



Audiencia Provincial de Barcelona  
Sección Segunda  
Procedimiento Abreviado núm. 247/13  
Rollo de Apelación núm. 37/14  
Juzgado de lo Penal nº. 18 de Barcelona


**sanz**  
PROCURADOR DE BARCELONA

Jesús Sanz López  
Via Laietana 44, Pral. Bis 3r  
08003 BARCELONA  
Tel: 93.488.32.23  
Fax: 93.488.31.18  
sanz@procusanz.com

## SENTENCIA NÚM. 713

**Ilmo. Sr. Presidente**  
Don Pedro Martín García

**Ilmos. Sres. Magistrado**  
Don Javier Arzúa Arrugaeta  
Doña María José Magaldi Paternostro

|   |  |
|---|--|
|  | IL·LUSTRE COL·LEGI PROCURADORS<br>DE BARCELONA |
| RECEPCIÓ  | NOTIFICACIÓ                                    |
| 25 -07- 14 / 2 8 -07- 14  |  |
| Article 151.2   | L.E.C. 1/2000                                  |

En Barcelona, a veintidós de Julio del dos mil catorce.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona ha visto en grado de apelación el Procedimiento Abreviado núm. 247/13. Rollo de Sala núm.



137/14, sobre delito de difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones por razón de diversas circunstancias, procedente del Juzgado de lo Penal nº. 18 de Barcelona, habiendo sido partes, en calidad de apelante la entidad "Sos Racisme Catalunya", representada por el Procurador Don Jesús Sanz López y defendido por el Letrado Don Óscar Vicario García, y en calidad de apelados el Ministerio Fiscal y Don Xavier García Albiol, representado por el Procurador Don Luis García Martínez y defendido por el Letrado Don Cristóbal Martell Pérez-Alcalde, siendo Magistrado Ponente S.S<sup>a</sup> Iltma. Don Pedro Martín García, quien expresa el parecer mayoritario del Tribunal, al haber anunciado tras de la preceptiva deliberación la Magistrada designada inicialmente Ponente, S.S<sup>a</sup> Iltma. Doña María José Magaldi Paternotro, su intención de formular voto particular.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero . --** Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia apelada.

**Segundo . --** Con fecha 10 de Diciembre del 2013, y por el Juzgado de lo Penal nº. 18 de Barcelona, se dictó sentencia en el Procedimiento Abreviado núm. 2477/13, la que contiene el fallo que se da aquí asimismo por reproducido por razones de economía procesal.

**Tercero . --** Apelada la sentencia por la entidad "Sos Racisme Catalunya", y previos los trámites legales, se remitieron las actuaciones a la Audiencia Provincial de Barcelona, teniendo entrada en la Secretaría de este Tribunal el pasado día 14 de Febrero del 2014, habiéndose observado en su tramitación ante este Tribunal todas las prescripciones legales, excepción hecha del plazo para su resolución habida cuenta de la existencia de



divergencias entre la Magistrado designada inicialmente Ponente y los demás componentes de la Sala sobre la procedencia o no de pronunciamiento previo sobre la procedencia o no de la solicitud de práctica de pruebas y celebración de vista pública deducida por la entidad apelante, así como sobre el fondo del recurso al que se contrae el presente Rollo de Sala, resuelta la primera mediante auto de fecha 23 de Junio del 2014, y dando lugar la segunda al cambio de Magistrado Ponente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero** . -- Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, en lo que no se opongan a los que a continuación se relacionaran.

**Segundo** . -- Si bien el recurso de apelación faculta al Tribunal 'ad quem' para una revisión integral de la sentencia recurrida, tanto en su dimensión fáctica como jurídica, cuando la convicción judicial se ha formado con base en pruebas de naturaleza personal practicadas a su presencia en el acto del plenario -- inmediación de la que carece el Tribunal --, y con sujeción a los principios de publicidad, oralidad y contradicción, determina que en estos casos, y por regla general, deba respetarse en sede de apelación la valoración probatoria del Juez 'a quo', formada además con base en lo alegado por la acusación y la defensa y lo manifestado por el mismo acusado (**art. 741 L.E.Crim.**), con la única excepción, en principio, de que la convicción así formada carezca de todo apoyo en el conjunto probatorio practicado en el acto del juicio oral, bien por ser las pruebas valoradas de naturaleza ilícita, bien por ser las mismas contrarias a los conocimientos científicos, las reglas de la lógica y la razón o las reglas de la experiencia humana común, o tales circunstancias deban predicarse del proceso valorativo del juzgador de instancia.



**Tercero . --** Por la apelante, la entidad "SOS Racisme Catalunya", se apela la sentencia de instancia con base en entender que el Juez 'a quo' erró en la valoración de la prueba, pues de la practicada en el acto del juicio oral se desprende que Don Xavier García Albiol actuó con conocimiento de la falsedad o notorio desprecio a la verdad y guiado por un ánimo de injuriar al colectivo de gitanos rumanos de Badalona, solicitando, en consecuencia, la revocación de la sentencia apelada y su sustitución por otra que condene al apelado como autor de un delito previsto y penado en el **art. 510 ap. 2 del Código Penal** o, alternativamente, del delito del **art. 510 ap. 1** del mismo cuerpo legal, conforme a los términos de las conclusiones que como definitivas se formularon en el acto del juicio oral.

De la lectura del sexto de los fundamentos de derecho de la sentencia apelada se desprende que el Juez de lo Penal absolvió a Don Xavier García Albiol del delito del **art. 510 ap. 2 del Código Penal** considerar su conducta atípica por no concurrir ninguno de los tres elementos, a su juicio, definatorios del expresado delito, a saber, el temerario desprecio a la verdad, la falta de 'animus iniurandi' y la realización de la conducta por las características de las personas a las que dirigió sus declaraciones.

**Cuarto . --** El **art. 510 ap. 2 del Código Penal** dispone : *"Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía"*.

En consecuencia, los elementos típicos definatorios del expresado delito son los siguientes :

1. Difusión de informaciones injuriosas.



Difundir es tanto como comunicar, extender, esparcir, propagar conocimientos, noticias, informaciones, . . . . . etc.

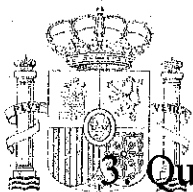
A su vez, información es el conocimiento de un hecho o suceso, cualquiera que sea su naturaleza, acto o conducta de un tercero.

Por último, el término “injuriosas” constituye un elemento típico normativo de valoración jurídica, y así serán injuriosas aquellas informaciones sobre actos o conductas de terceros que lesionen su dignidad, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, siempre que por su naturaleza, efectos y circunstancias sean tenidas en el concepto público por graves (**art. 208 párrafos primero y segundo Código Penal**).

En definitiva, este primer elemento típico consistirá en la comunicación, esparcimiento o propagación de hechos o sucesos, actos o conductas que lesionen la dignidad del autor o protagonista, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, siempre que por su naturaleza, efectos y circunstancias sea tenido el objeto de la información por grave en el concepto público.

Es cierto que pueden existir informaciones injuriosas que no constituyan delitos (**art. 208 párrafo segundo Código Penal** interpretado ‘sensu contrario’), pero debe de tenerse en cuenta que al exigirse como elemento típico del delito que estamos analizando el conocimiento de la falsedad de la información o su formulación con temerario desprecio a la verdad, circunstancias que configuran como graves aquellas injurias que consistan en la imputación de hechos (**art. 208 párrafo tercero Código Penal**); es claro, a nuestro juicio, que el delito del **art. 510 ap. 2 del Código Penal** exige que la información que se difunde sea constitutiva de un delito de injurias.

2. Que el objeto de las informaciones injuriosas lo sean grupos o asociaciones definidos por su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.



3. Que la razón de la difusión de las informaciones injuriosas con relación a los grupos o asociaciones definidos por las circunstancias precedentemente relacionadas es precisamente la definición de aquéllos por alguna de éstas, y

4. Que el sujeto activo conozca la falsedad de la información injuriosa que difunde o, en otro caso, se produzca con temerario desprecio a la verdad.

En definitiva, y a modo de resumen de lo hasta aquí dicho debe entenderse que el delito definido en el **art. 510 ap. 2 del Código Penal** es, por lo que a su naturaleza se refiere, un delito de injurias caracterizado por la especificidad del sujeto pasivo, de un lado, y por el hecho de proferirse aquéllas por la definición del grupo o asociación por alguna de las circunstancias típicas relacionadas en el precitado precepto.

Pues bien, partiendo de la consideración de que nos encontramos en presencia de un delito de injurias calificadas, será necesario recordar que el mismo exige la existencia en el sujeto activo del *ánimus iniuriandi*, es decir, la intención del sujeto activo de ofender, vilipendiar o atacar la dignidad consustancial a todo ser humano y el respeto social que por serlo merece.

Como puede leerse en la **S.TS. 28 Febrero 1995**, “en el delito de injurias, aparte de la objetividad de las expresiones proferidas o acciones ejecutadas, con su potencia y significado ofensivo o deshonorado, ha de hacer acto de presencia y ser captado en su justa dimensión el llamado *ánimus iniuriandi*, elemento subjetivo del injusto o, según otros, *dolo específico* superpuesto al genérico, a modo de ‘plus’ que lo enriquece y configura, tendente a ofender, vilipendiar o atacar la dignidad humana y el respeto social que la misma merece. El delito de injurias, particularmente incidente sobre el patrimonio moral de las personas, viene caracterizado por una particular dinámica, perfectamente imbricadas palabras, expresiones o actos, por sí mismos lacerantes, desvalorizadores o afrentosos,



**con un especial 'animus' tendente a escarnecer o vituperar a otro, en definitiva, y siguiendo el texto legal, obrando en deshonor, descrédito o menosprecio de otra persona. No perdiendo de vista, en atención a la aludida dimensión valorativa social del honor, la movilidad que le es ínsita, tornando fluctuantes y relativos los conceptos y criterios que animan y presiden esta parcela jurídico-penal. Derivando de ello que, a la hora de buscar la subsunción de una conducta en el tipo del artículo . . . , haya que estar no sólo al valor de las palabras o expresiones proferidas o acciones ejecutadas, sino que, dado el carácter eminentemente intencional de este delito, habrá de atender y estimar las circunstancias concurrentes en cada supuesto, realizando un ponderado y reflexivo análisis de los factores coexistentes capaces de hacer incardinar la conducta examinada en la figura penal de la injuria o, por el contrario, extraerla de su seno, constante la ausencia del propósito tendencial difamatorio. Otros 'animus', singularmente el 'informandi' o el 'criticandi', y el mismo reivindicatorio o defensivo, pueden aparecer antepuestos y sobreestimables sobre el 'iniuriandi', con virtud eliminadora o de desplazamiento del mismo (S.S. de 12 de mayo y 6 de Junio de 1987, 4 de octubre de 1988, 16 de Julio de 1990 y 21 de mayo de 1992, entre otras). Como toda cuestión de límites -- cual se expresa en las S.S. de 3 de Junio de 1985 y 16 de Julio de 1990 --, la determinación de hasta donde llega el lícito ejercicio del derecho a la crítica y a la censura -- así como el de informar -- y cuando se desbordan tales límites y se incide en lo punible, es algo que presenta, en gran número de casos, verdadera dificultad, no pudiendo establecerse reglas apriorísticas, sino que se ha de atender a la constelación de datos y circunstancias coexistentes, dado el relativismo del delito de injurias".**

El 'animus iniuriandi', la intención de injuriar pertenece al ámbito del psiquismo humano y hay que deducirla del hecho y circunstancias que nos puedan orientar en la búsqueda y averiguación del sentido y alcance que hay que predicar de las acciones ejecutadas o expresiones proferidas, de tal manera que



**“el elemento subjetivo del delito de injurias puede quedar difuminado o desaparecer totalmente cuando los sujetos activos actúan con una finalidad socialmente aceptada y legalmente reforzada o con el propósito de satisfacer derechos o pretensiones legítimos” (S.TS. 20 Abril 1996).**

**Quinto . --** No hemos analizado expresa y particularmente el tema del conflicto entre los derechos constitucionales a la libertad de expresión y de información y el derecho al honor por cuanto el Tribunal comparte en lo esencial el planteamiento efectuado por el Juez ‘a quo’ en el tercero de los fundamentos de derecho de la sentencia de primera instancia, cuya aceptación de forma genérica hemos efectuado en el primero de los fundamentos de derecho de esta sentencia, procediendo, en consecuencia, analizar a nivel de tipicidad ordinaria los hechos objeto de enjuiciamiento, en orden a determinar si son o no subsumibles en el tipo del **art. 510 ap. 2 del Código Penal**.

Pues bien, la mayoría del Tribunal coincide con el Juez ‘a quo’ en :

1. Considerar que el acusado no actuó con conocimiento de su falsedad y temerario desprecio a la verdad.

Dando por reproducidas las consideraciones del Juez de lo Penal en el sexto de los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, añadimos que este elemento típico, so pena de incurrir en una interpretación extensiva y puramente formal, debe interpretarse como conocimiento de la inexistencia del hecho imputado, sin extenderse ni comprender supuestos en los que existiendo realmente el hecho o problemática que constituye el objeto de la información “objetivamente” injuriosa incurre el sujeto activo en exageraciones o generalizaciones imposibles de comprobar, ni positiva, ni negativamente, en forma alguna.

2. Considerar que Don Xavier García Albiol no actuó con ‘animus iniuriandi’.





Además de las consideraciones vertidas por el juzgador de instancia en el sexto de los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, cabe añadir que la intención que guió al acusado fue la de denunciar la existencia de un problema a su juicio existente de inseguridad ciudadana, exponer las que él creía podían ser soluciones a tal problema y ofrecer un compromiso al cuerpo electoral de la ciudad de Badalona de afrontar y tratar de resolver el mismo caso de ser elegido Alcalde, no siendo baladíes jurídicamente las reflexiones efectuadas por el Juez 'a quo' sobre que la percepción particular del acusado del tema litigioso era compartida por personas de ideología no afín a la del partido en que militaba éste y partidos políticos, ciudadanos de Badalona e incluso personas de la misma etnia (no nacionalidad) que las integrantes del grupo sobre el que vertió sus acusaciones Don xavier garcía Albiol, y

3. Considerar que las imputaciones vertidas por el apelado no lo fueron en consideración a la pertenencia de los imputados a una determinada etnia.

Hacemos nuestras nuevamente las consideraciones, sucintas pero precisas, efectuadas por el Juez de lo Penal en el tantas veces citado fundamentos de derecho sexto de la sentencia apelada, pues es obvio que la imputación no se hizo por que los destinatarios fueran gitanos rumanos, sino por que el colectivo o grupo que a juicio del acusado generaba el problema de convivencia en la ciudad daba la casualidad que pertenecían a dicha etnia. Es decir, el acusado no vertió sus imputaciones sobre el colectivo destinatario de las mismas por de etnia gitana y nacionales rumanos, sino que tras de detectar un problema de seguridad y convivencia ciudadana, entendió que los causantes del mismo eran, por punto general, los integrantes de tal colectivo, lo que no satisface en forma alguna, en la opinión mayoritaria y absolutamente respetuosa con el voto particular formulado a esta sentencia, las exigencias del tipo del **art. 510 ap. 2 del Código Penal.**



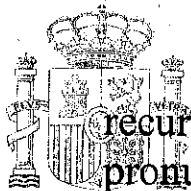
**Sexto** . -- En consecuencia, y con base en todas las consideraciones precedentemente efectuadas, no puede entenderse que el Juez 'a quo' incurriera en error alguno en la valoración de la prueba, ni tampoco en errónea calificación jurídico penal de los hechos declarados probados, procediendo por ello la desestimación del motivo impugnatorio aquí examinado.

**Sèptimo** . -- Por último, y por lo que respecta a la pretensión deducida alternativamente por la apelante su desestimación viene dada, en esencia, por los argumentos jurídicos expuestos sucintamente por el Juez 'a quo' en el tercero de los fundamentos de derecho de su sentencia, los que son asumidos por el Tribunal y dados aquí por reproducidos por elementales razones de economía procesal.

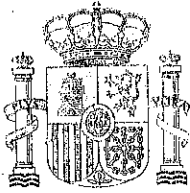
**VISTOS** los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación, tanto del **Código Penal** como de la **Ley de Enjuiciamiento Criminal**.

**FALLAMOS** : Que debemos **desestimar y desestimamos** el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Jesús Sanz López, en nombre y representación de la entidad "**SOS Racisme Catalunya**", contra la sentencia dictada en 10 de Diciembre del 2013 por el Juzgado de lo Penal nº. 18 de Barcelona en el Procedimiento Abreviado núm. 247/13, la que, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos íntegramente en todos sus pronunciamientos, declarando de oficio la mitad de las costas procesales de la presente alzada.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala y se notificará en legal forma a las partes, a las que se hará saber que la misma es firme y que contra ella no cabe



recurso ordinario alguno, definitivamente juzgando, la  
pronunciamos, mandamos y firmamos.



ES COPIA

Voto particular que al amparo de lo dispuesto en el artículo 260.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formula la Ilma. Sra Magistrada D. Maria José Magaldi Paternostro al discrepar respetuosamente del criterio mayoritario del Tribunal.

### S E N T E N C I A nº 713

Ilmo. Sr. Presidente  
Don Pedro Martín García  
Ilmos. Srs Magistrados  
D. Javier Arzua Arrugaeta  
D<sup>a</sup> Maria José Magaldi Paternostro

En la ciudad de Barcelona a veintidos de julio de dos mil catorce

Se acepta el encabezamiento y antecedentes de hecho de la sentencia mayoritaria.

Se aceptan los hechos probados de la sentencia apelada.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La discrepancia respetuosa de quien formula el presente voto particular con el criterio mayoritario del Tribunal deriva de una distinta interpretación jurídica del tipo penal previsto y penado en el artículo 510. 2 del CP por el que se dictó sentencia



absolutoria en la primera instancia y por el que, en primer término, insta la Acusación Popular una sentencia condenatoria en esta segunda instancia.

Dicha diferente interpretación jurídica del tipo penal ya dio lugar al voto particular que formulé contra la posición mayoritaria del Tribunal que al considerar que el "animus iniuriandi" (por cuya ausencia en la conducta del acusado absuelve el Juez a quo) formaba parte del tipo subjetivo de aquella figura penal dio lugar al planteamiento de la cuestión acerca de si era precisa y/o factible la "reproducción" de parte de las pruebas personales en la segunda instancia, resolviéndola en el sentido (que tampoco compartía) que consta en el auto de fecha 23 de junio de 2014.

El hecho de que la clave que motiva la discrepancia radique no en los hechos, sino en el Derecho y concretamente en el sentido interpretativo que otorgo al artículo 510.2 CP totalmente distinto al criterio mayoritario del Tribunal y que expuse en parte en mi Voto Particular de fecha 26 de junio de 2014, se traduce en que aun cuando coincida con el sentir mayoritario del Tribunal en que no ha existido error en la valoración de la prueba por parte del Juez a quo ( lo que le conduce a la confirmación de la sentencia) sí entiendo que ha existido "error iuris" o error de subsunción lo que debiera haber conducido a acoger la pretensión punitiva del recurrente y a la condena del acusado por los motivos jurídicos que expondré a continuación.

En consecuencia, se aceptan y se dan por reproducidos los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada atinentes a la absolución que se pronuncia por el delito de incitación al odio y a la violencia del apartado 1. del artículo 510 del CP, no aceptándose los atinentes a la absolución que también se pronuncia en relación al apartado 2 del citado artículo 510 del CP que se sustituyen por los contenidos en esta resolución.

**SEGUNDO.-** Articula la representación procesal de la Acusación Popular el extenso recurso de apelación que interpone contra la sentencia dictada en la primera instancia alrededor de los motivos que expone con base en los argumentos jurídicos que desgrana en el escrito de formalización del recurso, solicitando la revocación de la sentencia y que se dicte otra de conformidad con sus pretensiones punitivas principal o subsidiariamente deducidas.



El recurso de apelación interpuesto por la Acusación Popular y su pretensión de condena del acusado por el tipo penal previsto y penado en el apartado 2 del artículo 510 del CP -formulada como principal en el recurso y que el Juez a quo consideró que no podía prosperar por no haberse probado la concurrencia de un "animus iniuriandi" por parte del acusado (lo que no comparto por las razones que expuse en el Voto Particular de 26 de junio de 2014 que efectúe al auto mayoritario de 23 de junio de 2014 que doy aquí por reproducido) debe hallar acogida en esta alzada por las razones jurídicas que se explicitan en los siguientes Fundamentos de Derecho.

TERCERO.- Salvo error de quien suscribe este Voto Particular no existe jurisprudencia siquiera menor consolidada sobre el tipo penal del apartado 2 del artículo 510 del CP (mas allá de algunos sobreseimientos dictados esencialmente por no cumplirse las exigencias del apartado 1 del precepto en los que solo tangencialmente se niega también el cumplimiento de las exigencias del apartado 2, alguna sentencia de conformidad dictada por Juzgados de lo Penal y la sentencia de 1 de febrero de 2013 dictada por la Sección 3ª de esta Audiencia que cita el Juez a quo ) figura penal ésta que no ha merecido tampoco interés por parte de la mayoría de la doctrina española la cual, a diferencia de lo acontecido respecto del apartado 1 del artículo 510 del CP (y ,desde luego, del apartado 2 del artículo 607 del CP) se ha limitado bien a ignorarla, bien a cuestionar su efectividad y aun su constitucionalidad o bien a calificarla como unas " *injurias cualificadas*" "por los motivos típicos", reconducción sin mas al delito de injurias que a mi juicio además de ser dogmáticamente poco rigurosa, ha dificultado o impedido su aplicación porque ha circunscrito la cuestión simplemente al conflicto entre el derecho fundamental a la libertad de expresión y el derecho al honor, lo que no es exacto.

Ante la práctica ausencia de referente jurisprudencial ( y el quasi silencio doctrinal) quien firma este Voto Particular se ha visto abocado a formular(se) una propuesta interpretativa de la figura penal que he elaborado partiendo de unas determinadas " *realidades legales*" que derivadas de la presunción de racionalidad del ordenamiento punitivo sostengo deben operar como insoslayables puntos de partida interpretativos y condicionar el significado y límites que proporcionemos al injusto típico objeto de análisis y aplicación.



Estas "realidades legales" son las siguientes:

1º) Que el bien jurídico o interés social protegido, cuya lesión o puesta en peligro quiere evitar el legislador prohibiendo bajo pena conductas como las descritas en el Título XXI, es un bien jurídico supraindividual y no un bien jurídico individual como lo es el honor (de persona física, jurídica o colectivo) el cual solo mediatamente es objeto de protección a través del precepto, caracterizado, pues, como exponente de un comportamiento pluriofensivo en el que prevalece, sin embargo, el interés supraindividual. Tal entendimiento no es óbice para que, a los efectos de dotar de significado la conducta típica, "difundir informaciones injuriosas", el interprete acuda a la interpretación doctrinal y jurisprudencial de los requisitos que configuran el tipo objetivo del delito de injurias a los efectos de determinar qué son ( y qué no son) "informaciones" y cuando son (o no son) "injuriosas".

Efectivamente, partiendo de la base de que en la Sección 1ª del Capítulo VI del Título XXI, en el que la conducta se inserta, se recogen comportamientos heterogéneos, parece existir concordia en que el bien jurídico protegido mediante la prohibición bajo pena de las conductas descritas en los artículos 510 a 512 CP, en las que el núcleo de los tipos pivota alrededor del derecho a la no discriminación, es esencialmente el principio de igualdad del artículo 14 de la CE entendido no solo como el derecho a ser tratado de modo igual ( al otro) sino también como el derecho a gozar de las mismas condiciones de tranquilidad y de seguridad (que el otro) en la vida cotidiana al margen de la diferencia (típica).

La particularidad radica en que en estos delitos la lesión al bien jurídico se produce por una conducta llevada a cabo por el autor "en el ejercicio de un derecho fundamental" por lo que, una primera aproximación al precepto, nos llevaría lógicamente a la idea de un posible conflicto entre derechos fundamentales lo que es cierto, pero con la matización de que el legislador penal en el artículos 510 del CP ( y en cierto modo también en los artículos 551 y 512 CP) marca los límites en el sentido siguiente: *quien en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión (y de participación activa en la vida política) lleva a cabo la(s) conducta(s) descritas en el artículo 510. 1 y 2, ha traspasado de manera penalmente relevante los límites del legítimo ejercicio de su derecho, por lo que no hay conflicto por lo menos en principio.*



Y no lo hay porque el legislador lo ha resuelto estableciendo una línea divisoria entre el ejercicio legítimo del derecho y la conducta penalmente relevante que en este caso se concretaría en provocar dolosamente a la discriminación, violencia u odio o difundir informaciones injuriosas contra grupos o asociaciones en relación, en ambos casos, a los motivos típicos, limitándose, pues, la labor del interprete en supuestos como el de autos a discernir si el acusado ha traspasado los límites y porqué – si lo ha hecho- los ha traspasado lo que no está exento de complejidad.

Efectivamente, que el legislador despeje “*ex lege*” la incógnita acerca de un posible conflicto entre derechos fundamentales ,cuando de situaciones como las que se describen en el artículo 510 CP se trata, no exonera al Juez del deber de llevar a cabo una labor interpretativa dirigida a determinar en qué condiciones es plausible hablar de que una información sobre determinados grupos o asociaciones que guarda relación con su ideología, religión, creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo u orientación sexual, enfermedad o minusvalía, es “*injuriosa*”. Dicho en otras palabras no le exonera de definir qué conductas son atípicas y cuales no lo son, labor en la cual sí deberá tener en cuenta que están en juego dos ( o mas) derechos fundamentales.

Para ello deberá tomar en consideración que la figura penal se inserta en el marco de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales - y concretamente en el ejercicio de los derechos a la libertad de información y del derecho a la libertad de expresión- por lo que al dotarla de contenido no podrá ignorar ni esa ubicación sistemática ni el importante “*corpus*” jurisprudencial ( del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) en orden a la prevalencia en una sociedad democrática del derecho a la libertad de expresión y de información sobre otros derechos fundamentales y a la necesidad de interpretación restrictiva de los límites -de toda clase y especialmente penales- al ejercicio de los mismos.; prevalencia que es aun mayor cuando la libertad de expresión se ejerce en el marco del ejercicio de otro derecho fundamental como lo es el de la participación activa en la vida política reconocido en el apartado 1 del artículo 23 de la CE.

La ubicación sistemática de la figura penal –en sus dos apartados- en el seno de comportamientos delictivos “*cometidos en el*





*ejercicio de un derecho fundamental*" trae de si que los límites de la materia de prohibición vengán determinados por los límites al ejercicio de aquellos derechos básicos en todo Estado de Derecho que obviamente no pueden ser amplios o difusos pero que, desde luego, existen, como reiteradamente ha mantenido la doctrina constitucional,

Ahora bien, siendo todo ello cierto, el estudio de la jurisprudencia constitucional y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre la cuestión pone de manifiesto, entre otros, que la doctrina elaborada gira alrededor del binomio libertad de expresión (autónomamente considerada y/o en el marco de la lucha política) derecho al honor (individual o de una colectividad) declarándose la prevalencia, por lo general, del primero, siendo secundario el interés suscitado por el posible conflicto entre libertad de expresión/ contienda política y derecho a la igualdad y seguridad (de determinados grupos o colectivos) con proscripción de discriminación; ni que decir tiene que, en consecuencia, no existe un cuerpo doctrinal sólido que permita delimitar qué derecho debe prevalecer cuando en el marco de una contienda política/electoral, lesionando el honor de grupos o colectivos, se difunden informaciones sobre los mismos objetivamente idóneos a incitar indirectamente a la discriminación, al odio o a la violencia, es decir, idóneos para poner en peligro de lesión su derecho fundamental a la igualdad y a la seguridad, cuestión que tampoco puede ser soslayada a la hora de interpretar qué expresiones/informaciones escapan del discurso electoralista y son delictivas ("*injuriosas*") y cuales deben enmarcarse en el calor de la batalla política.

2º) Que, además, la figura penal se inserta en el texto punitivo no en un capítulo propio o de modo asistemático sino como un apartado ( el 2) de un precepto en el que se prohíbe bajo pena incitar directamente a la comisión de actos de hostilidad y de discriminación contra grupos o asociaciones por los motivos típicos que, en definitiva, aun de diversa naturaleza, se aglutinan -y son exponentes cada uno de ellos- alrededor de lo que ha sido definido doctrinalmente como "*el discurso del odio*" lo que no puede ser desconocido por el interprete.

Y al hilo de lo antedicho recordar que en nuestra sentencia de fecha 26 de abril de 2010 (de la que fue Ponente la autora de este Voto Particular) resolviendo en apelación el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en la primera instancia en el



"asunto de la librería Europa II", tras exponer las distintas posiciones interpretativas adoptadas por la doctrina penal española en torno a la conducta típica definida en el apartado 1. del artículo 510 CP, rechazamos tanto aquella posición que partía de una exigencia de "*clima de crisis extremo*", como la que exigía colmar la conducta de provocar con todos los requisitos del artículo 18 del CP, adhiriéndonos en lo general a aquella que, admitiendo que provocar implica conceptualmente incitación directa y con publicidad, sostiene, en la línea de la doctrina sentada en la STC nº 235/07 de 7 de noviembre, que el objeto de la incitación no tiene porque ser delictivo, en el sentido de que la provocación al odio, a la discriminación y a la violencia no debe serlo necesariamente a la comisión de un delito concreto, tesis que precisa ser matizada en el sentido de no tiene porque serlo siquiera a la comisión de delitos "*in genere*".

Les asiste en consecuencia la razón a quienes sostienen que tal exigencia no deriva siquiera implícitamente de la descripción típica y es absolutamente cierta su alegación de que esta posición hermenéutica conduce a la inoperabilidad del precepto, puesto que si bien es fácil que la incitación directa a "la violencia" halle su correspondencia en el marco del texto punitivo en un amplio abanico de posible conductas, la incitación directa "a la discriminación" solo hallaría correspondencia con los delitos contemplados en los artículos 511 y 512 del CP y la incitación directa al odio, esto es, a un simple sentimiento o estado emocional, no tendría ningún equivalente típico porque es un hecho que odiar no es delito, de modo que o bien renunciamos a la aplicación del precepto o bien de acuerdo con la peligrosidad *ex ante* que debe revestir la "*provocación directa*" para los colectivos cuya seguridad y estabilidad se pretende proteger frente a actos de violencia, discriminación o manifestaciones de odio, los calificamos a efectos de su relevancia penal como *realización de actos antijurídicos o lo que es lo mismo actos no amparados por el Derecho*.

En síntesis dijimos - y sigo manteniendo- que la conducta definida como delito en el artículo 510.1 CP, esto es la provocación típica debía ser *directa*, esto es, dirigida inequívocamente de forma abierta a generar odio, violencia o discriminación contra grupos o asociaciones por los motivos típicos pero no en el sentido de provocar sentimientos de odio, violencia o discriminación sino a la realización de comportamientos de aquella naturaleza, quedando fuera del ámbito de protección típica la mera exposición y difusión



de ideas, incluso discriminatorias, o el ensalzamiento de actos y doctrinas que de forma indirecta justificaran las mismas con el riesgo de poder hacer surgir en otras personas la resolución de delinquir, la que, con las particularidades expuestas en el Fundamento de Derecho número Sexto de la citada sentencia, integraría la materia de prohibición del artículo 607.2 CP.

Dijimos también que la *provocación debía hacerse de forma colectiva o a través de procedimientos que facilitaren la publicidad*, de manera que alcanzando y/o llegando a un número indeterminado de personas fuera objetivamente susceptible de generar el típico peligro ex ante para el bien jurídico porque, tanto el tipo previsto en el apartado 1 del artículo 510 CP, como el previsto en el apartado 2 ( como también el previsto en el artículo 607.2 CP) constituyen exponentes de delitos de peligro abstracto ( que no de peligro presunto) , es decir, de conductas que se prohíben bajo pena porque su realización genera en su misma un peligro cierto y objetivo para el bien jurídico lo que legitima el adelantamiento de las barreras de protección penal y un peligro de esta entidad solo es factible cuando la incitación lo es a la comisión de hechos de los que pueda predicarse la discriminación ,el odio o la violencia contra los referidos grupos tal y como expresa la STS de 12 de abril de 2011 y como lo hizo esta Sección en la sentencia de 26 de abril de 2010.

Por otro lado, la articulación del precepto como un tipo de peligro otorga carta de naturaleza a una particularidad para nada irrelevante: la capacidad posible ex ante de la provocación para lesionar el bien jurídico (aun cuando se demuestre ex post su ineficacia) requerirá siempre la constatación de que la conducta se ha llevado a cabo en un contexto en el que la *"respuesta"* a dicha provocación es plausible; la necesidad de este contexto ,que un importante sector doctrinal viene definiendo como *"clima de crisis"*, ya fue considerado –si bien no lo manifesté explícitamente con estas palabras- pero no acepté que debiera tratarse necesariamente de un clima *"extremo"* (como sostiene un sector doctrinal) y por eso hablábamos en la sentencia de la *"antesala de la antesala de la violencia"* ( y no de la *"antesala de la violencia"*),entendido éste como la acreditación de que la conducta objetivamente y ex ante , por el momento y lugar donde se lleva a cabo, es susceptible de incitar o promover la realización de conductas de la naturaleza típica contra los colectivos típicos lo que obviamente no implica que ex post el peligro se materialice.



Con ello, me posiciono de manera favorable a la idea de que la restricción del ámbito de protección típica de una figura penal -que con razón ha sido tachada de imprecisa, vaga y difícilmente compatible con el principio de taxatividad- debe lograrse por otros caminos siendo tal vez el más atractivo jurídicamente y el más eficaz el recurso a la interpretación teleológica como clave de bóveda del cumplimiento (o no) de la finalidad de la norma una vez acreditados, claro es, a través de los otros instrumentos hermenéuticos la concurrencia de las exigencias típicas (artículo 3.1º CC)

3º) Que este discurso del odio al igual que en el apartado 1 del artículo 510 (y en cierto modo también -por ser coincidentes- que en el artículo 607.2 del CP) constituye la base nuclear de la figura penal en el sentido que solo el peligro ex ante que el discurso supone para el bien jurídico, justifica que a la difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a los supuestos típicos, se asocie, por un lado, la misma pena que se prevé en el apartado primero para la incitación directa a la violencia, a la discriminación o a la hostilidad; y, por otro lado, una pena privativa de libertad de uno a tres años mientras que las injurias con publicidad aún a personas jurídicas o colectivos (que ciertamente constituyen en parte la conducta típica del artículo 510.2 CP) se castigan con una pena de multa de seis a catorce meses, lo que tampoco puede escapar a la atención del interprete y confirma nuestra afirmación de que no estamos (solo) frente a un delito contra el honor del grupo o asociación.

Al respecto resultan muy significativos tres extremos que, a mi modo de ver y como ya apunté en la sentencia de 26 de abril de 2010, ponen de manifiesto que el precepto forma parte de *un plan legislativo penal unitario de lucha contra el genocidio y las doctrinas discriminatorias* que en nuestro sistema punitivo se extiende (de menos a más) de la prohibición de difundir ideas o doctrinas que lo justifiquen del artículo 607.2 CP hasta la prohibición del genocidio en el artículo 607.1 CP, pasando por la prohibición de la apología del genocidio en el artículo 615 CP; y justo entre la materia de prohibición del artículo 607.2 CP que representa el máximo de adelantamiento de las barreras de protección penal y la apología del genocidio del artículo 615 CP, se inserta, si bien en Título distinto, la conducta prohibida en el artículo 510 CP que, siendo también exponente del adelantamiento de las barreras de protección penal,



debe, por lógica sistemática, ser menos que la apología pero mas que la difusión de ideas o doctrinas genocidas. Los extremos a que hacemos referencia son los siguientes:

a) Que en el plano del tipo objetivo las diferencias existentes entre la figura penal del apartado 1 del precepto y la del apartado 2 del artículo 510 CP radican no solo en la conducta prohibida que en el primer caso cristaliza en *"provocar al odio, a la discriminación o a la violencia"* y en el segundo en *"difundir informaciones injuriosas"*, conductas que atendida su conjunta ubicación sistemática y la penalidad idéntica asociada a las mismas hay que entender racionalmente de la misma gravedad, aun cuando la primera incluso semánticamente nos remita a una incitación directa mientras que la segunda nos remite a la obtención del mismo *"resultado"* (incitar al odio, a la violencia y a la discriminación) mediante un mensaje subliminal o indirecto.

b) Que el legislador al definir la conducta típica del apartado 2 del artículo 510 CP emplea un término (*"difundieren"*) que es exactamente el término que emplea en el apartado 2 del artículo 607 CP (*"La difusión..."*) y en consecuencia, también por coherencia sistemática, deberá concluirse que en la figura se tipifica una *"incitación indirecta"* (al odio, a la violencia y a la discriminación) y, en principio, pues, un ataque menos agresivo e inmediato al bien jurídico por lo que difícilmente resultaría justificable que se vinculara a la realización de esta conducta la misma pena que la asociada a la incitación directa del apartado 1. del artículo.

c) Que no apreciándose diferencias cualitativas en el tipo subjetivo de ambas figuras penales, *la idéntica penalidad vinculada a la realización de ambas conductas unicamente puede fundamentarse de "lege lata" en el mayor desvalor de injusto que implica que la incitación indirecta ("la difusión") al odio, a la discriminación o a la violencia, se lleve a cabo cometiendo dolosamente un delito contra el honor de los miembros del grupo o colectivo como tal ("informaciones injuriosas")*, lesionando de modo mediato un ulterior bien jurídico. En otras palabras : la (igual) penalidad se justifica porque el autor, en el supuesto del apartado 2 del artículo 510, incita indirectamente al odio, a la violencia y a la discriminación contra el grupo cometiendo un delito.

Estoy diciendo, pues, aunque volveré sobre ello mas adelante, que mientras que el apartado 1 del artículo 510 prohíbe la incitación



directa a la discriminación al odio o a la violencia in genere por los motivos típicos (a discriminarles, a odiarles o a ejercer violencia sobre los mismos), *el apartado 2 prohíbe difundir "informaciones injuriosas" o lo que es lo mismo atribuir a otros hechos que por su naturaleza son tenidos en concepto publico por graves sabiendo que son falsos o con temerario desprecio a la verdad por los motivos típicos, o lo que es lo mismo incitar indirectamente a la discriminación, al odio y a la violencia, cometiendo un delito.*

CUARTO.- El tenor literal del precepto cuya aplicación solicita la Acusación Popular por entender que la conducta de XAVIER GARCIA ALBIOL incide plenamente en el mismo es el siguiente: serán castigados con la misma pena (que la prevista para la conducta descrita en el apartado primero) *"los que con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones" en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía".*

El legislador prohíbe, pues, bajo pena la difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones conociendo la falsedad de las mismas o sabiendo que eran falsas con una probabilidad casi rayana en la seguridad, conducta que bajo su aparente simplicidad encierra una multiplicidad de problemas interpretativos:

1º) Al igual que afirma en sede de análisis del artículo 607.2 CP en la ya antes citada sentencia de 26 de abril de 2010 también aquí la conducta punible cristaliza en *difundir informaciones injuriosas* y el legislador la prohíbe *precisamente porque considera peligrosa dicha difusión; peligrosidad que debe entenderse como capacidad objetiva ex ante de poner en riesgo ( de lesión) el bien jurídico protegido*, esto es el trato igualitario, la dignidad y las condiciones de seguridad de los colectivos típicos, derechos fundamentales a los que tienen derecho por el hecho de formar parte de la especie humana, al margen de raza, etnia, religión, sexo, capacidad etc y su correlativo derecho a no ser discriminado ( lesividad material de la conducta)

La difusión a la que se refiere el tipo del artículo 510.2 CP ( al igual que el del artículo 607.2CP ) y que integra la conducta prohibida, *constituye un "plus" necesario para que la conducta de verter informaciones (injuriosas) sobre determinado grupo o asociación*



*adquiera relevancia penal* ; este plus lo constituye el hecho de *difundir* ( que es algo mas que escribir, declarar o manifestar una opinión ante un grupo de personas ) *aquél mensaje en condiciones y situación que suponga en si misma un peligro para tranquilidad y seguridad de los colectivos determinados que pueden verse afectados* (peligro potencial, que no es lo mismo que peligro presunto) *por un mensaje indirecto o subliminal de violencia, discriminación o menosprecio*. Y para poder engendrar tal peligro tiene que llegar a una generalidad de personas esto es, *el mensaje debe ser publico* ( publicidad por otra parte ligada incluso gramaticalmente con el término difusión) y en un contexto que sin constituir la *"antesala de la violencia"* de la que hablábamos en relación con el artículo 510.1 en la sentencia de 26 de abril de 2010 , no permita excluir ex ante situaciones vivas o latentes de posible discriminación, desprecio o violencia para "el otro", para "el diferente" (lo que antes definimos como un cierto contexto de crisis y que en otra ocasión denominamos *"la antesala de la antesala de la violencia"*)

Siendo así que, aun cuando los delitos de peligro abstracto no precisan de un resultado material de lesión o peligro a partir del cual fuera necesario analizar los efectos causales de la conducta, su tipo de injusto sí exige como requisito mínimo de lesividad, acreditar un pronóstico de peligrosidad que debe determinarse no en función de las consecuencias de la conducta ( análisis ex post) sino tomando en cuenta las circunstancias fácticas previsibles en el momento de la realización de la conducta ( análisis ex ante) resultará que: a) si el mensaje discriminador no se difunde en el sentido antes expuesto, quedará relegado a un mero juicio de valor o a la atribución de un hecho susceptible de menoscabar la fama o la autoestima susceptible de integrar una infracción penal contra el honor de persona o personas del grupo que lo reciben si se sienten agraviadas por el mismo; b) si su difusión, por las condiciones o la situación en la que tiene lugar, no es susceptible de generar ex ante el peligro (que en ningún caso debe ser concreto) para la seguridad y tranquilidad del grupo o asociación, será exclusivamente susceptible de constituir , de nuevo, una infracción al honor de las personas que forman el grupo o colectivo tal y como definió ya la STC nº 176/1995 de 11 de diciembre . ( *"la libertad de expresión no faculta..., a incitar a la discriminación vilipendiando a las víctimas por su pertenencia al pueblo judío..., la Audiencia, al condenar , aplicó el tipo delictivo de injurias desde la perspectiva constitucional adecuada, que en esta caso prima el valor de la*



*igualdad sin discriminación sobre la libertad de expresión, pese a la enorme relevancia que dicha libertad tiene en nuestro ordenamiento constitucional"*

2º) La difusión o mensaje lanzado a una generalidad de personas debe serlo de *"informaciones injuriosas"* sobre grupos o asociaciones, expresión típica a la que, para dotar de significado, debemos vincular necesariamente con el tipo subjetivo, es decir, con el dolo que debe abarcar el conocimiento de que aquellas informaciones son falsas (dolo directo) o tienen un probabilidad casi rayana en la seguridad de serlo (dolo eventual) porque es precisamente el dolo (lo que el autor conoce sobre la información falsa o prácticamente falsa que difunde) lo que hace devenir penalmente relevante a *"la información"* por *"injuriosa"*.

En el marco del derecho a la libertad de expresión se engloban tanto el derecho a informar sobre personas, hechos y circunstancias como el derecho a emitir opiniones y juicios de valor y fue precisamente a causa de la configuración constitucional de este derecho fundamental que la protección penal del honor y especialmente del delito de injurias fue sometido a una profunda remodelación por el Código Penal de 1995 que dio al traste con el tradicional concepto de injurias que, por decirlo en pocas palabras, por un lado se objetivizó al prescindir en su conceptualización legal de la preposición *"en"* que otorgaba carta de naturaleza al *"animus iniuriandi"* y, por otro lado, se subjetivizó al pasar a ser considerada la autoestima protegible penalmente como un ataque al honor.

La injuria, infracción penal prevista en el artículo 208 del CP, se define hoy como toda *"acción o expresión que lesiona la dignidad de una persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación"* de manera que no cabe hacer cuestión de que la información a otro u otros de determinados aspectos oscuros de la vida personal de alguien, la emisión de un juicio de valor o la realización de gestos despectivos en relación con determinada o determinadas personas, pueden menoscabar su fama o atentar contra su propia estimación; sin embargo, por disposición expresa del legislador, solamente serán delito aquellas que por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas el concepto público por graves, relegándose a falta las que no reunieren dichas condiciones legales. Por demás, cuando las injurias consistan en imputación de hechos, solo serán graves, y por lo tanto, delito,





cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad

De la configuración legal del delito de injurias en relación con la descripción típica del artículo 510.2 objeto de análisis, se infiere que la única interpretación posible de la conducta prohibida en este precepto es la siguiente :

a) El empleo en el texto legal del término "informaciones" vinculado al calificativo "*injuriosas*" y a la exigencia de que se difundan sabiendo o conociendo con una probabilidad rayana en la seguridad que son falsas, atendido lo dispuesto en el artículo 208 CP y en base a una exigible interpretación sistemática, *circumscribe la conducta típica del artículo 510.2 a la falsa imputación de hechos*, es decir, a la falsa atribución al grupo o asociación de la comisión de hechos, delictivos o no pero objetivamente susceptibles de menoscabar su fama o atentar contra su estimación

b) Si el artículo 510 .2 del CP alude a que la difusión de las informaciones injuriosas debe serlo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad y éstas (la injurias consistentes en una atribución o imputación de hechos ) son delito y no falta (de injurias) solo cuando son graves y solo son graves cuando se realizan con aquel conocimiento o desprecio, *la difusión de informaciones injuriosas a las que se refiere el precepto debe serlo de hechos constitutivos de un delito de injurias (no de una falta)*

c) Por tales razones , la expresión de *juicios de valor sobre grupos o colectivos* en relación con las circunstancias típicas (religión, etnia, sexo etc..) sean constitutivos de delito por ser tenidas en concepto publico como graves o lo sean de falta *resultan a entender del Tribunal excluidas ex lege del ámbito típico del artículo 510.2* , pudiendo constituir bien un delito o falta contra el honor o integrar en determinado contexto y según las circunstancias la incitación directa o provocación del artículo 510.1 CP.

3º) Las informaciones injuriosas *deben serlo sobre grupos o asociaciones, es decir sobre un colectivo determinado* ( no así sobre un sujeto singular excepto que la información lo sea como miembro del grupo y por su pertenencia al mismo caso en que cabría entender que trascienda tacita o explícitamente al colectivo) *y deben versar o guardar relación con su "ideología, religión o*



*creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”, integrando esta relación información/materia sobre la que recae, el núcleo esencial y particularizado del injusto que le otorga autonomía ( frente a la injurias “strictu sensu”) y permite considerar, como venimos afirmando, que la figura protege inmediatamente, como bien jurídico supraíndividual el principio de igualdad entendido no como una entelequia sino materialmente como el rechazo y consiguiente proscripción constitucional de discurso del odio como aglutinador de toda forma de discriminación*

.4º) En el marco del tipo subjetivo exige el legislador que “*las informaciones injuriosas*” sean difundidas por el autor “*con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad*”, fórmula al uso utilizada también para definir el contenido del tipo subjetivo del delito de injurias y de la acusación y denuncia falsas que, según doctrina y jurisprudencia, supone en todos los tipos penales en las que se inserta anudar la conducta (sin duda, dolosa) al dolo directo y al dolo eventual a la vez que excluir la exigencia de un plus al dolo constituido por un especial motivo de la acción y se concreta en el que nos ocupa en lo siguiente: *conocer el autor que difunde una informaciones injuriosas sobre el grupo o asociación en relación a las circunstancia típicas que sabe son falsas o que tienen una probabilidad rayana en la seguridad de serlo.*

Y ello porque la antigua exigencia de “*animus iniuriandi*” como categoría distinta al dolo, perdió fuerza en el nuevo Código Penal de 1995 que reconfiguro totalmente el delito de injurias en atención precisamente a la salvaguarda penalmente relevante del honor en un Estado democrático de Derecho en el que el derecho a la libertad de expresión aparecía como puntal prevalente ya desde la STC 61/81 de 16 de marzo que le otorgo “*carácter básico de toda la ordenación jurídico política..*” y “*soporte esencial de la convivencia democrática...*”, y por ello “*derecho preferencial sobre los demás para garantizar una opinión publica libre*” según términos de la STC nº 159/86 de 12 de diciembre (caso Egin)

Desde el hilo argumental que vengo desarrollando parece claro que el tipo del 510.2 CP no exige mas que el dolo de difundir informaciones cumplidoras del tipo objetivo de las injurias y hacerlo con dolo directo o eventual sin que sea preciso el “*animus iniuriandi*” en cuya ausencia basó el Juez a quo la absolución; pero en cualquier caso, y dada la relevancia que se le concedió en la



sentencia de instancia que al hacerlo vincula la conducta típica a una conducta contra el honor ( en este caso de los grupos o asociaciones ) parece adecuado insistir –fundamentándolo- en que el delito de injurias en la configuración proporcionada al mismo por el texto punitivo de 1995 no requiere en el tipo subjetivo de ningún especial motivo de la acción.

No hay duda alguna al respecto y en este sentido se manifestaban ya bajo la vigencia del CP de 1973 la STS de 12 de febrero de 1991 y la STS de 20 de abril de 1996, apenas entrado e vigor el CP de 1995, que, conocedoras de la doctrina que el TC estaba elaborando alrededor del derecho a la libertad de expresión, declaraban que la voluntad de menospreciar al sujeto es *“el contenido del dolo y no un plus al dolo, un elemento subjetivo del injusto”*, tesis reiterada en el ATS de 23 de enero de 2003 en el que se dijo textualmente que el hecho no era constitutivo de delito contra el honor *“ al no evidenciarse que las expresiones fueran proferidas con dolo directo (“con conciencia de su falsedad”) o eventual (temerario desprecio a la verdad) por lo que falta el elemento subjetivo para integrar el delito de calumnia o injurias”*; posición que ha sido seguida por la jurisprudencia menor en sede del delito de injurias, entre las que cabe citar por su interés la SSAP de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 4ª de 16 de marzo de 2001, de de la Audiencia Provincial de Madrid , Sección 7ª de 19 de julio de 2008, de la Audiencia Provincial de Cadiz, Sección 8ª de 23 de marzo de 2010 , de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17 de 13 de diciembre de 2011 y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 6ª de 6 de febrero de 2014.

. Por ello . parece claro que no puedo compartir la interpretación efectuada por el Juez a quo y compartida por el Tribunal mayoritariamente de entender que tambien el vigente Código Penal requiere en la injuria el elemento subjetivo del injusto, como plus al dolo, que apoya la sentencia mayoritaria del Tribunal con jurisprudencia del TS anterior al CP de 1995.

5º) Decía en paginas anteriores que el legislador, tipificando las conductas descritas en el artículo 510 del CP, había marcado *ex lege* unos límites jurídico penales al ejercicio de la libertad de expresión en general y cuando este derecho constituye a su vez el vehiculo del ejercicio del derecho fundamental a la libertad ideológica y a participar activamente en política cuando de supuestos subsumibles en el denominado *“discurso del odio”* se



tratase. Y entre ellos, había prohibido bajo pena, como venimos diciendo, que se difundieren informaciones injuriosas referidas a determinados colectivos sabiendo que son falsas por el peligro que ello puede comportar de generar conductas discriminatorias, violentas u hostiles contra dichos grupos, alcanzando la prohibición a todas las personas y en cualquier circunstancias incluida la clase política en contienda o batalla electoral.

La inclusión o el mantenimiento en el texto punitivo de preceptos como el 510. 1 y 2 CP, al margen de la crítica que pueda merecer el empleo de una técnica legislativa poco rigurosa, constituye una decisión del legislador favorable a una posición legislativa beligerante en relación con un cierto modo de entender la libertad de expresión ( en general y en su ejercicio en el marco de la política) como un " todo vale " en esta sede , incluso el discurso del odio, mientras se le anteponga o añada la coletilla de que se lleva a cabo en un Estado democrático de Derecho y para ayudar a conformar una conciencia pública en concordancia con dicha forma de Estado. Expresión ésta -la del discurso del odio- acuñada por la jurisprudencia de los Tribunales supranacionales y organismos como el Comité de Naciones Unidas para definir situaciones en las que se produce la difusión de expresiones que, directa o indirectamente, instan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otra forma de discriminación basada en la intolerancia contra las cuales los Estados vienen obligados a luchar legislativamente con políticas positivas de integración, medidas jurídicas disuasorias y finalmente con el recurso a la normativa penal de conformidad con los Tratados internacionales suscritos y las recomendaciones de los Organismos Internacionales.

En consecuencia los términos "*provocación*" "*discriminación*", "*odio*", "*violencia*", "*informaciones injuriosas*" en relación a las circunstancias típicas recogidos en el artículo 510 del CP, deben ser interpretados en aplicación del artículo 10.2 de la CE con arreglo a los tratados internacionales firmados por España ( lo que no parece compartir el Juez a quo) y de acuerdo con las recomendaciones de los Organismos internacionales de defensa de los Derechos humanos como son el Comité de la ONU para la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la comisión contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa y la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos



Humanos (ODIHR) de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE)

Todo lo anteriormente expuesto, obliga a los Tribunales, de una parte, a fijar cuidadosamente el ámbito de protección típica coherenciando normativa y recomendaciones internacionales en la materia con la necesidad de una interpretación restrictiva de los elementos típicos (lo que hemos hecho en los párrafos anteriores) en razón de que el derecho penal debe ser – y así se ha dicho también a nivel internacional- el instrumento último de lucha contra “*el discurso del odio*” como reverso del principio de igualdad y de no discriminación ; y, por otra parte, a fijar criterios destinados a deslindar cuando el autor está haciendo uso legítimo de su derecho a la libertad de expresión o cuando los ha traspasado lo que dogmáticamente para un sector doctrinal supondrá un juicio de tipicidad o atipicidad de la conducta y para otro un juicio sobre la concurrencia o no de una causa de exclusión de la antijuricidad.

No estamos pues - y así lo han entendido sectores relevantes de la doctrina penal española (y entre ellos un eminente penalista que fue Magistrado de la Sala Segunda del TS) al tratar precisamente de la posible colisión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor- ante un “*conflicto de ánimos*” (ánimo de injuriar, ánimo de discriminar por motivos racistas u otros, ánimo de expresar una opinión o una ideología, ánimo electoralista, etc ) sino ante un conflicto de derechos en el seno de las causas de justificación (el ejercicio legítimo de un derecho), lo que nos obliga a fijar de “*lege lata*”, esto es, atendida la redacción y contenido típico del artículo 510.2 del CP, los criterios objetivos que fijan la línea divisoria entre difusión de informaciones sobre grupos o asociaciones en relación con las circunstancias o condiciones típicas ajenas al Derecho Penal y las típicamente relevantes.

Esta posición beligerante (criticada por algún sector doctrinal y desoída o mal comprendida a veces por los órganos jurisdiccionales) se ha visto reforzada con el dictado por el TEDH de la sentencia de 16 de julio de 2009 (caso Feret contra Bélgica) en la que si bien por una ajustada mayoría, el órgano garante del respeto a los derechos humanos en la comunidad político-económica europea, da un vuelco copernicano a su anterior posición en materia de libertad de expresión política al declarar que no es contraria a la libertad de expresión (y por tanto al artículo 10.2 del Convenio) la condena por incitación al odio y a la



discriminación del presidente del partido de extrema derecha Frente Nacional que había editado y repartido diversos folletos en los que se propugnaba la expulsión de Bélgica de los inmigrantes irregulares.

Así, el TEDH en la línea de lo sostenido en la sentencia de 23 de septiembre de 1994 (caso Jersild contra Dinamarca y en la sentencia de 27 de mayo de 2004 ( caso Vides Aizsardzibas Kubs contra Letonia) destaca que *"el artículo 10.2 del Convenio, no deja lugar a restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político o de cuestiones de interés general"*., precisamente porque, si bien no reviste un carácter absoluto, *" es fundamental en una sociedad democrática defender el libre juego del debate político"* y conceder pues a este contexto la mayor libertad de expresión posible que *"no podrá restringirse a no ser por razones imperiosas"*, concluye (sin que utilicemos una traducción literal en lo que a formas verbales se refiere) diciendo que las condenas son acordes al artículo 10 CEDH *"cuando el lenguaje empleado..., incite claramente a la discriminación y al odio racial, lo que no puede ser camuflado por el proceso electoral"*. *"La incitación al odio –afirma el Tribunal- no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo"*, pues *"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"* y si bien *" 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 formulas estereotipadas tienden a imponerse sobre los argumentos razonables"* y entonces *"el impacto de un discurso racista y xenófobo es mayor y mas dañino"* por lo que los políticos que evidentemente pueden proponer soluciones a los problemas relativos a la inmigración, *"deben evitar hacerlo promoviendo la discriminación racial y recurriendo a expresiones o actitudes*



*vejatorias o humillantes, ya que tal comportamiento puede suscitar en el público reacciones incompatibles con un clima social sereno y podría arruinar la confianza en las instituciones democráticas”.*

Ciertamente la doctrina del Tribunal Constitucional español en relación con el discurso del odio presenta notorias diferencias con la jurisprudencia emanada del TEDH, derivadas formalmente del carácter de *“democracia militante”* del CEDH, inherente a su génesis como respuesta al totalitarismo y el temor a posibles resurgimientos de ideas de esta naturaleza y que se refleja especialmente en la cláusula de abuso del derecho del su artículo 17 concebida como un instrumento para combatir a los enemigos de la democracia y defender el sistema democrático; nuestro TC, en cambio, ha resaltado que *“el ordenamiento constitucional se sustenta en la mas amplia garantía de los derechos fundamentales que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional”* pues, *“como se sabe, en nuestro sistema no tiene cabida un modelo de “democracia militante”, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y en primer lugar, a la Constitución”* (STC nº 48/03 de 12 de marzo), de manera 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”,* porque *“la Constitución protege también a quienes la niegan”* (STC nº 176/1995 de 11 de diciembre) y *“la libertad de expresión es valida 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”* (STC nº 235/2007 de 7 de noviembre).

Ya en el ámbito del discurso político y de la libertad ideológica como exponente de la libertad de expresión dijo la STC nº 20/1990 de 20 de febrero que *“ la libertad ideológica indisolublemente unida al pluralismo político que, como valor esencial de nuestro ordenamiento propugna la Constitución, exige la máxima amplitud en el ejercicio de aquella...., también en lo que resulte contrapuesto a los valores y bienes que en ellos se consagran, excluida siempre la violencia para imponer los propios criterios, pero permitiendo la libre exposición de los mismos en los términos que impone una sociedad avanzada. De ahí la indispensable interpretación restrictiva de las limitaciones a la libertad ideológica y del derecho a expresarla sin el cual carecería aquella de toda efectividad”* por lo



que el artículo 20 CE impone a la actividad legislativa y judicial, como límite constitucional esencial, *“no disuadir la diligente -y por ello legítima- transmisión de información”* (STC nº 9/2007 de 15 de enero) y ello porque el discurso político – la contienda política, en suma- tiene su razón de ser precisamente en que coadyuva a formar una opinión pública libre que es propiamente su finalidad.

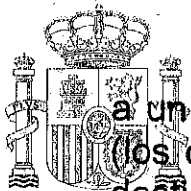
Desde esta ratio, es cierto también – y ello no resulta contradicho por la sentencia del caso Feret- que el discurso netamente político, máxime cuando es realizado por un cargo electo en el seno de una campaña electoral, ha de gozar del mayor grado de libre desarrollo por cuanto forma parte estructural del procedimiento de elección de representantes por los ciudadanos, no pudiendo desconocerse que cuando la libertad de expresión opera en tal contexto se hallan también en juego el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE) y el derecho a la participación en asuntos públicos (art. 23 CE), derechos que, como puso de manifiesto la STC nº 136/1999 de 20 de julio, se hallan intrínsecamente vinculados con la libertad de expresión *“ en la finalidad de hacer efectivos valores como el pluralismo político y la formación de la opinión pública libre”*.

Y es por esta razón que cuando las libertades de expresión e información *“operan como instrumento de los derechos de participación política, debe reconocérseles si cabe una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve particular haciéndoles especialmente resistente (s), inmune (s) a las restricciones que es claro que en otro contexto deberían operar”*. (en el mismo sentido la STEDH de 15 de marzo de 2011, caso Otegui Mondragón contra España).

Ahora bien, la amplitud declarada – y deseada- a proporcionar a la prevalencia de la libertad de expresión en el debate político, que no plantea discusión alguna cuando incide o puede incidir en el o los contrincantes políticos (que es el supuesto mayormente tratado por el TC en sede de amparo constitucional y aun por el TEDH) halla su fundamento en la finalidad que tiene asignada en un Estado democrático cuando su ejercicio se lleva a cabo en el ámbito de la participación activa en la política.

Esta finalidad no es otra que coadyuvar a la formación de una conciencia pública libre ( de elegir a unos u a otros, dar la confianza





a un programa político o a otro) y por lo tanto involucra a terceros (los ciudadanos) no participantes directos en la lucha política sino destinatarios del ( o los) mensajes lo que conlleva en su propia esencia la proscripción de la manipulación y/o instrumentalización de ciudadanía y halla su apoyo legal en el artículo 10 .1 del Convenio según el cual *“ toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de decidir o comunicar información e ideas sin que haya en ellas injerencia de las autoridades públicas y sin consideración de fronteras”, “ en garantía “* -decía la STC 101/86 de 17 de julio (caso Soria Semanal)- *“ de una institución fundamental, la opinión pública libre”,* garantía que otorga a las libertades del artículo 20.1 una valoración que trasciende de la que es común y propia de todos los derechos fundamentales.

Ahora bien, la doctrina del TC en la materia acoge – como no podía ser de otra manera- la realidad (y conveniencia) de que el legislador no incrimina toda perversión de la utilización del derecho a la libertad de expresión en el debate político, sino solo los supuestos puntuales descritos en el artículo 510. CP en los que se utiliza a terceros (el grupo) contra los que se comete un delito (las injurias) como *“arma”* o *“resorte”* electoral para obtener votos, colocándolos en la *“diana”* o *“disparadero”* del discurso del odio ( aunque ex post la bala no de en la diana o siquiera se llegue a disparar el arma ) Y , desde esta perspectiva, ni las leyes ni el TC ni los Tribunales ordinarios pueden amparar actos electoralistas que no solo no sean objetivamente compatibles con la finalidad que fundamenta la prevalencia de la libertad de expresión ( la formación de una opinión y conciencia pública libre) sino todo lo contrario y en los que además se comentan delitos (el delito de injurias).

Por ello, el TC ha establecido el siguiente principio general , entre muchas, en las SSTC nº 107/98 de 8 de junio, nº 110/2000 de 5 de mayo, nº 49/01 de 26 de febrero, nº 204/01 de 15 de octubre, y nº 174/06 de 5 de junio : *“el derecho a la libertad de expresión al referirse a la formulación de pensamientos, ideas y opiniones, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene solo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas”,* motivo por el cual *el comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas no puede encontrar amparo en el ejercicio de las libertades garantizadas en el*

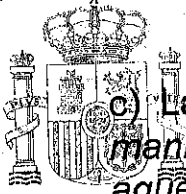


*art. 20.1 CE que no protegen las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas y oprobiosas” siendo al respecto muy contundentes las manifestaciones contenidas en la STC nº 235/2007 de 7 de noviembre en las que se condensan los límites al derecho derivados de la proscripción del discurso del odio : la libertad de expresión, sea cual sea el marco en el que se ejercite “encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras ,racistas o humillantes o en aquellas que incitan directamente a aquellas actitudes, constitucionalmente inaceptables”*

Ya concretamente en lo que atañe a los límites del discurso político como manifestación paradigmática de la libertad de expresión en cuyo seno se ejercitan los derechos de libertad ideológica y de participación activa en los asuntos públicos, en relación con el discurso del odio, el Tribunal Constitucional ha establecido los siguientes:

a) *“No cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de la opinión pública que merezca el calificativo de libre” (STC nº 136/1999)*

b) *El artículo 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” ....., “a persona o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia propia, étnica o social”; y asimismo carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen o justificando sus hechos cuando ello suponga la humillación de sus víctimas” (STC nº 235/2007 de 7 de noviembre que cita SSTC nº 214/1991 de 11 de noviembre y nº 176/1995 de 11 de diciembre) porque “el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo y a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana” ....., y porque “ 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 genericamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean”*



c) La libertad de expresión también "encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquellas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables". En este sentido la STS de 12 de abril de 2011 citando entre otras la STC nº 214/1991 declaró 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, extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español....., los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social" (Igualmente la sentencia TEDH de 20 de abril de 2010 caso Le Pen contra Francia).

En consonancia con las razones en que el TEDH funda la legitimidad de la condena penal dictada en el caso Feret contra Bélgica y con los límites al ejercicio de la libertad de expresión en la actividad política en relación con el discurso del odio que se hallan en perfecta correlación con la posición interpretativa que antes hemos avanzado conforme a la cual el legislador ha definido "ex lege" dichos límites en el artículo 510 CP (y por lo que nos ocupa en el apartado 2 del precepto) excluyendo del ejercicio legítimo del derecho la difusión de informaciones injuriosas (constitutivas aisladamente de un delito de injurias) sobre el grupo relativas a las circunstancias o condiciones típicas, la firmante de este Voto Particular sostiene:

a) Que toda conducta consistente en incitar a la discriminación hacia determinados grupos sociales, sea cual fuere el contexto en que se realice, no está amparada por la libertad de expresión, lo cual no quiere decir que, en cualquier supuesto sea una conducta penalmente relevante.

b) Que, a estos efectos, debe distinguirse (de otras) las expresiones (verbales o escritas) que dirigidas al fin legítimo de toda contienda política que no es otro que contribuir a formar una opinión y conciencia pública libres para que los ciudadanos elijan libremente a sus representantes, son objetivamente idóneas a aquella finalidad aun cuando por motivos electoralistas, se transmitan con un lenguaje virulento u hostil contra algún grupo o colectivo social

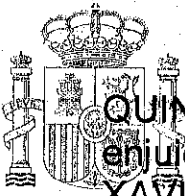


c) Distinguirse de aquellas expresiones que no siendo idóneas a aquel fin no van dirigidas sino todo lo contrario a formar una opinión libre entre los ciudadanos sino a manipularlos, para obtener votos, instrumentalizando a grupos o colectivos sociales respecto de los cuales se vierten juicios de valor e informaciones que menoscaban su fama o crédito como grupo social y lesionan la dignidad o autoestima de sus miembros

d) Las primeras, éticamente reprochables y democráticamente intolerables, hallaran pleno cobijo en el derecho a la libertad de expresión pues como dijo el TEDH en la sentencia antes citada caso Otegui Mondragón contra España, a quien participa en un debate con relevancia pública *"le esta permitido recurrir a una determinada dosis de exageración o incluso de provocación, es decir, de ser un tanto inmoderado en sus observaciones"*, porque , como ha expresado algún autor criticando una sentencia condenatoria por el artículo 510.1 CP dictada por el Juzgado de lo Penal de Manresa a 11 de noviembre de 2011, *"en un Estado democrático , sarcasmos, burlas y tópicos debe ser permitidos en el juego del debate político" por " estar amparados por la libertad de expresión"*; e igualmente las segundas, las cuales, sin embargo, podrán generar responsabilidad para su autor, bien civil o bien penal por un delito contra el honor de los miembros del grupo o de la asociación o del grupo en sí, sin interés público y solo perseguible a instancia de la parte agraviada.

e) Excepto si las expresiones dictadas en el marco del debate político son objetivamente encuadrables por lo antedicho en el discurso del odio al concretarse en una provocación/incitación directa al odio, a la violencia y a la discriminación por los motivos típicos del artículo 510.1 CP o al difundir respecto de alguno de los grupos o colectivos típicas informaciones injuriosas cristalizadas en imputación de hechos con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad del artículo 510.2 CP en los términos en que lo hemos acotado en paginas anteriores.

En síntesis y como consecuencia aunque toda conducta que incite o provoque a la discriminación no puede estar amparada por el derecho a la libertad de expresión, *solo serán penalmente relevantes las definidas y agrupadas bajo la letra e) debiendo considerarse atípicas ( o justificadas) las conductas agrupadas bajo las letras b), c) y d) .*



QUINTO.- Proyectando la anterior doctrina al supuesto objeto de enjuiciamiento considero que la conducta llevada a cabo por XAVIER GARCIA ALBIOL en los estrictos términos que se ha detallado en el relato fáctico de la sentencia dictada en la primera instancia, cumple el tipo penal por el que se sostuvo acusación al concurrir en la misma -y así haberse acreditado en Juicio- todos los elementos típicos esenciales al tipo penal previsto y penado en el artículo 510.2 del CP:

En efecto, aplicadas las anteriores consideraciones a los hechos que se han entendido probados ninguna duda se le suscita al Tribunal ( como tampoco al Juez en la primera instancia) que el acusado Xavier García Albiol difundió informaciones en relación a un determinado grupo o colectivo en el marco de la campaña que llevó a cabo como aspirante a la alcaldía de Badalona de manera verbal en sendas entrevistas concedidas a medios de comunicación (16 de abril de 2010, 25 de abril de 2010, 26 de abril de 2010) y a través de la distribución y reparto ( incluso personal) de una muy importante cantidad de panfletos electorales autorizados por el (unos 15.000) que se repartieron entre la población de Badalona en un contexto de precampaña electoral y a cuyo contenido perfectamente descrito en el relato fáctico de la sentencia objeto de apelación nos remitimos en este primer momento interpretativo. Y que lo hizo sabiendo, como concejal de la localidad que entonces era, que sus drásticas y catastrofistas afirmaciones sobre todo o la inmensa mayoría del colectivo no se compadecían con la realidad social.

De su actividad y del contenido de la precampaña se hicieron eco medios de comunicación escrita y televisión, recogiendo el mensaje del acusado, entonces concejal y candidato a la Alcaldía, que estaba dirigido a una generalidad de personas ( a toda una ciudad y sus habitantes votantes potenciales) y especialmente a aquellos que residían en los barrios de Sant Roc, Llefia y La Salut , en los que el propio acusado denunciaba se había residenciado el grupo étnico (rumanos y gitanos rumanos) al que atribuía los hechos o "modus vivendi" a los que después me referiré y que, elegido como reclamo en los panfletos distribuidos, era directo claro y contundente: *"no queremos rumanos "* porque *" el colectivo rumano no se quiere integrar.., y "con estos colectivos lo que se tiene que tener es firmeza y contundencia policial y que a estas personas se las detenga, que vayan a la cárcel y que se las*



devuelva de donde han venido” , para acabar sentenciando que “el colectivo rumano gitano ha venido, concretamente a delinquir”

Este mensaje, en primer término, no lo lanzaba cualquier ciudadano anónimo en un arranque puntual de enfado, sino quien en la época de los hechos era concejal de la tercera ciudad en población de Cataluña , miembro destacado de uno de los dos grandes partidos del país y que aspiraba – y de hecho lo consiguió- a ser alcalde de la misma y lo hacía en el marco de una precampaña electoral; y, en segundo término, el mensaje ( las 15. 000 panfletos que se distribuyeron) iba dirigido, como hemos visto, a una generalidad de personas y en él se aludía a zonas o barrios de Badalona, conflictivos en relación con el trafico de estupefacientes y feudo de personas de la etnia gitana tradicionalmente asentadas en la localidad como lo son el barrio de San Roque, el barrio de la Salud y el de Llefiá en los cuales ha convergido de manera importante la inmigración mas conflictiva de la localidad, de manera que la convivencia en una zona ya problemática se ha dificultado y agravado.

Por lo tanto, el mensaje poseía ( por su contenido y por sus destinatarios) un potencial lesivo en el sentido que era idóneo para incitar de manera indirecta o subliminal a formas de discriminación, desprecio y aun de violencia.

Y de este potencial de llegar y calar en determinados sectores de la opinión pública son exponentes ex post los reportajes publicados por diversos medios informativos y que la sentencia de instancia recoge en sus hechos probados: el publicado por el diario “El periodico de Catalunya” a 28 de abril de 2010 en el que se afirma “*CIU suscribe en Badalona que los gitanos rumanos delinquen*”, las declaraciones del entonces Conseller Felip Puig a 4 de septiembre de 2011 al periodico Ara.Cat conforme “ *hi ha uns col.lectius d’una procedencia determinada que tenen tendència a caure en determinats àmbits delictius i s’organitzen en clans*” (¿) ; también y en extremo significativos los publicados por el diario “El Mundo” a 9 de mayo de 2011 y por “El Periódico de Catalunya” a 30 de abril de 2010 informando que determinados colectivos gitanos “del país” apoyaban al acusado en los siguientes términos; “*En el aperitivo que los populares ofrecieron en el barrio de Sant Roc, “a la palabra de Albiol, se abrazan el tío Damian, el tío Chino, el tío Curro y el tío Pocholo... popes de Sant Roc con prédica sobre las familias en las que a menudo cala el odio a los romanies del Este y el temor*



*infundado de que los auxilios sociales que muchos cobran corren peligro”.*

Es de destacar que el mensaje lanzado a la opinión pública y a sus posibles votantes por el acusado y que integra el relato fáctico de la sentencia objeto de apelación es heterogéneo en el sentido de que en él se entremezclan juicios de valor y expresiones desafortunadas con acusaciones directas a los gitanos romanes ( y en ocasiones a los rumanos en general) de cometer delitos, de hacer del delito su “*modus vivendi*”, de ser todos ellos delincuentes en definitiva y no como juicio de valor sino como actividad.

Respecto de los primeros -los juicios de valor- son significativos definirlos como una “*lacra*” y una “*plaga*” que asolaba la ciudad de la que pretendía ser alcalde y entre las manifestaciones electoralistas, legítimas desde luego pero en consonancia con las formuladas por la extrema derecha europea más radical, las de “*no les daré ayudas, no les dejare empadronarse*” etc, expresiones todas ellas que, desde la interpretación del tipo del artículo 510.2 del CP que partimos, al no tratarse de una imputación de hechos difícilmente serían subsumibles las primeras en un delito contra el honor y las segundas carecerían por sí solas de la entidad suficiente para integrar la provocación típica del artículo 510.1 del CP, de manera que, aun cuando contempladas en su conjunto reflejan una actitud xenófoba y un claro aprovechamiento para cargar en momentos de crisis económica muy grave todos o la mayoría de los males “al otro”, “al diferente”, las consecuencias no irían más allá por la prevalencia otorgada a la libertad de expresión en el contexto político pues, como apunta el ATS de 17 de marzo de 2009, “*el verdadero Juez de estas contiendas sociales es, en principio, el cuerpo electoral*”, lo que es cierto.

Esta posición constitucional es la que he seguido estrictamente interpretando restrictivamente los elementos del tipo penal tanto en lo que afecta a la materia de prohibición ( el tipo positivo) como a lo que concierne al tipo negativo o lo que es lo mismo a la ausencia de causas de justificación, en este caso, el ejercicio legítimo de un derecho pero, es un hecho incontrovertible que el acusado suma a aquellos juicios de valor, actitudes despreciativas y atribución de suciedad etc., la imputación al grupo de “*gitanos rumanos*” de llevar a cabo hechos que son “*tenidos en concepto público como graves*”, es decir, de dedicarse a cometer delitos.



Y lo atribuye a todos ellos, no una sino todas las veces que es preguntado o se la da opción a afirmarlo : *"los gitanos rumanos", "los que están en mi ciudad y concretamente en los barrios de La Salud, Sant Roc y una parte de Llefià son delincuentes"*. Todos los gitanos romanes, todos ellos, como es de ver, en la inconsistencia del discurso que hilvana cuando por parte del interlocutor se le pregunta si sabe lo que está diciendo y como vuelve siempre al punto de partida (*"son delincuentes", "han venido a robar y a atracar"*) a pesar de que, tras las primeras declaraciones de las que se hizo eco la prensa ( en enero y abril de 2010) y el reparto de los panfletos a 24 de abril de 2010, cuando le entrevistan en el programa Els Matins el día 26 de abril de 2010 hace juegos malabares entremezclando dichas afirmaciones con loas a los rumanos honrados que han venido a trabajar y a los gitanos no foráneos del barrio San Roc a modo de "excusatio non petita accusatio manifesta" que, en el contexto de sus declaraciones, solo logra poner en evidencia cual era su mensaje: *hay que detener, encarcelar y devolver a su país a los gitanos rumanos que han venido ( a Badalona, por lo menos ) a delinquir*, tanto mas cuanto que, como le dijo a una eurodiputada francesa a 19 de septiembre de 2010 *" aquí no tenemos campamentos de gitanos como en Francia, aquí la situación es peor, están repartidos por los barrios de la ciudad haciendo la vida imposible a los vecinos"*.

La idea a transmitir es evidente y se concreta en la atribución a los gitanos romanes, que se han asentado en Badalona, no solo la suciedad y conflictividad por choques entre etnias que se dice existe en los barrios donde han ubicado su residencia (lo que pone de relieve en el panfleto con fotografías de basura y desperdicios junto a fotografías de mujeres y un hombre que pertenecen a dicha etnia) sino la inseguridad (fotos de coches quemados) derivada no solo de roces entre ellos sino del hecho de que se dedican a cometer delitos como modo de vida ( a robar y a atracar), razón por la cual en el panfleto se inserta una fotografía con un cartel que reza, *"no queremos rumanos"*. Y la repite, como decíamos, y como se recoge en los hechos probados, sin titubeos siempre públicamente : *" hay colectivos que han venido a este país sabiendo que las leyes son permisivas, única y exclusivamente a robar y a ser delincuentes"*, *"con la misma seguridad le tengo que decir que el colectivo rumano gitano se ha instalado en nuestra ciudad a delinquir y a robar"...., "si efectivament, els gitanos romanesos, els que s'han instal.lat a Badalona estan duent a terme activitats delictives"...., "si, son ells, coincideix que son ells"*, todo ello sin





poder justificar ni intentarlo presentando cifras o estadísticas tal y como le invitaba a hacer el entrevistador de Catalunya Radio, refiriendo sin atender a razones en que “ *els individus romanesos gitanos que estan instal.lats a la meva ciutat, la majoria han vingut a delinquir a la meva ciutat...., estan atracant a les senyores, els nens els dediquen a anar a robar a les botigues u a les senyores grans....,*” y a la pregunta de si tiene cifras oficiales y su la mayoría de los gitanos rumanos son delincuentes, sigue respondiendo que sí, que los de su ciudad si “ *i ho mantinc*”, “*los gitanos rumanos están creando muchos problemas de seguridad y de atracos y por tanto tenemos que afrontar con valentía y decisión y decir las cosas claras*” u lo que en el contexto del programa que esboza se traduce en que hay que echarles del país ya que ni siquiera podemos relegarlos a un gueto como en Francia, tal y como dijo a una eurodiputada francesa en una “butifarrada” organizada el día 19 de septiembre de 2010.

El mensaje discriminatorio lanzado por el acusado excede en mucho, en lo que a gravedad se refiere, al contenido de los panfletos cuya difusión motivó la condena en Bélgica del caso Feret y que no obtuvo el amparo del artículo 10.2 del Convenio según el TEDH que lo encuadró en el discurso del odio.

En efecto, en uno de los panfletos en los que se invitaba a los belgas a implicarse en lo que les afectaba, se promovía restablecer la prioridad en el empleo para los nacionales y los europeos, repatriar a los inmigrantes, convertir los centros de repatriados políticos en albergues para los sin techo belgas, crear cajas de seguridad social separadas para los inmigrantes, detener la bomba “*seguridad social para todos*” y en otro se enunciaban propuestas tales como la de “*oponerse a la islamización de Bélgica*”, “*interrumpir la política de la pseudointegración*”, “*expulsar a los parados extraeuropeos*”, “*dejar de sustentar las asociaciones de ayuda a la integración de inmigrantes*” y además el programa promovía reglamentar con mayor severidad el acceso a la propiedad inmobiliaria en Bélgica, poner trabas a las reunificaciones familiares y la constitución de guetos étnicos para “*salvar a nuestro pueblo del riesgo que constituye el Islam conquistador*” y finalmente en un cartel editado por el Frente Nacional bajo el título de “*Es el cuscus-clan*”, del que se distribuyeron octavillas, se imputaba al Islam los atentados de las “torres gemelas”, señalando que “*El Corán dice: Matad a los infieles hasta que corra un baño de sangre*”.



El análisis comparativo es claro: a lo que no es mas que la exposición de un programa político discriminatorio que salvo que pudiera encuadrarse por las circunstancias en el artículo 510.1 del CP, formaría parte del ámbito de la libertad de expresión según la posición del Tribunal Constitucional español, el líder del partido de extrema derecha belga solo añade como incitación a actos hostiles o de odio, amén de la intrascendente mofa del cuscus-clan, las referencias a la autoría de los atentados del 11 de septiembre por parte de células terroristas islámicas y a un párrafo de Al Corán, ambas cosas verdaderas, mientras que Xavier Garcia Albiol, al exceso no punible pero no amparado por la libertad de expresión de llamar al pueblo gitano romaní "lacra social", "sucios", "conflictivos" y "plaga" proponiendo medidas discriminatorias como lo son no dejarles empadronar y privarles de ayudas sociales, *une el mensaje insistente de que todos (el grupo) se han asentado en "su" territorio para cometer delitos que cometen siendo por tanto unos delincuentes que "ni siquiera pueden ser guetizados en los correspondientes campamentos"* y lo hace en un momento de crisis económica muy grave en la que se habían hecho recortes en prestaciones y ayudas sociales muy importantes (y se anunciaban mas) y en una población en gran medida de aluvión y concretamente en barrios tradicionalmente depauperados, donde lo mas fácil (y mas peligroso) es demonizar al "extraño", al "otro" que deviene en consecuencia mas vulnerable frente al colectivo donde como "otro" se inserta, generando dicho mensaje un riesgo cierto de una (aún mayor) discriminación del pueblo gitano romaní, evidenciado ex post por el hecho de que sujetos pertenecientes a una etnia cuyo tronco es común (los gitanos españoles residentes en el barrio de Sant Roc) en una reacción casi "contra natura" por el mensaje, apoyaran por miedo a perder o ver disminuidas sus ayudas, el "discurso del odio" en el que difundiendo las falsas informaciones injuriosas (e injuria por imputación/atribución de hechos es llamar delincuente a otro y señalar como delincuentes a todo un grupo o colectivo en razón de su etnia) en que incidió el acusado conociendo que eran falsas, extremo (el del dolo) en el que no profundizamos porque, a pesar de lo dicho por el Juez a quo en la sentencia dictada en la primera instancia, de los hechos que se entienden probados (y que no han sido cuestionados por su Defensa) la concurrencia del dolo (del dolo directo, posiblemente de segundo grado) fluye sin mas de la lógica de lo razonable que salvo prueba en contrario preside los actos humanos: Xavier García Albiol, hombre cultivado e inmerso en su tiempo y en la



sociedad en la que vive sabía perfectamente que sus contundentes afirmaciones ( por todas, *“los gitanos romanies que se han ubicado en Badalona han venido porque las leyes son permisivas y se dedican a robar y a atracar”*) no eran ciertas ni sostenibles y que con ellas estaba difamando a los gitanos romanies que no se dedicaran a delinquir y, a pesar de ello las sostenía sin tener ni aportar , datos, estadísticas o cifras oficiales ni nada parecido tal como se observa de la ilustrativa lectura de la entrevista que concedió a Els Matins de Catalunya Radio el 26 de abril de 2010. Y este conocimiento seguido de la realización voluntaria y reiterada de la conducta solo tiene un nombre en Derecho: dolo, y dolo directo.

Xavier Garcia Albiol ( como, por otra parte, se admitía también en la sentencia dictada en la primera instancia) *difundió dolosamente “informaciones injuriosas”,* en una manifestación de lo que la sentencia Feret del Tribunal de Estrasburgo calificó en su día de *“un ejercicio irresponsable de la libertad de expresión” que para nada iba dirigido a la formación de una conciencia pública libre* (sino al contrario a manipularla para ganar votos ) ; y lo hizo de modo irresponsable porque ante problemas de convivencia social podía y debía haber esgrimido otros argumentos diferentes a los que empleó (*“la culpa es de los gitanos romanies que se dedican a cometer delitos”*) y soluciones diferentes a las que propuso (*“hay que echarlos o quitarles las prestaciones y ayudas”*) y en cambio optó por *un discurso racista ( y fácil) en cuyo marco además lesionó de manera penalmente relevante el honor del colectivo ( es decir, cometió un delito,* lo que no hizo el líder político al que se negó el amparo del Convenio en la sentencia Feret) , *sabiendo que estos discursos (en realidad eslóganes) avivan la intolerancia y tienden a imponerse sobre los argumentos racionales, como desgraciadamente la historia nos confirma y, precisamente por ello, ni la libertad de expresión ni el ejercicio legítimo de participar en la política activa pueden darles cobijo* por mucho que, como sostenía el Juez a quo, el mensaje lanzado por el acusado (que era indiscutiblemente un mensaje discriminatorio ) obedeciera a *“motivos electoralistas”, a “conseguir votos” o a “mostrar un problema social”* pues incluso dogmáticamente una cosa son los móviles y otra, el dolo, y basta para entender cumplido el mismo que el sujeto sepa que su mensaje es racista y tiene capacidad objetiva para generar hostilidad y discriminación para el grupo y aún así lo difunda a los fines penalmente irrelevantes que entienda convenientes.



**SEXTO.-** De los hechos considerados probados es penalmente responsable en concepto de autor XAVIER GARCIA ALBIOL por su intervención directa y dolosa en los hechos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 28 del CP convicción a la que llega el Tribunal en razón de la prueba explicitada en el anterior Fundamento de Derecho.

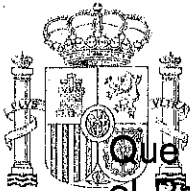
**SEPTIMO.-** No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la conducta del acusado por lo que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 510.2, 28, 66.6º y 56 del CP procede imponer al mismo la pena mínima de un año de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

La pena se fija en mínimo de la pena típica por entender el Tribunal que la pena privativa de libertad de uno a tres años de prisión asociada a conductas como la descrita en el apartado 2 del artículo 510 CP ( superior a la prevista en el tipo penal previsto en el artículo 607.2 CP) no es, a diferencia de la asociada a la figura penal descrita en el apartado 1 del mismo precepto en la que se prohíbe bajo pena la incitación directa a la discriminación, violencia u odio por los motivos típicos, una pena proporcionada en abstracto -y en el caso concreto- a la gravedad del hecho, siquiera teniendo en cuenta la naturaleza pluriofensiva del precepto atendidas las penas típicas asociadas a las injurias graves en el artículo 208 CP, falta de proporcionalidad que según la doctrina penal que se ocupa de la corrección del denominado efecto desaliento o "chilling" efecto, debe ser atemperada por el Juez dentro del marco legal posible bien imponiendo -como hacemos- la pena mínima o bien acudiendo a las posible medidas de sustitución por pena pecuniaria lo que, en todo caso, incumbe decidir al Juez en sede de ejecución.

**OCTAVO.-** Se declaran de oficio las costas procesales del recurso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 239 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Vistos los artículos citados, criterios expuestos y demás normas jurídicas de general aplicación al caso, administrando en esta instancia Justicia que emana del Pueblo en nombre de S.M. el Rey

**FALLAMOS**



Que con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sanz López , en nombre y representación de SOS RACISME CATALUNYA contra la sentencia dictada a 10 de diciembre de 2013 por el Juzgado de lo Penal nº 18 de Barcelona en el Procedimiento Abreviado nº 247/13 debemos REVOCAR y REVOCAMOS PARCIALMENTE dicha sentencia en el sentido de condenar a XAVIER GARCIA ALBIOL, como autor responsable de un delito de difusión de informaciones injuriosas sobre un grupo en relación con su etnia, sin circunstancias, a la pena de UN AÑO DE PRISION con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena así como a satisfacer las costas procesales de la primera instancia, declarándose de oficio las costas procesales del recurso.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala y se notificará al Ministerio Fiscal y a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno, la pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el día de su fecha por la Ilma Sra Magistrado Ponente, hallándose celebrando audiencia publica. DOY FE.