas y consecuencias de la violencia. Las imágenes de violencia contra la mujer que aparecen en los medios de difusión, en particular las representaciones de la violación o la esclavitud sexual, así como la utilización de mujeres y niñas como objetos sexuales, y la pornografía, son factores que contribuyen a que se perpetúe esa violencia, que perjudica a la comunidad en general, y en particular a los niños y los jóvenes.

119. La adopción de un enfoque integral y multidisciplinario que permita abordarla complicada tarea de crear familias, comunidades y Estados libres de la violencia contra la mujer es no sólo una necesidad, sino una posibilidad real. La igualdad, la colaboración entre mujeres y hombres y el respeto de la dignidad humana deben permear todos los estadios del proceso de socialización. Los sistemas educacionales deberían promover el respeto propio, el respeto mutuo y la cooperación entre mujeres y hombres.

[...]

Medidas que han de adoptarse

124. Medidas que han de adoptar los gobiernos:

a) Condenar la violencia contra la mujer y abstenerse de invocar ninguna costumbre, tradición o consideración de carácter religioso para eludir las obligaciones con respecto a su eliminación que figuran en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer;

b) No cometer actos de violencia contra la mujer y tomar las medidas necesarias para prevenir, investigar y, de conformidad con las leyes nacionales en vigor, castigar los actos de violencia contra la mujer, ya hayan sido cometidos por el Estado o por particulares;

c) Introducir sanciones penales, civiles, laborales y administrativas en las legislaciones nacionales, o reforzar las vigentes, con el fin de castigar y reparar los daños causados a las mujeres y las niñas víctimas de cualquier tipo de violencia, ya sea en el hogar, el lugar de trabajo, la comunidad o la sociedad;

d) Adoptar o aplicar las leyes pertinentes, y revisarlas y analizarlas periódicamente a fin de asegurar su eficacia para eliminar la violencia contra la mujer, haciendo hincapié en la prevención de la violencia y el enjuiciamiento de los responsables; adoptar medidas para garantizar la protección de las mujeres víctimas de la violencia, el acceso a remedios justos y eficaces, inclusive la reparación de los

daños causados, la indemnización y la curación de las víctimas y la rehabilitación de los agresores; e) Trabajar activamente para ratificar o aplicar todas las normas e instrumentos internacionales relacionados con la violencia contra la mujer, incluidos los contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes;

f) Aplicar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, teniendo en cuenta la recomendación general, aprobada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su 11º período de sesiones;

[...]

Objetivo estratégico I.2. Garantizar la igualdad y la no discriminación ante la ley y en la práctica

Medidas que han de adoptarse

232. Medidas que han de adoptar los gobiernos:

a) Dar prioridad a la promoción y protección del disfrute pleno y amplio, por mujeres y hombres en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción de ningún tipo en cuanto a raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, orígenes nacionales o sociales, bienes, nacimiento u otra condición;

Revisar las leyes nacionales incluidas las normas consuetudinarias y las prácticas jurídicas en las esferas del derecho de familia, el derecho civil, penal, laboral y comercial con objeto de asegurar la aplicación de los principios y procedimientos de todos los instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes mediante la legislación nacional, revocar cualesquiera leyes restantes que discriminen por motivos de sexo y eliminar el sesgo de género en la administración de justicia;

Revisar y enmendar las leyes y los procedimientos penales, según sea necesario, para eliminar toda discriminación contra la mujer con objeto de procurar que la legislación y los procedimientos penales garanticen una protección efectiva contra los delitos dirigidos contra la mujer o que la afecten en forma desproporcionada, así como el enjuiciamiento por esos delitos, sea cual fuere la relación entre el perpetrador y la víctima, y procurar que las mujeres acusadas, víctimas o testigos no se conviertan otra vez en víctimas ni sufran discriminación alguna en la investigación de los delitos y el juicio correspondiente;

Alentar a los medios de difusión a que se abstengan de presentar a la mujer como un ser inferior y de explotarla como objeto sexual y bien de consumo, en lugar de presentarla como un ser humano creativo, agente principal, contribuyente y beneficiaria del proceso de desarrollo:

e) Fomentar la idea de que los estereotipos sexistas que se presentan en los medios de difusión son discriminatorios para la mujer, degradantes y ofensivos”

Además, la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres establece en su Exposición de Motivos lo siguiente:

“El artículo 14 de la Constitución española proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. Por su parte, el artículo 9.2 consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

La igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos, entre los que destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983.

En este mismo ámbito procede evocar los avances introducidos por conferencias mundiales monográficas, como la de Nairobi de 1985 y Beijing de 1995. La igualdad es, asimismo, un principio fundamental en la Unión Europea. Desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el 1 de mayo de 1999, la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de las desigualdades entre unas y otros son un objetivo que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros. Con amparo en el antiguo artículo 111 del Tratado de Roma, se ha desarrollado un acervo comunitario sobre igualdad de sexos de gran amplitud e importante calado, a cuya adecuada transposición se dirige, en buena medida, la presente Ley. En particular, esta Ley incorpora al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

El pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía

escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella «perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros», en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos. Resulta necesaria, en efecto, una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla. Esta exigencia se deriva de nuestro ordenamiento constitucional e integra un genuino derecho de las mujeres, pero es a la vez un elemento de enriquecimiento de la propia sociedad española, que contribuirá al desarrollo económico y al aumento del empleo. Se contempla, asimismo, una especial consideración con los supuestos de doble discriminación y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan especial vulnerabilidad, como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes y las mujeres con discapacidad.

La mayor novedad de esta Ley radica, con todo, en la prevención de esas conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad. Tal opción implica necesariamente una proyección del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad. De ahí la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto. La Ley se refiere a la generalidad de las políticas públicas en España, tanto estatales como autonómicas y locales. Y lo hace al amparo de la atribución constitucional al Estado de la competencia para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles y las españolas en el ejercicio de los derechos constitucionales, aunque contiene una regulación más detallada en aquellos ámbitos de competencia, básica o legislativa plena, del Estado.

La complejidad que deriva del alcance horizontal del principio de igualdad se expresa también en la estructura de la Ley. Ésta se ocupa en su articulado de la proyección general del principio en los diferentes ámbitos normativos, y concreta en sus disposiciones adicionales la correspondiente modificación de las muy diversas leyes que resultan afectadas. De este modo, la Ley nace con la vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres. La ordenación general de las políticas públicas, bajo la óptica del principio de igualdad y la perspectiva de género, se plasma en el establecimiento de criterios de actuación de todos los poderes públicos en los que se integra activamente, de un modo expreso y operativo, dicho principio; y con carácter específico o sectorial, se incorporan también pautas favorecedoras de la igualdad en políticas como la educativa, la sanitaria, la artística y cultural, de la sociedad de la información, de desarrollo rural o de vivienda, deporte, cultura, ordenación del territorio o de cooperación internacional para el desarrollo. Instrumentos básicos serán, en este sentido, y en el ámbito de la Administración General del Estado,

un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, la creación de una Comisión Interministerial de Igualdad con responsabilidades de coordinación, los informes de impacto de género, cuya obligatoriedad se amplía desde las normas legales a los planes de especial relevancia económica y social, y los informes o evaluaciones periódicos sobre la efectividad del principio de igualdad. Merece, asimismo, destacarse que la Ley prevea, con el fin de alcanzar esa igualdad real efectiva entre mujeres y hombres, un marco general para la adopción de las llamadas acciones positivas. Se dirige, en este sentido, a todos los poderes públicos un mandato de remoción de situaciones de constatable desigualdad fáctica, no corregibles por la sola formulación del principio de igualdad jurídica o formal. Y en cuanto estas acciones puedan entrañar la formulación de un derecho desigual en favor de las mujeres, se establecen cautelas y condicionamientos para asegurar su licitud constitucional.

El logro de la igualdad real y efectiva en nuestra sociedad requiere no sólo del compromiso de los sujetos públicos, sino también de su promoción decidida en la órbita de las relaciones entre particulares. *La regulación del acceso a bienes y servicios es objeto de atención por la Ley, conjugando los principios de libertad y autonomía contractual con el fomento de la igualdad entre mujeres y hombres. También se ha estimado conveniente establecer determinadas medidas de promoción de la igualdad efectiva en las empresas privadas, como las que se recogen en materia de contratación o de subvenciones públicas o en referencia a los consejos de administración.*

Artículo 1.1

Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria.

Artículo 3

El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.”

Junto a lo anterior, no se puede olvidar que la legislación española pese a los amplios avances producidos al amparo de la democracia y en los últimos años de nuestra historia, no se ha prodigado por amparar y promover la igualdad y no discriminación entre hombre y mujer sino por situar a esta en una situación de

inferioridad y dependencia respecto del hombre fruto ello de una visión de primacía del hombre en una sociedad netamente patriarcal, nótese que el Fuero del Trabajo de 14 de marzo de 1938 tenía como fin el librar a la mujer casada del taller y de la fabrica, junto a que en la dictadura franquista se anuló la ley del divorcio, se anularon también los segundos matrimonios contraídos al amparo de esa legislación y declararon ilegítimos a los hijos habidos fruto de aquellas relaciones, se impidió a las mujeres ocupar determinados puestos de funcionarias a determinar por el Ministerio correspondientes y las estudiantes de universidad debían cursar al mismo tiempo “enseñanzas del hogar” o no podrían seguir cursando enseñanzas superiores.

Además, la mujer no podía sin licencia del esposo adquirir a título oneroso ni licrativo ni enajenar sus bienes ni obligarse salvo en los supuestos establecidos por Ley y respecto de los bienes gananciales el marido era el administrador único de los bienes salvo disposición en contrario y de los bienes privativos la mujer debía pedir licencia al marido, tampoco podía solicitar partición de bienes ni recibir herencia. Y a partir de 1958 se le permitió a la mujer ser testigo en los testamentos y albacea testamentaria si bien continuó precisándose licencia marital pues según la Exposición de Motivos de la ley de reforma del Código Civil de 24 de abril de 1958 la potestad de dirección del matrimonio está atribuida al marido; se admitió la separación si bien el domicilio familiar era del marido y la mujer era textualmente “depositada” en otro domicilio y el artículo 57 del Código Civil decía que el marido debía proteger a la mujer y esta obedecer al marido.

Siguiendo con las diferencias establecidas, hasta 1970 las mujeres no tuvieran escolarización obligatoria hasta los 14 años de edad y hasta 1975 la mujer no tuvo independencia para disponer de sus bienes propios –desaparición de licencia marital- aunque los bienes adquiridos bajo el matrimonio siguieron precisando de permiso del marido para su disposición.

O por ejemplo, en el orden penal la mujer sólo tenía protegida su integridad física en casos de violencia cuando se producían lesiones graves o muerte porque según el Código Civil se preveía un “*ius corrigiendo*” por parte del marido -que hemos señalado antes que era a quien la esposa debía sumisión-; ello fue así hasta una reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975. Además, la situación de una mujer menstruante se equiparaba con un trastorno mental transitorio y se justificaba así una menor imputabilidad amén que se establecía un régimen especial de rebaja o sustitución de la pena para la mujer delincuente por entenderse que no estaban preparadas ni física ni psíquicamente para soportar las mismas penas que se imponían a los hombres condenados.

Y tampoco puede olvidarse la agravante específica de “desprecio de sexo” que requería como sujeto activo del delito al varón, como sujeto pasivo a la mujer, y que el primero actuara con el elemento subjetivo de desprecio a la mujer; se excluía esta agravante cuando había habida provocación en la mujer previa al delito por una conducta sexual o moral no ajustada a los patrones históricos -lo que convertía los procedimientos judiciales en una inspección de la vida íntima de la víctima y en los casos de provocación de la mujer no sólo no se aplicaba la agravante sino que se aplicaba atenuante o incluso eximente al hombre por el conocido como “crimen pasional“- y la justificación de esta agravante se hallaba en la “inferioridad biológica de la mujer respecto al hombre como a las funciones sociales encomendadas como madre, esposa y cuidadora de los valores familiares encargada de transmitirlos de una generación a otra” o la mera existencia del delito de uxoricidio -que convertía a la mujer en un mero objeto- y decía el artículo del Código Penal de 1944 *“el marido que, sorprendiendo en acto de adulterio a su mujer, matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualquiera de las lesiones graves, será condenado con la pena de destierro. Si le produjere lesiones de otra clase, estará exento de pena. Estas reglas, son aplicables en análogas circunstancias a los padres respecto de las hijas menores de 23 años y sus corruptores, mientras aquellas vivieren en la casa paterna.”*

Todo lo anterior no son más que pequeños ejemplos de cómo históricamente la mujer en nuestra sociedad no ha gozado de una situación de igualdad y no discriminación, y como la animación enjuiciada, su exhibición y reproducción, alientan y promueven la imagen de una mujer inferior e inútil, que no vale ni para vivir, por lo que obvia y evidentemente se ve quebrantada su igualdad con el varón y el derecho a ser tratada con igualdad respecto a este -derecho a no ser discriminada-. La propagación de animaciones como la que nos ocupa no fomenta ni contribuye en absoluto a establecer ni situar al hombre y mujer en un plano de igualdad, lo que justamente son, sino que la presenta y representa como un ser banal cuya muerte es graciosa, o graciable, con cuya vida se puede jugar y cuya inteligencia es tan escasa que no hará nada por intentar salvar su existencia: la animación es clara puesto que no deja nada al azar al dibujar a la mujer en la forma en la que lo hace -dos pechos ascendentes le tapan la visión, y su cuerpo está mal representado de forma deliberada aparta que está desnuda para denigrarla aún más-, los únicos sonidos que se oyen son los gritos de ella al morir, siempre muere y en varias ocasiones se observan sus miembros esparcidos por la pantalla, muere incluso a manos de otras mujeres - ancianas, una mujer famosa de color, una obesa desnuda en el suelo-.

Por todo ello, se considera como delictiva la exhibición de la animación

puesto que la misma incita claramente al odio, discriminación –entendida también como quebranto del derecho a la igualdad y dignidad humana- y a la violencia – se puede golpear a la mujer puesto que no se defiende, no pasa nada, puede ser divertido, no tiene dignidad y no merece ser tratada ni con respeto ni como una igual al hombre- y su exhibición vulnera derecho interno español, derecho internacional y las obligaciones internacionales contraídas por el Estado español.

Además, la animación vulnera todos y cada uno de los párrafos enumerados supra así como el resto de Resoluciones que se aprobaron en Beijing '95 y ello porque la animación supone un claro y grave menoscabo a la dignidad de la mujer puesto que de los gráficos se desprende una imagen de la mujer que es antagónica a la de la igualdad con el hombre: la mujer es inferior, y su única utilidad es morir, nada más se ve en el juego –excepto pedalear en bicicleta de camino a la muerte, realmente ni llega a pedalear-.

Visto el juego, cabe preguntarse ¿para que sirve una mujer?

Con todo lo anterior no se consigue más que ofrecer una imagen de la mujer como un trasto, un ser inútil, inferior, reducido, ciego ante el camino por el que circula, que sólo sirve para morir y desaparecer, y que inclusive entre ellas mismas se matan aún de forma accidental - cuan torpes pueden llegar a ser insinúa la animación de forma nada sutil-, que son obesas, viejas y de un cociente intelectual tan reducido que ven objetos en su camino y no intentan evitarlos, no se dan cuenta que van a morir o pueden resultar lesionadas, y no intentan hacer nada: ahí siguen su camino imperterritas y obcecadas hacia su muerte.

La animación no entra dentro del humor negro -o ¿sostendríamos lo mismo si el juego fuera con gente de otra raza/etnia o en relación con la Segunda Guerra Mundial?-, entra de lleno en el tipo penal por todo lo anterior, pues sitúa a la mujer en una posición de inferioridad e indignidad, en la que siempre muere.

Y tras la animación, parece ser que sin el hombre la mujer se habría extinguido, pues sino no se entiende como siendo como es –que sabiendo que va a morir no hace nada por salvarse- aún sigan vivas: el hombre como salvador, ese ser superior.

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que el juego se denomina “*The Naked Woman*” o “La mujer desnuda” en su traducción lo que no es más que una forma muy sibilina de intentar encubrir la realidad de lo que subyace, pues quien se lo

descarga puede creer que hay una mujer sin ropa y descargárselo movido por un impulso libidinoso pero luego comprueba que si bien si hay una mujer en cueros, esta sólo muere una y otra vez de forma indefectible. Además, después del título aparece un letrero que dice *"You decide what she hits"* que puede traducirse o entenderse, no sólo por comprender la lengua inglesa sino a la vista de lo que acontece, como "Tu decides que la golpea" o "Tu decides con que se golpea" y exactamente eso ocurre: el usuario escoge un objeto o forma con el que la mujer va a morir, eso sí, desnuda – para denigrar aún más la figura de la mujer-.

El nombre del juego así pues pretende disimular lo que hay detrás del mismo, y si bien no dice explícitamente "20 formas de matar a una mujer" es lo que es, ya en Derecho Civil existe el aforismo de que los contratos son lo que son y no lo que dice que son, perfectamente aplicable al supuesto de autos pues el juego puede llamarse "La mujer desnuda" pero bien podría denominarse "20 formas de matar a una mujer", "Propuestas de matar a una mujer", "Como matar a una mujer de hasta 20 formas diferentes" o las que al macabro ingenio de cada uno se le vayan ocurriendo.

La realidad no se deja enmascarar por mucho que uno pretenda jugar con el lenguaje y el juego exhibe su verdadera cara una vez se inicia el visionado del mismo, de ahí que la discusión verbal acerca de si periódico "El Mundo/El día de Baleares" manipuló el nombre del juego o no sea estéril a efectos de la presente resolución.

La difusión del juego y su exhibición en la web de ASI supone incorporar todo ese discurso al lenguaje de quienes permiten y toleran tales actos: C [REDACTED]. y J [REDACTED] R [REDACTED]; estos dos no pueden alegar desconocimiento de aquello que contenía la animación pues una la vio con el informático, así ha quedado probado, y debe tenerse en cuenta que si ella se le exhibió directamente a F [REDACTED] la web donde descargarse la animación es porque con anterioridad ya la había buscado y sabía exactamente qué contenía esa web y que es lo que salía en la animación: primero porque quería saber que iba a colgarse en la web de ASI y segundo porque si querían colgar una animación en la web de ASI, debían saber que ese programa era una animación y no otra cosa –pues sólo querían colgar una animación y ninguna otra cosa más-.

Y por la parte que le corresponde a J. R [REDACTED], este por mucho que niegue haber tenido relación alguna con la animación que nos ocupa, debe rechazarse tal alegación por cuanto se tiene por más que probado que vio la animación en la web de ASI y permitió que la misma continuase allí colgada, todo ello, cuanto menos, tras recibir la misiva del Institut de la Dona de Illes Balears en el mes de diciembre de

2005.

Tal y como se ha dicho antes, tener colgada esa animación en la web supone incorporar lo que en la misma se expresa al discurso de C. F. y J. R.: colgar eso es sinónimo de pronunciar un discurso abogando por matar a una mujer de esas múltiples formas, no hay la menor diferencia más que la modalidad de la representación gráfica que supone un dibujo en movimiento; hubiera sido indiferente que J. R. y C. F. hubieran debatido públicamente sobre que vía de matar mujeres es más certera de las presentadas en la animación, que la propia animación o que leer estas sin más –uno no convoca manifestaciones de algo en lo que no cree, ni acude a actos públicos de lo que le disgusta ni acude al teatro a ver obras que sabe que no le van a gustar, pues lo mismo sucede con lo que cada uno cuelga en la web, que sólo pone lo que lo gusta y al ordenar C. F. que se colgase y J. R. permitir que continuara colgada la animación, ambos acusados mostraban su conformidad con el contenido de la misma-.

A mayor abundamiento, debe recordarse que la animación se cuelga de forma aislada y sin ningún contexto, carece de crítica o de mensajes de que ASI este disconforme o repudie animaciones o programas como el que nos ocupa; tampoco consta en la web de ASI que colocaran un sistema de chats o posts para que los usuarios comentaran que les parecía la animación y que así esta pudiera servir como acicate del debate público ni que la animación fuera parte de una campaña contra la Violencia de Género, sino que tal y como se colgó la animación en la web de ASI la única finalidad que tiene es la que tipifica el artículo 510.1º como delito: provocar y promover odio, violencia y discriminación hacia la mujer –a diferencia de la documental que aportó la defensa de C. F. en su escrito de calificación de los hechos en los que se comprueba como ese video/animación formaba parte de una campaña de lucha contra la violencia de género-.

La animación se incorporó así al discurso de J. R. y C. F. mediante la exhibición en la web y de ahí que su difusión en la página de ASI sea equipararlo a pronunciar un discurso, y he ahí el dolo: el respaldo público que le dieron a esa animación, su exhibición durante más de un mes, es el dolo.

Al compartir lo que la animación incita y supone, al decir con la animación lo que no dicen de viva voz están expresando y materializando el dolo delictivo: el publicarlo y mantenerlo es el dolo del delito.

De porque no es derecho penal del enemigo.

Como ya se ha anunciado anteriormente, este tipo penal, y la condena a los aquí acusados, no constituye ningún derecho penal del enemigo sino que se enmarca claramente dentro del derecho penal mínimo de cualquier Estado o de un derecho penal de peligro abstracto como otros autores lo han llegado a denominar tal y como se ha expuesto supra.

Günter Jakobs establecía una definición de Derecho penal del enemigo en contraposición al del ciudadano, y decía que el Derecho Penal del ciudadano deberá ser a que el ciudadano exteriorice su conducta para poder reaccionar pero el Derecho Penal del enemigo actuará en una fase previa a la comisión del delito debido a la alta peligrosidad de las acciones del sujeto que hacen necesaria una intervención más temprana y por ende tiene 3 características, cuales son:

- Amplio adelantamiento de la punibilidad.
- Se castiga un hecho futuro.
- Se suspenden determinadas garantías del proceso penal.

Con todo ello, Jakobs mantiene que se eliminan peligros pero se crean tipologías delictuales de autor: el delincuente es identificado como un enemigo muy peligroso por lo que se justifica la intervención pronta.

Por el contrario, Luigi Ferrajoli mantiene que el sistema de Derecho Penal considera a la pena como un medio de prevención general de delito y que se evita la venganza, las penas arbitrarias y desproporcionadas a la par que se garantizan una serie de derechos del acusado. Ferrajoli mantiene así que con los fines antes expuestos se logra un derecho penal mínimo y garantista.

Y tras la anterior introducción, se ve rápidamente como no se vulnera ninguna garantía constitucional ni se está ante un Derecho Penal del Enemigo que indicaba la defensa de la acusada C. [REDACTED] F. [REDACTED] ya que no estamos ante un adelantamiento de la barrera de la protección penal y en consecuencia no se está ante una penalización de un hecho futuro: el discurso del odio del artículo 510 CP y las demás acciones que pena el delito, establecido ya que la provocación no puede ser comparada ni exigida con la del artículo 18 CP, son en sí mismas idóneas para materializar un daño directo en la integridad moral y la dignidad personal de los individuos o de los colectivos a los que se estigmatiza –la mujer en nuestro caso-, por lo que existe un nexo causal entre la utilización de la libertad de expresión para realizar discursos de odio y el daño que éste inflige a las personas que son

estigmatizadas en el mismo, hecho este que facultaría a la limitación del mismo. El lenguaje del odio pretende incluir a los odios en un momento de humillación y transferirles esa violencia llevada a cabo contra sus señas identitarias, contra aquello que representa algo para ellos.

Pero no es sólo opinión de quien suscribe el hecho de que no nos encontramos ante un enjuiciamiento de un delito de Derecho Penal del Enemigo, sino que Mari Matsuda en “Public Response” mantiene esta postura así como Bhikhu Parekh en “Hate Speech” y Richard Delgado y Jean Stefancic en “Must We Defend Nazis?” así como Owen Fiss en “Libertad de Expresión y Estructura Social”.

No hay aquí ningún enemigo a quien combatir o sancionar, hay unos hechos en los que se propaga odio, discriminación y violencia y que son dignos de sanción penal –también cabe recordar que en el apartado de la jurisprudencia española se ha rebatido la posibilidad que fuera Derecho Penal del Enemigo, pues las resoluciones invocadas califican ese tipo penal como derecho penal de peligro abstracto y es indiferente que posteriormente a los hechos que aquí se pena no se haya detectado delitos de odio, discriminación o violencia hacia las mujeres en estricta relación con el visionado de la animación como dicen las resoluciones ya citadas supra ni tampoco un aumento notable entre la población de una discriminación o actitudes así entendibles hacia la mujer o que menoscaben su dignidad-.

De la condena de C [REDACTED] F [REDACTED].

Como se ha expuesto antes, C [REDACTED] E. era una persona muy próxima a las esferas de poder y decisión dentro de ASI hasta el extremo de si bien no ser afiliada si sentirse muy integrada en el mismo y afín a su ideología -véase su defensa en Sala de que ASI no era un partido de minorías y el semblante con el que la pronunció, así como la enumeración de las tareas que efectuaba dentro de ASI reconocidas por ella misma así como por los testigos que sí eran afiliados de ASI y depusieron en el Plenario-; C [REDACTED] hizo las gestiones necesarias para que se contratase a un informático en ASI ya que ese partido político lo necesitaba y ahí entra en acción M [REDACTED] F [REDACTED] quien durante un tiempo desarrolló las tareas de actualización y mantenimiento de la página web de ASI siempre según las ordenes que la acusada C [REDACTED] le indicaba por escrito -según algunos testigos de la defensa y la propia acusada, si bien no hay constancia de un solo escrito en Autos, sólo unos documentos que aportó el propio M [REDACTED] F [REDACTED] y que parecen ser más bien unas hojas de objetivos obrantes a los Folios 544 y ss-; además se dijo que J [REDACTED] R [REDACTED] en estos temas no participaba ya que delegaba en ellos y se encargaba más de

la parte del Ayuntamiento de Lluçmajor por ser concejal de aquel.

C [REDACTED] continuó alegando que todos los trabajos le eran entregados al informático, que este los iba ejecutando sin una supervisión estricta y que en cuanto a la animación informática sólo se le dijo que colgase en la web de ASI algo que se moviera, sin especificarle nada en concreto y que en las festividades navideñas de 2005/2006 ella se marchó a Argentina por lo que nada más supo del tema hasta que regresó de allá en el mes de febrero cuando ya se había retirado la animación de la web, que sí la había visto pero en un periódico digital puesto que la habían llamado desde ASI para comentarle el tema.

Pero todo ello no se considera como cierto a la luz de las pruebas practicadas en Plenario, y en instrucción, pues se tiene la declaración del testigo M [REDACTED] F., el informático, que admitió que conocía a C [REDACTED] F [REDACTED], que esta medió en su contratación para ASI puesto que el precitado partido precisaba de un informático, que siempre se comunicaba únicamente con ella para las cuestiones laborales y que fue ella quien le comentó que querían una animación para la web de ASI a lo cual le respondió que ello sería caro pues requería tiempo y trabajo. C [REDACTED] F. le dijo en ese momento que por cuestiones económicas se descartaba la idea y le dio en su lugar la dirección de una página web en la que visionaron juntos una parte de la animación que nos ocupa –lo que lógicamente hace concluir que ella ya había visitado esa web y sabía que allí había una animación, pues quería eso, así como el contenido de la misma, no fuera que esta contuviera algo inapropiado como una rubia haciendo una felación a un negro que dijo J. R [REDACTED] como contenido previo de la web de ASI a eliminar-, y ya posteriormente F [REDACTED] descargó en su domicilio particular el programa para subirlo a la web de ASI el día 2 de diciembre de 2005.

Llegados a este punto, tenemos versiones contradictorias, entre la acusada y el testigo si bien como se ha dicho se reputa mucha mayor credibilidad al testigo que a la acusada y ello por las numerosas contradicciones en la que la versión de esta se han encontrado.

Así en primer lugar, esta negó en todo momento haber visionado la animación pero se debe tener en cuenta en primer lugar que el informático F [REDACTED] afirma que la vieron juntos, al menos cuando la escena en la que la mujer desnuda muere por arrollar a un can, y que fue la propia F [REDACTED] quien le indicó la web donde podía conseguir la animación; aparte de ello, debe recordarse como en el careo practicado en el Plenario –solicitado por la defensa de la C. F [REDACTED]–, la acusada dijo que en cada país el sentido del humor es diferente, lo que lleva a concluir de forma clara,

lógico y racional que F [REDACTED] vio la animación y le pareció divertida –extremo este compartido por el testigo, quien, casualmente, es también originario de Argentina como la acusada por lo que ambos tienen el mismo sentido del humor y por ende todo ello viene a confirmar el visionado de la animación-.

En segundo lugar debe decirse que la acusada falta a la verdad cuando sostiene que ella se encontraba fuera de territorio nacional durante el tiempo de exhibición en la web de ASI –lo que también dijo al Folio 538 de su declaración en fase de instrucción-, ya que de los billetes que se aportaron en el Plenario se desprende que la acusada salió de Palma de Mallorca con destino a Buenos Aires el día 12 de enero de 2006, justo dos días antes de que se retirara la animación y cuando esta ya había sido colgada la mayor parte del tiempo.

Además, y en tercer lugar, en absoluto resulta creíble que todo el material que el informático ha de colgar en la web de ASI se le dé en CD, correo electrónico o por escrito pero que justamente para decirle la animación que debía colgar se le diera libertad plena –extremo este también indicado al Folio 538 bis de su declaración en sede instructora-; resulta sumamente llamativo que para una vez que nadie le da estrictas ordenes, el informático realice unos hechos que concluyen en unas Diligencias Previa, y en un Juicio Oral, y más cuando el informático se encuentra a las ordenes de un partido político, empleador que debe procurar máximo cuidado por el mensaje que transmite y mayor atención que un empresario usual –no se concibe que se le dé tanta libertad cuando hasta ese momento había sido sometido a un estricto control acerca de lo que se debía colgar y lo que no en la web de ASI-. El testigo dijo que esta animación había sido pedida a conciencia ya que era un formato flash, con protección y sin copyright, lo que demuestra aún más la concreción del encargo.

En cuarto lugar, y de forma correlativa con la anterior, tampoco resulta nada verosímil ni pausable la versión de los hechos ofrecida por la acusada ya que tras los hechos que nos ocupan, el informático continuó a las ordenes de ASI por un tiempo –hasta que sus servicios fueron innecesarios según manifestaciones de los testigos y del propio informático- cuando si fuera cierto que el responsable único de los hechos era este, lo más normal hubiera sido un despido o cese inmediato, pero no sólo retiró “*The Naked Woman*” y colgó “El mamut se hizo mierda” –sic- sino que se mantuvo la relación laboral durante unos meses más tal y como reconocieron las partes en el Plenario; siendo algo sumamente inconcebible de ser cierta la versión de C [REDACTED] F [REDACTED] y máxime cuando ella misma podía haber despedido al informático tal y como este mismo aseveró.

Por último, cabe recordar también como el testigo afirmó que pese a no haber hablado del tema con J. R. [REDACTED] anteriormente cuando lo comentó con este para retirar “*The Naked Woman*” de la web de ASI ni estaba enfadado, sorprendido o alterado, sino que estaba tranquilo por lo que conocimientos de la existencia del programa previos a la alarma y repulsa social que se creó debía tener.

Si bien, tampoco se puede dejar de mencionar lo manifestado por A. [REDACTED] F. [REDACTED] cuando depuso que la instalación de la animación se le ordenó con carácter de urgencia a fin de retirar el contenido anterior que obraba en la pestaña “*¿Qué pasó con Céspedes?*” y que era origen de disputas con un ex afiliado, contenido de la pestaña que era polémico y también origen de diversos problemas según manifestaciones de J. R. [REDACTED].

Por ello, se debe concluir que resulta del todo inconcebible la versión ofrecida por la acusada de que ella no es responsable en modo alguno de que se subiera la animación/juego a la web y que todo fue responsabilidad del informático; es justo al contrario: ella fue la única culpable en primera instancia de que el juego se subiera a la web puesto que ella fue quien dio las ordenes pertinentes y necesarias a tal fin, siendo el informático el brazo ejecutor de las mismas tal y como el mismo reconoció.

Y también debe decirse que los testigos que militan, o militaban en ASI, nada pudieron aportar para que este Juzgador tenga alguna duda acerca de la culpabilidad de Cl. [REDACTED]. F. [REDACTED] pues la testigo R. [REDACTED] C. [REDACTED] J. [REDACTED] dijo ser la secretaria de la mujer en ASI durante los años 2005 y 2006, y que F. [REDACTED] era la única que tenía contacto con el informático y que esta siempre le entregaba el material a colgar en la web en formato CD –algo que no puede saberse con certeza porque si la única que habla con el informático es la acusada, como puede tener un conocimiento tan certero la testigo, por lo que esa afirmación de “siempre” debe ser acogida con matices ya que ella no estaba presente en las reuniones entre F. [REDACTED] y F. [REDACTED].

Pero a mayor abundamiento, esta testigo dijo que a F. [REDACTED] no le dieron nada de lo que se colgó puesto que sería tirarse piedras en el propio tejado si bien de nuevo aquí la testigo se contradice, y resta así credibilidad a su declaración, puesto que ella no estuvo presente en la reunión entre F. [REDACTED] y F. [REDACTED] y afirma saber lo que le entregó esta para colgar; y es más, la propia F. [REDACTED] siempre ha manifestado que en el supuesto que nos ocupa hubo ordenes verbales, no un CD y que en esos contactos no había nadie más –la testigo así pues se ve despojada de la mínima credibilidad al no ser ni tan siquiera coherente con las palabras de la propia acusada,

palabras estas que si coinciden con las del testigo F [redacted] quien admite que hubo ordenes verbales y que en las mismas no había nadie más que la acusada F [redacted]-.

F [redacted] y F [redacted] coinciden en que se reunieron –si bien luego discuten por el contenido de la reunión- y que no había nadie más y que las ordenes de colgar algo en movimiento fueron verbales, pero he aquí que la testigo dice que todo era en CD y que no se le dijo nada a F [redacted] de lo que tenía que colgar sin haber estado ella presente en la reunión entre F [redacted] y F [redacted], siendo que los contactos con ASI y F [redacted] los ejercía únicamente F [redacted] y nadie más.

El otro testigo, también militante de ASI, J [redacted] P [redacted] G [redacted] también exculpó a J. R [redacted] de cualquier gestión en la web de ASI –pese a ser el partido que presidía- y dijo que F [redacted] era el informático, que las instrucciones se daban por escrito, en soporte CD o por correo electrónico pero siempre por parte de la acusada F [redacted] y que él ayudó a J. R [redacted] a intentar localizar en la web el programa que nos ocupa cuando este último recibió la carta del Institut Balear de la Dona transcurridas las navidades de 2005 si bien no encontraron nada.

El testigo G [redacted] continuó indicando que se le ordenó al informático que retirara de la web de ASI el apartado “*Que pasó con Céspedes*” y que no sabe porque no lo hizo, que no le pidieron explicaciones a F [redacted] por ello porque comenzó el tema que nos ocupa y que cuando dijo que “colgar la animación en la web de ASI fue obra de alguien ajeno al partido” obedece a una deducción lógica de él que carecía de ninguna prueba; pues bien, resulta que este testigo también estaba siempre ausente de las reuniones de F [redacted] con F [redacted], no llega a explicar nunca porque sin ser afiliada de ASI la acusada F [redacted] ella era la única que contactaba con el informático F [redacted] a quien se le daban ordenes que supuestamente incumplía y ni se le pedían explicaciones, a pesar de que sí cobraba por su trabajo, ni lo despedían. Y encima, si el cometido principal del informático era retirar la pestaña “*Que pasó con Céspedes*” por todos los problemas que estaban teniendo, problemas puestos de manifiesto por los acusados, los testigos afiliados a ASI, el testigo F [redacted] y el propio A [redacted] C [redacted] R [redacted] en el Plenario, no se entiende porque no fue lo primero que hizo y porque no le pidieron explicaciones cuando supuestamente le ordenaron que lo hiciera y no lo hizo: es todo incomprensible.

Además, también carece de lógica que las reuniones con un empleado de ASI las lleve a cabo alguien que no es afiliada a ASI y que nadie exija responsabilidades ni a esa persona, F [redacted] ni al informático, F [redacted], pero que todos coincidan en que el material siempre se le entregaba a este último en CD, correo electrónico o papel:

¿Cómo pueden saberlo sino estaban presentes en los encuentros entre ellos dos?
¿Cómo pueden saberlo si F [REDACTED] sólo rendía cuentas a F [REDACTED]? ¿No pensó nadie que había errores de comunicación cuando le ordenan, supuestamente, retirar la pestaña relativa a que pasó con C [REDACTED] a F [REDACTED] y este no la retira?.

La amistad de este testigo con los acusados, o al menos con R [REDACTED] le lleva al extremo de mentir en el Plenario a lo largo de toda su declaración como se está exponiendo y así llega a afirmar que la carta del Institut Balear de la Dona se recibió pasadas las fiestas navideñas, cuando el propio J [REDACTED] R [REDACTED] afirmó lo contrario y por la fecha de envío de esta -19 de diciembre de 2005- es claro que se recibió antes en la sede de ASI puesto que la carta se envió desde la localidad de Palma hasta Lluçmajor, por lo que no tuvo que recorrer grandes distancias.

La declaración de este testigo va pareja a la de la anterior, y carece de credibilidad, es absurdo todo lo que dijo y más si quiere que este Juzgador se crea que no encontraron nada de la animación en la pestaña “*¿Qué pasó con Céspedes?*”, cuando es obvio que el juego estaba allí puesto ya que hasta el día 14 de enero no fue retirado desde su fecha inicial de subida el día 2 de diciembre: aquel día lo vieron y les dio igual –como se desprende de los Folios 524 y concordantes, el programa estuvo allí colgado de forma ininterrumpida del día 2 de diciembre de 2005 al día 14 de enero de 2006-.

Y no sólo se tiene como cierto que la animación estuvo colgada en la web de ASI desde el día 2 de diciembre de 2005 hasta el día 14 de enero de 2006 por la documentación obrante al Folio 524 y concordantes, sino también por la declaración del testigo-perito M [REDACTED] M [REDACTED] P [REDACTED] –doctor en informática por la Universitat de Illes Balears, docente de Formación Profesional y de la Universidad y experto en seguridad informática- que en el Plenario dijo que cada acceso a Internet deja un rastro o constancia y que el control de acceso a la web sirve para gestionar los contenidos y que se ve con los archivos de localización –que permiten una auditoría de todo lo que ha pasado en un servidor, dijo que era como un historial-.

El perito concluyó que el Folio 130 es un extracto del fichero de localización –folio coincidente con el 524 y concordantes-, es decir, ese folio refleja el flujo de la web de ASI en esas fechas y horas lo que viene a corroborar que el juego se subió a la web el día 2 de diciembre de 2005 y se bajó el día 14 de enero de 2006 –siendo subido y bajado por el informático F [REDACTED] en su domicilio y su puesto de trabajo “Amigoautos” respectivamente-, sin que entre esas fechas fuera manipulado.

Por último en relación a este testigo, concluir diciendo que el Folio 130 y anteriores es un informe de la empresa ACENS que es la empresa que prestaba el servicio de comunicaciones e internet al partido ASI para que tuviera representación en la web, hacía las funciones de servidor externo por lo que tampoco cabe dudar de la veracidad de la información remitida por esta empresa.

Tampoco el testigo G [REDACTED] R [REDACTED] introdujo dudas en la culpabilidad de F [REDACTED] pues este afirmó que no se controlaba si el informático F [REDACTED] hacía el trabajo que se le encargaba y por el que sí cobraba, que la gente de ASI no accedía a la web a fin de controlar y ver la evolución de la misma –irrazonable y asombroso- y que en la web no vio la animación porque accedió a esta pasadas las fiestas navideñas –si bien no indicó que día en concreto-; y añadió que F [REDACTED] era la única que contactaba con el informático, que este cobraba de ASI y que ignoraba como le transmitía F [REDACTED] a F [REDACTED] las ordenes del trabajo a efectuar si bien ASI se las daba a F [REDACTED] de forma verbal y que se fiaban del informático.

Bien, según este testigo se tiene que F [REDACTED], que no es afiliada de ASI, recibe ordenes que no se sabe como se transmiten a F [REDACTED] y que nadie controla a este, pero si que cobra de ASI a pesar de que no se supervise su trabajo puesto que se fían de él: ilógico, irracional, increíble e incomprensible. No es posible que nadie se crea esto, es impropio de un partido político semejante nivel de descontrol y además esta declaración colisiona frontalmente con lo afirmado por los otros testigos cuando manifiestan que todo se entregaba en soporte físico para el informático.

Los testigos supra relacionados acudieron al Plenario a deponer sobre unos hechos de los que no conocían y han sido hallados en contradicciones a lo largo de las declaraciones de cada uno, entre ellos mismos y con las declaraciones de los acusados: no tienen la mínima credibilidad y respecto del testigo J [REDACTED] P [REDACTED] G [REDACTED] se deducirá testimonio porque sus falsedades y contradicciones son tan numerosas y de tal intensidad que este Juzgador considera que no obedecen a descuidos, fallos de la memoria u omisiones sino a un claro propósito de beneficiar al acusado J [REDACTED] R [REDACTED] F [REDACTED] como se ha expuesto.

Y el resto de testigos no pudieron aportar nada en relación a la participación de la acusada F [REDACTED] en los hechos ya que nada conocían de los mismos y así A [REDACTED] C [REDACTED] dijo que únicamente tuvo conocimiento de la detención de F [REDACTED] que preguntó la razón de la detención y que es posible que F [REDACTED] le dijera que colgase la animación en la web de ASI por orden de R [REDACTED], que los Folios 137 y 138 son su declaración ante la Guardia Civil, y que los leyó antes de firmarla por lo

que “lo que hay es lo que dijo”.

Ca [redacted] R [redacted] y M [redacted] S [redacted] tampoco mencionaron a C [redacted] F [redacted] sino tan sólo como tuvieron conocimiento de la animación y que hicieron tras ello, por lo que sus declaraciones no fueron relevantes a efectos de determinar la responsabilidad penal de la acusada F [redacted]; y en cuanto a la declaración del agente de la Guardia Civil R-[redacted]-HQ, este se remitió al contenido del atestado y se ratificó en el mismo y relató como tras ser requeridos por la Fiscalía de Illes Balears comenzaron a investigar.

Como se ha dicho anteriormente, la animación supone un acto plenamente insertable en el tipo penal del artículo 510.1º del Código Penal por lo que ordenar que la misma sea colgada en la web siendo conocedora del contenido—lo que se produjo el día 2 de diciembre de 2005 según consta al Folio 524— resulta penalmente reprochable por las razones supra expuestas y a las que se remite este Juzgador en aras a evitar reiteraciones innecesarias.

De la condena de J [redacted] R [redacted].

Por su parte, J [redacted] R [redacted] F [redacted] igualmente se verá condenado pues su comportamiento también resulta incardinable en el tipo penal del artículo 510.1 del Código Penal ya que si bien su participación no es inicial —no ordenó a M [redacted] F [redacted] que colgase en la web la animación que nos ocupa— si que permitió la comisión del delito una vez el mismo se inició.

El juego o animación se subió a la web de ASI el día 2 de diciembre de 2005 tal y como consta al Folio 524 de actuaciones, desde una dirección IP correspondiente al domicilio del testigo A [redacted] F [redacted] —como consta en los Hechos Probados— y se retiró de la web de ASI el día 14 de enero de 2006 desde una dirección IP correspondiente a “Amigoautos” —también descrito en los Hechos Probados—, centro de trabajo del precitado testigo —no se ha acabado de confirmar si F [redacted] llamó a R [redacted] para preguntarle si lo retiraba o viceversa pues aquí las versiones difieren y este extremo es irrelevante a efectos penales—; en todo ese lapso de tiempo el juego no sufrió ninguna modificación o alteración en la web de ASI lo que se corrobora por el Folio 524 y anteriores -informes de ACENS, empresa de informática que realiza las funciones de servidor de la web de ASI y muestra el flujo de información de subida y descarga de su web, y la cual muestra como el juego de “*The Naked Woman*” se subió el día 2 de diciembre de 2005 y hasta el día 14 de enero de 2006 no se substituyó por la canción del mamut—.

Pues bien, fijado ya que el juego no resultó modificado durante más de 45 días debe explicarse porqué la conducta de J [REDACTED] R [REDACTED] resulta reprochable criminalmente y ello deviene de su negativa a retirar la animación de la web una vez recibió la misiva de la Directora de l'Institut Balear de la Dona, I [REDACTED] L [REDACTED] W [REDACTED] remitida el día 19 de diciembre de 2005 –vid Folio 11- y su contestación al Folio 14 con fecha de entrada en el organismo público el día 13 de enero de 2006.

La carta que se mandó a ASI iba dirigida al Presidente de este partido, cargo detentado por J [REDACTED] R [REDACTED] al menos a la fecha de los hechos, y en la misma se detallaba exactamente donde se encontraba el juego que nos ocupa y las negativas y perjudiciales consecuencias que el mismo producía –vulneración derecho a la igualdad y denigración imagen de la mujer-; sin embargo, J [REDACTED] R [REDACTED] remitió una carta a principios de enero de 2006 –por lo que la carta que él recibió lo fue en fechas de finales de diciembre de 2005- en la que manifestaba no haber entendido el idioma en el que estaba escrito el texto y que le deseaba haber pasado unas buenas fiestas navideñas a la Directora del Institut de la Dona de Illes Balears.

J [REDACTED] R [REDACTED] en el Plenario reconoció haber recibido la carta en época navideña, que la leyó, que la entendió y que quizá respondió socarronamente pero ello fue porque con I [REDACTED] L [REDACTED] –Directora del Institut de la Dona- no había entendimiento, y continuó alegando que la susodicha animación no la encontró en la web de su partido inclusive pidiendo ayuda a un colaborador del mismo –J [REDACTED] P [REDACTED] G [REDACTED]-; y es más, dijo que él no se encargaba de supervisar directamente que contenidos se colgaban en la web puesto que delegaba en sus colaboradores y él se centraba en las labores de representación de ASI en el Ayuntamiento de Lluçmajor, pues era Alcalde Pedáneo de S´Arenal. Además, dijo no tener ninguna relación con la animación y que cuando tuvo conocimiento de la misma, telefoneó al informático A [REDACTED] F. -día 14 de enero de 2006- y le ordenó que la retirara, que este le dijo que tardaría un par de días o tres, que él insistió en que debía retirarla cuanto antes y que en su lugar colgara cualquier otra cosa.

Pues bien, su versión carece de credibilidad por diversas razones que se irán desgranando; y así no resulta pausable que si en la carta se detalla donde se encuentra la animación dentro de la web de ASI, J [REDACTED] R [REDACTED] no la encuentre. La carta es clara y sencilla, expone donde está la animación -sección *¿Qué pasó con Céspedes?* y lo que la misma significa y representa y no se puede concebir como no acertó a encontrar J. R [REDACTED] en la web de su propio partido y que él dirigía, una animación que le había sido descrita como sumamente gravosa para la mujer y su imagen.

En segundo lugar, si fuera cierto que no la encontró tampoco resulta lógico que no contactara ni con A [REDACTED] F [REDACTED] –el informático- ni con C [REDACTED] F [REDACTED] n –colaboradora de ASI y máxima encargada del contenido de la web según todos los testigos depusieron en Plenario y el propio R [REDACTED] declaró en sede de instrucción a los Folios 534 y ss-. Si él no encuentra la animación, y él tampoco conocía de la animación con anterioridad, ¿porque no llamó por teléfono y pidió información a las dos personas que se la podían dar –máxima cuando a principios de enero si que según sus propias palabras sí telefoneó al informático para ordenarle la inmediata retirada del programa que nos ocupa?. Pero es que siguiendo con las propias contradicciones del acusado R [REDACTED], dijo que sí pidió ayuda a C. F [REDACTED] pero que ni juntos vieron la animación, ¿Cómo no van a encontrar la animación, si F [REDACTED] es la que le había encargado a F [REDACTED] el trabajo que tenía que hacer?, ¿Cómo no va a localizar R [REDACTED] lo que está buscando junto a la persona que sabe donde está porque es la que ha ordenado que allí se cuelgue? Es imposible que no lo viera; lo vio y decidió que allí siguiera y así fue hasta que el revuelo social que se creó fue tan grande que se vio obligado a ceder –portadas de periódicos, noticias, manifestación y declaraciones institucionales del Consell Insular de Mallorca y de otros municipios de la isla-.

A mayor abundamiento, debe recordarse que siempre, F [REDACTED] y J. R [REDACTED], hicieron hincapié –declaración de R [REDACTED] en el Plenario por ejemplo- en que la labor principal del informático F [REDACTED] fue reelaborar la parte de la web relacionada con un ex-militante de ASI apellidado C [REDACTED], siendo que la animación que nos ocupa estaba allí colgada; y resulta que pese a ello J [REDACTED] R [REDACTED] no encontró la animación en la web al recibir el escrito del Institut Balear de la Dona. Resulta francamente inconcebible.

En el Plenario, intentó travestirse y enmascararse la función de M [REDACTED] F. en ASI diciendo que tenía que actualizar la web de ASI en general, prepararla para las elecciones municipales que iban a celebrarse y también modificar el contenido de la pestaña “¿Qué pasó con Céspedes?”, pero de lo depuesto por los afiliados de ASI como testigos en el Plenario, de lo manifestado por el propio A [REDACTED] M [REDACTED] así como de la declaración de ambos acusados se tiene que el principal e inmediato cometido de A [REDACTED] M. F [REDACTED] tras su contratación era remodelar el contenido de la sección “¿Qué pasó con Céspedes?” pues este apartado de la web les estaba acarreando numerosos problemas tanto de posicionamiento en los buscadores de internet – Folios 544 y siguientes-, es decir, cuando alguien introducía las palabras ASI y J [REDACTED] R [REDACTED] en la web que resultado obtenían- y también según dijo J. R [REDACTED]

en el Plenario, querían retirar la imagen anterior de esa sección en la que aparecía una rubia haciendo una felación a un negro; por todo eso, J [REDACTED] R [REDACTED] debía saber que la carta del Institut de la Dona se refería de forma unívoca a la sección “*¿Que pasó con Céspedes?*” y evidentemente que R [REDACTED] lo supo y aún así ignoró por completo el contenido de la misiva, despreciando así las advertencias que se le hicieron y dando validez al contenido de la animación –mención aparte de que la pretendida justificación de la preparación de la web para las próximas elecciones se ve frustrada por el lapso temporal que aún restaba, pues los hechos se sitúan en diciembre 2005 y enero 2006 y las elecciones locales y autonómicas más cercanas en el tiempo lo son en mayo de 2007-.

Además, debe tenerse también en cuenta que el informático también continuó trabajando para ASI con posterioridad a estos hechos tal y como se ha expuesto antes –extremo que nadie negó ni tan siquiera en el turno de última palabra de los acusados o en el careo entre la acusada C. F [REDACTED] y el testigo M. F [REDACTED]- por lo que también resulta incoherente que desde ASI, la principal perjudicada por estos hechos, no se despidiera al supuesto responsable de unos hechos que tantos perjuicios políticos como partido –imagen del partido y eventuales votantes perdidos- y personales a su presidente y una colaboradora les ha causado.

Por último ha de señalarse que el acusado R [REDACTED] manifestó que él buscó la animación en compañía de otro afiliado a ASI y no la encontraron ninguno de los dos, y eso es porque alguien la habría retirado de la web de ASI y quizá luego ese alguien la subió de nuevo a la web de ASI; pero eso también es falso por los aludidos Folios 524 y concordantes en los que se aprecia solamente una subida del juego el día 2 de diciembre de 2005 y ya no consta que lo vuelvan a subir, sino que este permaneció allí colgado hasta el día 14 de enero de 2006, fecha en la que lo retiró de forma definitiva y permanente el informático A [REDACTED] F [REDACTED] –debiéndose tener en cuenta que si alguien lo hubiera retirado y vuelto a colgar, constaría un rastro tal y como figura de esta carga y descarga así como manifestó el perito M [REDACTED] M [REDACTED] respecto de los ficheros de localización que ya han sido objeto de comentario-.

Por todo lo anterior, se estima que es también criminalmente responsable del delito tipificado en el artículo 510.1º del Código Penal a J [REDACTED] R [REDACTED] F. por cuanto su conducta es constitutiva del mismo al haber contribuido de forma activa a la provocación a la discriminación y violencia a la mujer: pudo dar ordenes para retirar la animación y no lo hizo, contribuyó a que siguiera propagándose el mensaje de odio, violencia y discriminación que expresa la animación y con la exhibición de ese juego/animación incorporó a su lenguaje todo lo que conlleva la animación

contribuyendo así a su propagación y haciendo suyo el contenido y carga de las imágenes que se ven.

Aquí no hay una incitación directa contra la mujer con expresiones directas contra ella, sino que es más sutil por cuanto hay una animación que se exhibe y difunde y eso, la exhibición y difusión, equivale a expresarlo: exhibir algo es incorporarlo a tu lenguaje porque uno exhibe lo que comparte.

Con la exhibición que consintió J [REDACTED] R [REDACTED] incorporó a su lenguaje lo que significa y conlleva esa animación en su integridad, incorporándose así al delito que hasta ese momento era sólo autoría y responsabilidad de C [REDACTED] F [REDACTED]; y decimos exhibición que consintió porque no queda duda de que a mediados de diciembre de 2005, J [REDACTED] R [REDACTED] podría haber ordenado que se retirara la animación de la web y no lo hizo, permitió que esta continuara en la web y respondió de la forma en la que lo hizo al Institut Balear de la Dona mostrando así su opinión acerca de la relevancia del juego que nos atañe puesto que es incuestionable que lo vio –se le detalló donde estaba ubicado y era la web de su propio partido-. Él pudo detener el visionado de la animación y no quiso, lo permitió y toleró sin darle la mayor importancia y la carta que escribió –cuya autoría fue reconocida por él mismo– habla por sí misma.

Del delito de asociación ilícita.

Por lo que concierne a este segundo delito, se procederá a la absolución del mismo al no apreciarse la concurrencia de todos los elementos del tipo penal.

Así, la sentencia número 259/2010 de 30 de junio de la sección 3ª Audiencia Provincial de Madrid establece que:

“Los hechos declarados probados son constitutivos, en primer lugar, de un delito de asociación ilícita previsto y penado en el artículo 515.5º del Código Penal que declara punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de algunos de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía o inciten a ello.

En el delito de asociación ilícita el bien jurídico protegido es el derecho de asociación como garantía constitucional, según un sector doctrinal, o, según otro el orden público y en particular la propia institución estatal, su hegemonía y poder frente a cualquier organización que persiga fines

contrarios y antitéticos a los de aquella, TS 234/2001 de 3 de mayo.

El tipo penal requiere como elemento básico una asociación, cuyo concepto jurídico penal tiene un contenido más amplio que el atribuido civilmente, y que vendría dado por los siguientes elementos:

a) la agrupación de personas para la consecución de un fin, unión que no ha de ser esporádica sino que ha de tener cierta duración en el tiempo o estabilidad,

b) que la unión esté presidida por ideas de estructura jerárquica y disciplina, entendiéndose por tal el sometimiento de sus miembros o las decisiones de otro u otros miembros que ejercen la jefatura;

c) que haya una voluntad colectiva encaminada hacia alguno de los fines que establece el apartado quinto del artículo 515 del C.P. y

d) una estructura adecuada para la comisión de los fines propuestos, que aparece como el nexo de unión y concierto entre sus miembros, hasta el punto de conformar el ente superior y distinto al de los componentes individualmente considerados, no siendo necesario que la asociación se mueva en un amplio espacio geográfico ni tampoco se excluye esta especial figura delictiva por el hecho de que la misma organización se dedique a actividades lícitas, TS sentencias de 28/10/1997, 27/11/1998, 57/2002 de 23 de enero, 27-6-2007 y 765/2009 de 9 de Julio ."

Y la sentencia de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid número 89/2009 de 14 de septiembre:

"El art. 515 del C.P . vigente entiende que tienen la consideración de punibles las asociaciones ilícitas, estableciendo cuáles pueden tener tal consideración, y sancionándose en los arts. 516 a 519 las conductas de los diferentes miembros de dichas asociaciones ilícitas según la clase de asociación ilícita de que se trate, y la participación que se tenga en la misma y la forma de dicha participación.

En el número 1º del art. 515 del C.P . se dice que deben considerarse asociaciones ilícitas y por lo tanto punibles "1º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada" diferenciándose en el art. 517 del C.P . la pena a imponer según se trate de los fundadores, directores y presidentes de la asociación o de miembros activos de la misma.

Respecto al concepto de asociación al que se refiere el art. 515 del C.P ., es evidente que una asociación está formada por un conjunto de personas unidas para llevar a cabo determinada

finalidad, pero para que pueda entenderse como asociación ilícita, no amparada por lo tanto por el derecho de asociación que reconoce el art. 22 de la C.E . y punible según establece el art. 515 del C.P . es preciso que concurren una serie de requisitos fijados por la Jurisprudencia en numerosas sentencias como la de 19 de enero de 2007 que, recogiendo otras anteriores, señala como tales los siguientes:

a) Pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad.

b) Existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista.

c) Consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio.

d) El fin de la asociación que en el supuesto del art. 515.1º del C.P . debe consistir en cometer algún delito o, después de constituidas, promover su comisión, o cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.

La Jurisprudencia de la Sala 2ª del T.S. en numerosas sentencias entre las que cabe citar la de 20 de enero de 2009 (RJ 2009, 898) , 25 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 1611) , 7 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5708) y otras muchas, entiende, como lo hace en la segunda de las citadas en la que se recogen resoluciones anteriores que "en el delito de asociación ilícita del art. 515.1 CP , el bien jurídico protegido lo constituye el ejercicio del derecho constitucional de asociación, comportando los supuestos tipificados claras extralimitaciones al ejercicio constitucional de tal derecho. Lo relevante es que una cosa es el bien jurídico que protege el tipo de asociación ilícita y otra el que se protege en la posterior acción delictiva que se cometa, de forma que el delito de asociación ilícita tiene sustantividad propia basada en un bien jurídico singular, como lo demuestra el hecho que la asociación es anterior a la puesta en peligro de los bienes jurídicos de la acción delictiva subsiguiente, consumándose desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva".

Ello significa obviamente que la condena por pertenencia a una asociación ilícita de las que el art. 515.1 del C.P . entiende como punibles exige que resulte acreditado no sólo la pertenencia del acusado a una supuesta asociación, sino también la existencia de dicha organización y que la misma debe ser considerada como ilícita de acuerdo con lo que establece el referido precepto y la participación activa del acusado dentro de dicha organización.

Así, según se mantiene por la Sala 2ª del T.S. en la sentencia de 25 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 1611) , "no cabe pues confundir -dice la STS. 415/2005 de 23.3 (RJ 2005, 6506) - el delito de asociación ilícita para delinquir, con el delito o delitos cometidos al desenvolver el fin

social; ni puede tampoco considerarse la pluralidad de sujetos integrada en la asociación como un caso de codeinfluencia o coparticipación en los delitos de posterior comisión, ni siquiera cuando ésta lo es a título de conspiración para el delito, pues si en ella, como en la asociación, existe un acuerdo previo para delinquir, la diferencia está en el carácter de inestabilidad de su existencia y en la concreción del delito a realizar, que la conspiración presenta, frente a la asociación ilícita para delinquir en la que existe estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa y una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar".

Y si aplicamos lo anterior a nuestro caso se tiene que en el delito del artículo 515 del Código Penal el *leit motiv* es que la asociación esté sometida a los fines ilícitos, no basta que uno o varios miembros cometan delitos valiéndose de la asociación o en su seno, sino que la asociación en sí misma se haya constituido para delinquir y aquí no sucede eso: ASI es un partido político que podrá tener sus detractores y sus votantes pero no ha quedado acreditado que entre sus fines tenga la incitación ni la provocación al odio, violencia ni discriminación a la mujer; si es cierto que la animación se colgó en su web pero todos los testigos afiliados a ASI manifestaron que los contactos con el informático eran una cuestión exclusiva de la acusada C [REDACTED] y que ellos no se encargaban de nada de la cuestión de la web más que de elegir los contenidos pero que después ya era algo entre F [REDACTED] y F [REDACTED], que las reuniones eran entre ellos dos solamente y que el informático no hablaba con nadie más. Además, tampoco hay constancia de que más gente de ASI hubiera dado la aprobación de que se colgara la animación de *La mujer desnuda* y el hecho de que el presidente R [REDACTED] resulte condenado por estos hechos no significa que cuente con el respaldo del resto de afiliados.

A esta conclusión se llega tras examinar las declaraciones tanto en sede de instrucción como en el Plenario de los acusados, de los testigos –todos ellos- y de la documental obrante en Autos –siendo plenamente irrelevante el programa electoral pues nada aporta- y tras ello se estima que no existe prueba de cargo suficiente que acredite que ASI tenga como fin, ya único ya principal, la difusión de un mensaje de odio, discriminación y violencia hacia la mujer que conlleven la sanción penal por delito de asociación ilícita.

TERCERO.- Los hechos enjuiciados son constitutivos de un delito cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados en la Constitución previsto en el artículo 510.1º del Código Penal.

La tipificación penal es clara por todo lo expuesto en el apartado anterior al que nos remitimos expresamente en aras a evitar reiteraciones innecesarias.

De dicho delito son autores los acusados, por su participación directa en los hechos, y a tenor de lo establecido en el artículo 28 del Código Penal pues C [REDACTED] dio las ordenes para que se colgara en la web la delictiva animación y J [REDACTED] R. una vez recibió la carta, vio la animación y permitió de forma expresa que la misma continuara colgada y exhibiéndose en la web de ASI, una dio inicio a los actos delictivos y el otro continuó con los mismos cuando bien hubiera podido cesarlos sin mayor problema por cuanto era el Presidente de ASI y quitar la animación de la web era cuestión de segundos.

CUARTO.- En sede de individualización penológica, y ante la inexistencia de circunstancias atenuantes/agravantes de la pena, debe imponerse a los acusados condenados J [REDACTED] R [REDACTED] F [REDACTED] y C [REDACTED] F [REDACTED] S [REDACTED] las penas solicitadas por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular.

Las defensas solicitaron que se aplicara la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas pero la misma no puede entenderse como vigente para los hechos enjuiciados no en su actual redacción operada por Ley Orgánica 5/2010 - artículo 21.6º del Código Penal pues no se aprecia una extraordinaria e indebida dilación en la tramitación del procedimiento ni por la interpretación jurisprudencial de analogía que tradicionalmente ha venido realizándose y ello porque según sentencia de 457/2010 de 25 de mayo de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo:

“Articula el Ministerio Fiscal dos motivos en su recurso: por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. (LEG 1882, 16) por aplicación indebida de la atenuante analógica de dilaciones indebidas como muy cualificada al considerar que no son estimables en la causa los criterios determinados por la jurisprudencia para aplicarla ni como simple ni como cualificada, y por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24.2 CE (RCL 1978, 2836) ., al no motivar suficientemente el Tribunal de instancia en la sentencia las razones de la aplicación de la referida atenuante. Ambos motivos por su relación deben ser analizados conjuntamente.

Con carácter general conviene señalar que las atenuantes analógicas, como su propio nombre indica y así lo recuerda con frecuencia la jurisprudencia, exige basarse en circunstancias de análoga significación u otras expresamente previstas por el legislador, lo que en el caso de dilaciones indebidas no existe una atenuante similar prevista en el CP. siendo pues una construcción netamente jurisprudencial.

En efecto, resumidamente expuesto el fundamento de esta atenuación es el siguiente: el derecho positivo reconoce ciertas circunstancias posteriores a la comisión del delito, que al implicar un reconocimiento de la vigencia de la norma realizado por el autor del delito con posterioridad a la comisión del mismo, compensan (al menos en parte) la culpabilidad por el hecho (art. 21, 4ª y 5ª CP. (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)). Teniendo en cuenta que la pena constituye, exteriormente considerada, una pérdida de derechos fundamentales, se ha considerado por la doctrina más moderna, que las lesiones de derechos fundamentales que son consecuencia de un desarrollo irregular del proceso deben ser abonadas en la pena pues tienen también un efecto compensador de la parte de culpabilidad por el hecho extinguida por dicha pérdida de derechos, es decir, una situación que es análoga a la de las circunstancias posteriores a la consumación del delito que prevén los n.ºs. 4 y 5 del art. 21 CP . Este efecto compensador, como lo señala la STS de 2-4-93 (RJ 1993, 3016) , también se deduce directamente del art. 1º CE, dado que, siendo la justicia uno de los valores superiores del orden jurídico, se deben computar en la pena los males injustificados que el acusado haya sufrido a causa de un proceso penal irregular, pues es un imperativo de justicia que el autor no reciba por el delito una pérdida de derechos mayor al equivalente a la gravedad de su culpabilidad. Dicho con otras palabras: la privación de bienes y derechos que produce la pena no debe ser de superior gravedad que la gravedad de la lesión jurídica causada por el autor.

Admitido este punto de vista se requiere establecer de qué manera se debe efectuar la compensación, es decir cuánto se debe considerar extinguido de la culpabilidad por la lesión jurídica sufrida por el acusado. El legislador no ha proporcionado reglas específicas, pero si se trata de circunstancias posteriores a la comisión del hecho que operan extinguiendo parte de la culpabilidad es indudable que tienen un efecto análogo a todas las que operan de la misma manera y que aparecen en el catálogo del art. 21 CP. (n.ºs. 4 y 5). Contra esta afirmación no cabe oponer que los n.ºs. 4 y 5 del art. 21 CP . sólo se refieren al "actus contrarius" del autor y que en el supuesto de la lesión del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas tal "actus contrarius" no se da. En efecto, como hemos visto, la filosofía de la ley penal emerge claramente de los arts. 58 y 59 CP . y pone de relieve que lo decisivo es la pérdida del derecho porque comporta un adelanto parcial de la reducción del status jurídico del autor que debe ser abonada en la pena para mantener la equivalencia entre la gravedad de ésta y la gravedad de una culpabilidad en parte extinguida por dicha anticipación parcial de la pena. Es indudable, entonces, que existe una analogía que permite fundamentar la aplicación del art. 21.6º CP . porque todos los hechos posteriores que tienen un efecto compensador de la culpabilidad deben operar como atenuantes de la pena. Lo importante es el significado, no la morfología de la circunstancia.

Por otra parte, la reconducción de la cuestión a la cláusula abierta del art. 21.6ª CP . tiene una consecuencia práctica altamente importante, toda vez que somete la atenuación de la pena al régimen general de su individualización de la pena. De esta manera se excluye todo riesgo de arbitrariedad en el manejo de los principios aquí establecidos. La pena aplicable junto con la pérdida

del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas habrá respetado la proporción adecuada entre el hecho y su sanción, dentro de los límites en los que el legislador ha considerado que ello debe tener lugar para no frustrar la estabilización de la norma infringida".

Siendo así en relación a la atenuante de dilaciones indebidas, la doctrina de esta Sala, siguiendo el criterio interpretativo del TEDH en torno al art. 6 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (RCL 1979, 2421) que reconoce a toda persona "el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable", ha señalado los datos que han de tenerse en cuenta para su estimación, que son los siguiente: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual periodo temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles.

Por ello, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003 (TEDH 2003, 59) , Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003 (TEDH 2003, 60) , Caso López Solé y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan).

Además de lo anterior, se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en el momento oportuno, pues la vulneración del derecho, como recordábamos en la STS nº 1151/2002, de 19 de junio (RJ 2002, 8798) , "no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836) mediante la cual poniendo la parte al órgano Jurisdiccional de manifiesto su inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa (Sentencias del Tribunal

Constitucional 73/1992 (RTC 1992, 73) , 301/1995 (RTC 1995, 301) , 100/1996 y 237/2001 (RTC 2001, 237) , entre otras; STS 175/2001, 12 de febrero (RJ 2001, 280)".

Sin embargo, sobre este punto también se ha dicho en ocasiones, por ejemplo STS nº 1497/2002, de 23 septiembre (RJ 2002, 8169) , "en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar porque en el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad.

Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el artículo 24 CE sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza". Así pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional, que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (artículo 11.1 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635)), y que se concreta en la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso de paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables.

*Pero más allá de la falta de unanimidad en la exigencia de esa denuncia previa, **si existe acuerdo en que no basta la genérica denuncia al transcurso del tiempo en la tramitación de la causa, sino que se debe concretar los periodos y demoras producidas, y ello, porque el concepto "dilación indebida" es un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso (elemento temporal) y junto a la injustificación del retraso y la no atribución del retraso a la conducta del imputado, debe de determinarse que del mismo se han derivado consecuencias gravosas ya que aquel retraso no tiene que implicar éstas de forma inexorable y sin daño no cabe reparación (SSTs. 654/2007 de 3.7 (RJ 2007, 4927) , 890/2007 de 31.10 (RJ 2007, 7304) , entre otras), debiendo acreditarse un específico perjuicio más allá del inherente al propio retraso.***

*Como dice la STS. 1.7.2009 (RJ 2009, 6697) **debe constatarse una efectiva lesión bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por reducción del interés social de la condena que haga que la pena a imponer resulte desproporcionada, pues si los hechos concretos perseguidos***

revisten especial gravedad, se reduce la relevancia del tiempo transcurrido en relación con la necesidad de pena, subsistente en su integridad (STS. 3.2.2009 (RJ 2009, 1667)).

Asimismo, como destaca el Ministerio Fiscal en el recurso, las paralizaciones o retrasos de entidad injustificados en la tramitación de la causa, deben quedar señalados y acreditados en la sentencia cuando el Tribunal aprecia la atenuante, y la motivación que ofrezca el Tribunal debe resultar suficiente (STS. 17.3.2009 (RJ 2009, 1676)).

Por ello en cuanto a las dilaciones indebidas para su apreciación como muy cualificada esta Sala requiere la concurrencia de retrasos de intensidad extraordinaria, casos excepcionales y graves, cuando sea apreciable alguna excepcionalidad o intensidad especial en el retraso en la tramitación de la causa (SSTS. 3.3.2009 (RJ 2009, 1403) , 17.3.2009), o en casos extraordinarios, de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúan muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente. La STS. 31.3.2009 (RJ 2009, 2451) precisa que para apreciar la atenuante como muy cualificada, se necesita un plus que la Sala de instancia debe expresar "mediante la descripción de una realidad singular y extraordinaria que justifique su también extraordinaria y singular valoración atenuatoria".

Y también la sentencia número 326/2010 de 13 de abril de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo manifiesta:

“En el motivo décimo, sostienen la pertinencia de aplicar la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, teniendo en cuenta que la denuncia se formalizó en el año 2006.

1. El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución (RCL 1978, 2836) , no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable.

Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. Es preciso en cada caso el examen de las actuaciones, a fin de comprobar si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa debido a paralizaciones sin explicación o a la práctica de diligencias de evidente inutilidad, o, en definitiva, que no aparezca suficientemente justificado, bien

por su complejidad o por otras razones; que sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan). En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el periodo a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos. (STEDH de 28 de octubre de 2003 (TEDH 2003, 60) , Caso López Sole y Martín de Vargas c. España).

En cuanto a sus efectos, esta Sala ha descartado, sobre la base del artículo 4.4º del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), que la inexistencia de dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez del proceso y por ello de la sentencia condenatoria. Por el contrario, partiendo de la validez de la sentencia y de que la Constitución reconoce el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, ha admitido la posibilidad de proceder a una reparación del derecho vulnerado mediante una disminución proporcionada de la pena en el momento de la individualización, para lo que habrá de atender a la entidad de la dilación en relación con los demás datos de la causa.

La jurisprudencia ha vinculado la atenuación en estos casos a la necesidad de pena, debilitada si el transcurso del tiempo es relevante y si las particularidades del caso lo permiten. (En este sentido la STS nº 1432/2002, de 28 de octubre (RJ 2002, 8274) ; la STS nº 835/2003, de 10 de junio (RJ 2003, 4399) y la STS nº 892/2004, de 5 de julio (RJ 2004, 4445)). **Asimismo, la ha relacionado con el perjuicio concreto que para el acusado haya podido suponer el retraso en el pronunciamiento judicial** (STS nº 1583/2005, de 20 de diciembre (RJ 2006, 686) ; STS nº 258/2006, de 8 de marzo (RJ 2006, 2237) ; STS nº 802/2007, de 16 de octubre (RJ 2007, 7313) ; STS nº 875/2007, de 7 de noviembre (RJ 2008, 1081) , y STS nº 929/2007, de 14 de noviembre (RJ 2008, 257) , entre otras). Ambos aspectos deben ser tenidos en cuenta al determinar las consecuencias que en la pena debe tener la existencia de un retraso en el proceso que no aparezca como debidamente justificado.

Esta Sala ha venido exigiendo, además, que se especifiquen por el recurrente los plazos de paralización que considera injustificados o las diligencias que entiende inútiles.

2. Ninguna de las exigencias jurisprudenciales se cumplen en el caso. Las características del

proceso, con numerosas personas implicadas y con un gran amplitud de hechos sometidos a averiguación, es coherente con la duración concreta, que no puede valorarse como excesiva. De otro lado, las recurrentes no designan momentos concretos de paralización injustificada, o la adopción y práctica de diligencias cuya inutilidad fuera evidente desde el momento en que se acuerdan, que pudieran dar lugar a un retraso que se pudiera calificar razonablemente como indebido.”

Pues bien, examinado el caso de Autos tenemos que las defensas no han alegado los plazos de paralización que considera injustificados, que diligencias practicadas estima inútiles, que daños y/o perjuicios se les ha causado a sus poderdantes con la supuesta dilación del procedimiento y porque hay una dilación indebida en relación al procedimiento y su iter procesal: simplemente alegaron que había una hipotética dilación indebida del procedimiento sin mayor carga probatoria ni indicación, esperando que su mera alegación surtiera efecto y se ignorasen los requisitos jurisprudenciales.

Y si se analizan los cuatro tomos que componen la causa se tiene que la misma se inicia ante el Juzgado de Instrucción nº 8 de Palma de Mallorca en febrero de 2006 y se realizan una serie de diligencias de investigación –folios 1 a 130-, posteriormente se acumulan las Diligencias Previas seguidas por el Juzgado de Instrucción nº 12 de Palma de Mallorca, Juzgado que también practicó diligencias de investigación en los meses de antes mencionados así como en meses posteriores del mismo año tales como informes al Consell Insular de Mallorca, ratificación de declaración de denunciante y citación del por aquel entonces imputado R [REDACTED].

Al Tomo II, continúan las actuaciones del Juzgado de Instrucción nº 12 de Palma de Mallorca si bien ya se había personado el letrado José Ramón Flores para la defensa del imputado J [REDACTED] R [REDACTED] y solicitó la traducción al castellano de la documentación obrante en autos en mallorquín y el día 10 de mayo de 2006 ese Juzgado se inhibió a favor del Juzgado de Instrucción nº 8 para que este conociera de la causa. Posteriormente, el Juzgado antes mencionado sigue recibiendo documentación solicitada y tramitando un recurso de apelación interpuesto por la acusación particular, y al que se adhirió el Ministerio Fiscal –Folio 492 y ss- y del que la defensa del acusado J. R [REDACTED] solicitó la suspensión del plazo hasta la traducción al castellano de los escritos –Folio 500- y también la misma representación comenzó ya a plantear la cuestión de acumulación de Diligencias seguidas en el Juzgado de Instrucción nº 2 y nº 8 de Palma de Mallorca –Folio 506- y reiteraba que seguía a la espera de la traducción del recurso de apelación ya mentado, esto fue nuevamente

recordado en fecha posterior al Folio 507 y aportada la documentación traducida al Folio 508 y ss. A partir de ahí, se siguieron practicando diligencias de investigación como la toma de declaración de imputados, se resolvió el recurso de apelación interpuesto por la acusación particular, se tramitó el sobreseimiento del imputado A [REDACTED] M [REDACTED] F [REDACTED], la acusación particular aportó más documentación y adjuntó copia de su escrito traducida al castellano y se acordó librar Oficio a ONO (Compañía de teléfonos); y así llegamos a enero de 2007, en el que continúa tramitándose la petición de sobreseimiento ya referida, la representación de los aún sólo imputados J. R [REDACTED] y C. F [REDACTED] insistía en la acumulación de las causas seguidas en los Juzgados de Instrucción nº 2 y nº 8 de Palma de Mallorca y la petición de sobreseimiento a J [REDACTED] R [REDACTED], el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular se opusieron a lo instado por la precitada representación procesal, se recepcionó la contestación de ONO y se dictó Auto de Procedimiento Abreviado por Determinados Delitos en fecha de 27 de marzo de 2007 que fue recurrido en Apelación por la representación procesal de J [REDACTED] R. y C [REDACTED] F [REDACTED], se opuso el Ministerio Fiscal, la Acusación Particular y la asistencia letrada del imputado A [REDACTED] M [REDACTED] en mayo de 2007.

Llegados al Tomo III se tiene que en junio y julio de 2007 se presentaron los respectivos escritos de acusación y a finales de septiembre se dictó Auto de Apertura de Juicio Oral, que fue recurrido en reforma por la representación procesal de los acusados en el mes de octubre de ese año y se opuso la representación del imputado A [REDACTED] F [REDACTED] en el mes de enero de 2008; igualmente en ese año, entre febrero y julio se recibió testimonio y original de la resolución de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en la que se resolvía el recurso de apelación interpuesto frente al Auto de Procedimiento Abreviado en el sentido de declarar la nulidad del mismo y pasaron de nuevo las actuaciones al Ministerio Fiscal quien solicitó que no se sobreseyera la causa respecto de los aquí acusados, se sobreseyera respecto de A [REDACTED] F [REDACTED] y no se acumularan las Diligencias Previas de los Juzgados de Instrucción nº 2 y nº 8 de Palma –julio de 2008- y se volvió a dictar Auto de Procedimiento Abreviado por Determinados Delitos el día 18 de septiembre de 2008, dando por reproducido el Ministerio Público su escrito de acusación ya presentado y de nuevo formulándose Rec. de Apelación por J. R [REDACTED] y C. F [REDACTED], oponiéndose el Ministerio Fiscal, la Acusación Particular y la representación del aún imputado A [REDACTED] F [REDACTED] y se elevó para resolver a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

Posteriormente, mediante providencia del día 5 de enero de 2011 se da traslado a la Acusación Particular y Ministerio Fiscal para que formulen nuevo escrito

de acusación y se interpone recurso de reforma contra tal resolución por parte de la asistencia letrada de J [REDACTED] R. y C [REDACTED] F [REDACTED] n, se tramita el recurso y se recibe la resolución de la Audiencia Provincial en la que desestimaba el rec. de apelación interpuesto contra el Auto de Procedimiento Abreviado de Determinados Delitos. En mayo de 2011 la Acusación Particular presentó escrito de acusación, en junio se dictó nuevo Auto de Apertura de Juicio Oral y en octubre se presentaron los escritos de defensa.

Y por último al Tomo IV se tiene que la causa llegó al Juzgado de lo Penal nº 7 de Palma en noviembre de 2011 para enjuiciamiento, se interesó una serie de testimonios que eran precisos a fin de conocer si era posible la celebración del Juicio Oral o no por pendencia de resolución de recursos, y tras recibir los mismos, se señaló para Juicio la fecha de 19 de junio de 2012 habida cuenta de que un testigo residía en el extranjero. Llegada la fecha se tuvo que suspender por inasistencia del testigo residente fuera de territorio nacional y se señaló el día 9 de octubre que finalmente se celebró el Juicio.

Con todo lo anterior se tiene que en la causa siempre se han estado practicando diligencias de investigación y actuaciones de impulso procesal como son el dictado de Auto de Procedimiento Abreviado por Determinado Delito, Auto de Apertura de Juicio Oral y demás, siendo que las defensas han interpuesto numerosos recursos con desigual fortuna; y he ahí la causa de la paralización: recurrir todo lo recurrible siendo que se recurrió el Auto de Apertura de Juicio Oral –resolución que no es recurrible excepto en lo relativo a las medidas de situación personal del ya acusado cuando se alcanza ese estadio procesal-, el sobreseimiento de A [REDACTED] M [REDACTED] F [REDACTED] –siendo que las defensas carecen del ejercicio de la acción penal-, la providencia de 5 de enero de 2011 –que era meramente de trámite y siendo conocedoras las defensas de que el recurso contra el Auto de Procedimiento Abreviado por Determinado Delito no tiene efectos suspensivos y la causa puede y debe seguir tramitándose a efectos de evitar justamente lo que ahora alegan-. Y llegados al acto del plenario del día 9 de octubre plantearon una serie de artículos de previo pronunciamiento que fueron tildados por la Acusación Particular como meramente dilatorios del procedimiento.

Así pues, se llega a la conclusión ya anunciada de que no existe razón para entender que se haya producida dilación indebida alguna ni como atenuante simple ni como muy cualificada pues la causa siempre ha estado bajo trámite sin que se aprecie un periodo de suspensión de la misma que repercuta a favor de una reducción de la pena a imponer a los condenados y más si se tiene en cuenta su actuación procesal

tendente a dilatar el procedimiento con recursos de toda índole, amén de las peticiones de suspensión de plazos por cuestiones lingüísticas que aún demoraron por cuestión imputable a los acusados la causa, así como que no se ha alegado que plazos consideraba que la causa sufrió una dilación injustificada, que perjuicio o daños les ha causado a los acusados esas supuestas dilaciones, ni en que estadio procesal se ubican las dilaciones indebidas en relación a toda la tramitación de la causa: sólo se alegó que había habido dilaciones indebidas pero la jurisprudencia exige unos requisitos que no se dan ni en los hechos ni en la actuación de las defensas.

Además, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 *“...debe constatarse una efectiva lesión bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por reducción del interés social de la condena que haga que la pena a imponer resulte desproporcionada, pues si los hechos concretos perseguidos revisten especial gravedad, se reduce la relevancia del tiempo transcurrido en relación con la necesidad de pena, subsistente en su integridad (STS. 3.2.2009 (RJ 2009, 1667)).”* y en el caso de autos atendido el delito cometido – incitación al odio, violencia y discriminación contra la mujer- ante el que nos encontramos, los autores del mismo –presidente de un partido político que a su vez ostentaba el acta de concejal en un Ayuntamiento y formaba parte del equipo de gobierno (autoridad a efectos penales), y la otra acusada era persona de confianza del precitado partido político con tareas de auxilio y colaboración en la configuración de la página web- y a que los hechos se han cometido con publicidad –animación/juego que se difundió en la página web del partido político y que durante un mes y medio estuvo al alcance de quien quisiera verlo sin mayor actuación que acceder a la web de ASI y clicar sobre el programa, se estima que los hechos revisten una especial gravedad que deben prevalecer sobre el tiempo transcurrido para la imposición de la pena –la pena debe guardar relación con los hechos y no con el tiempo transcurrido tal y como se ha relacionado hasta ahora-.

Ya en sede de determinación penológica, y como se había anunciado anteriormente, se impondrán las penas privativas de libertad solicitadas por el Ministerio Fiscal y la Acusación particular pues se consideran las mismas ajustadas y proporcionales a la entidad y gravedad de los hechos: la acusada C [REDACTED] F [REDACTED] ordenó colgar en la web de ASI una animación flash, que había visto parcialmente, en la que se ve a una mujer morir y en la que el título ya es suficientemente ilustrativo – “La mujer desnuda“, tu decides que la golpea/tu decides con que la golpeas- siendo que tal animación ataca y vulnera la igualdad y dignidad de la mujer, la presenta como un objeto que sólo sirve para morir y ser apaleada de variadas formas, y puede hacer “gracia” con ello incitando y provocando así de forma clara a la violencia –pues “la misma resulta divertida y la mujer está para eso” puesto que el juego no presenta otra

imagen de la mujer diferente a la de ser agredida ni el juego está presentado dentro de un marco de sensibilización contra la violencia de género ni similares, el juego se presenta sin un contexto: se accede a una pestaña de la web de ASI y a partir de ahí el espectador se deleita viendo a una mujer morir de hasta 20 formas diferentes-.

Por lo que concierne al acusado J [REDACTED] R [REDACTED] F., este era presidente de ASI en los años 2005 y 2006, y recibió una carta del Institut Balear de la Dona en la que le informaba de la situación de alarma que estaba creando la animación colgada en la web y no hizo nada por retirarla, cuando una orden suya hubiera bastado. El juego fue visto por él y consintió y toleró que siguiera exhibiéndose en la web del partido que él presidía puesto que es completamente inverosímil que no encontrara la animación en la web –la carta le indica con toda precisión el apartado de la web de ASI donde está colgada- y podría haber contactado con C [REDACTED] F [REDACTED] y con el informático A [REDACTED] F [REDACTED] para que le informaran de la animación: sino quitó esta es porque no quiso, solamente accedió cuando a mediados de enero la presión social fue tal que se vio constreñido a ello e impartió las ordenes oportunas, pero desde que tuvo conocimiento varias semanas antes toleró de forma expresa que la animación se exhibiera –basta ver el contenido de la carta de respuesta que remitió al Institut Balear de la Dona en la que simplemente se burla de todo-.

Por cuanto se ha expuesto se estima que la pena de un año y medio de prisión para cada uno de los acusados es proporcional al delito cometido con la gravedad y notoriedad de este, pues la animación reviste la gravedad suficiente a la par que la difusión de la misma se hizo con publicidad a través de Internet siendo que el acceso era ilimitado por mucho que en el Plenario se quisiera alegar el escaso tráfico de la web de ASI –nadie aportó un solo documento que acreditase el reducido número de visitantes de la web-. La difusión de una animación de ese tipo –incitadora del odio, discriminación y violencia- por quien ostenta un cargo público y también por parte de quien prevaleciéndose de su proximidad y contactos con un partido político la ordena instalar en la web de ASI son dignas de sanción con la pena de prisión de un año y seis meses.

Y en cuanto a la pena de multa solicitada por la Acusación Particular por plazo de doce meses a razón de 50 euros se procederá a la misma por las razones esgrimidas en los párrafos precedentes y habida cuenta de que no obra en la causa ninguna documentación acreditativa y justificativa de una imposibilidad material de hacer frente a esa cuantía económica por alguno, o los dos, acusados y ahora condenados.

QUINTO.- Conforme al artículo 123 del Código Penal y artículo 239 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta sin expreso pronunciamiento en cuanto a la responsabilidad civil al no haberse reclamado importe alguno en esa sede.

Debe procederse pues a la condena en costas de la Acusación Particular porque su actuación procesal se considera de entidad propia y suficiente y no una mera adhesión al Ministerio Fiscal ya que interesó la práctica de testigos no solicitados por este así como penas distintas por el delito del artículo 510.1º del Código Penal y la condena por el delito de asociación ilícita del artículo 515.5º del mismo cuerpo jurídico.

Y en cuanto a las costas, inclúyase también los gastos de traducción de documentación y escritos en que se incurrieron en fase de instrucción puesto que tales gastos deben ser asumidos por la parte que los solicitó y su abono no vulnera el derecho de defensa según resolución del Tribunal Constitucional de 18 de octubre de 2012.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que **DEBO CONDENAR Y CONDENO A J** [REDACTED] **R** [REDACTED] **F** [REDACTED] y a **C** [REDACTED] **F** [REDACTED] **S** [REDACTED] en concepto de autores responsables de un delito cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de la libertades públicas garantizadas por la Constitución, sin la concurrencia de la circunstancia atenuante/agravante alguna y les impongo a cada uno de ellos **la pena 1 año y 6 meses de privación de libertad, multa de 12 meses a razón de 50 euros de cuota diaria con responsabilidad personal subsidiaria e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, industria, oficio o comercio por el mismo tiempo y expresa condena en costas incluyendo las de la acusación particular y las causadas por la traducción de los documentos y escritos en fase de instrucción.**

Que **DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO A AGRUPACIÓN SOCIAL INDEPENDIENTE (ASI)** del delito de asociación ilícita del que venía acusada.

Practíquense los abonos preceptivos en su caso.

**Dedúzcase testimonio por delito de falso testimonio respecto de J [REDACTED]
P [REDACTED] G [REDACTED] cuyos demás datos de filiación obran en la causa.**

Así por esta mi Sentencia, cuya firmeza no ha sido declarada y que podrá ser recurrida en APELACION mediante escrito formalizado, en el plazo de DIEZ días a contar desde el siguiente a su notificación y de la que se llevara certificación a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.-La anterior Sentencia ha sido dada, leída y publicada en la fecha, por el Ilmo. Magistrado-Juez que la suscribe, ante mi la Secretaria Judicial, estando constituidos en Audiencia Pública. Doy fe.