

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**  
Sección Octava

1/8

Rollo.: 371/2012  
D. P. nº.: 4.198/2010  
Juzg. de Instrucción nº 2 de Badalona (Barcelona)

Los Ilmos. Sres.:  
D. JESUS M<sup>a</sup> BARRIENTOS PACHO  
D. CARLOS MIR PUIG  
Da. MERCEDES ARMAS GALVE

Han dictado el siguiente

**AUTO**

En Barcelona, a cinco de septiembre de dos mil doce.

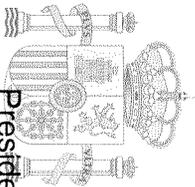
**HECHOS**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Badalona (Barcelona), con fecha 1 de junio de 2012, se dictó auto en las Diligencias Previas de las que trae causa el presente rollo, por el que se decidía el sobreesamiento libre y archivo de las indicadas Diligencias previas en atención a que los hechos que motivaron su incoación no son constitutivos de delito, en trámite y en uso de la circunstancia 1ª del artículo 779.1 de la LECrim.

**SEGUNDO.-** Notificada esta última resolución a las partes contra la misma se interpuso recurso de apelación en nombre de la acusación popular mantenida en nombre de la Asociación SOS Racismo de Cataluña y de la Federación de Asociaciones Gitanas de Cataluña. Admitido a trámite este recurso de apelación, en su sustanciación se confirió a las partes el trámite preceptivo de alegaciones, que aprovechó el Fiscal para mostrar su adhesión con el recurso así ejercitado, hasta que, evacuado el trámite, se ordenó la remisión a esta Sección de la Audiencia Provincial de los particulares designados para nuestro examen y conocimiento.

Recibidos tales particulares en la secretaría del Tribunal y designado Magistrado ponente para su conocimiento, quedaron los autos para la deliberación del Tribunal, a cuyo efecto se señaló el día de la fecha, y el dictado de la presente resolución, sin más trámites.

**TERCERO.-** Ha sido ponente de la presente resolución el Ilmo. Sr. Magistrado



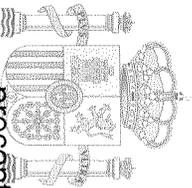
2/8  
Presidente Don Jesús María Barrientos Pacho, quien expresa así el criterio unánime del Tribunal.

## **RAZONAMIENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO.-** Las entidades recurrentes, Asociación SOS Racismo de Cataluña y Federación de Asociaciones Gitanas de Cataluña, personadas en la causa como acusación popular, con la adhesión del Fiscal, combaten la decisión de sobreseimiento libre adoptada por la Sra. Juez titular del Juzgado de Instrucción nº 2 de los de Badalona, para insistir en la atribución al imputado Xavier García Albiol de los delitos tipificados en el artículo 510.1 y 2 del Código Penal, de provocación e incitación a la discriminación y al odio, y de difusión de informaciones injuriosas para un grupo racial y origen nacional determinado, por lo que interesa de esta Sección de la Audiencia Provincial que dejemos sin efecto el sobreseimiento libre decretado en la instancia y que ordenemos la incoación del Procedimiento Abreviado oportuno a fin de que las acusaciones personadas puedan hacer efectiva la acusación que se proponen dirigir frente al referido imputado.

La extensa y sólidamente fundada decisión de sobreseimiento fue adoptada por la Sra. Juez de Instrucción después de recorrer la diversa jurisprudencia menor recaída en aplicación de los tipos penales que las acusaciones sostienen cometidos, alguna sentencia de nuestro Tribunal Supremo en que se ventilan conductas de análoga caracterización a las que aquí se atribuyen al acusado, y también otras sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en consideración a que este tipo de conductas comprometen, al tiempo, derechos fundamentales tan relevantes como la libertad de expresión e información, considerados en este caso relevantes para la resolución de la contienda, como también se esgrimen en la resolución combatida diversas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, citadas todas en sustento de la tesis de la atipicidad de la conducta atribuida al imputado y admitida por éste en su configuración fáctica.

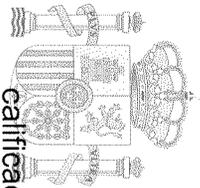
Las entidades personadas como acusación popular, al fundar en derecho la impugnación de la decisión de sobreseimiento limitan el esfuerzo argumental a la comisión del delito previsto y sancionado en el artículo 510.2 del Código Penal, es decir, para sostener la comisión de un delito de injuria colectiva provocadora, desistiendo de todo argumento sobre la eventual comisión de un delito del artículo 510.1 del mismo Código, de provocación a la discriminación y al odio, por estimar que este tipo penal habría quedado tácitamente expulsado del proceso en la resolución anterior de esta misma Audiencia Provincial -Sección Séptima-, al tiempo de acoger el recurso de apelación ejercitado por la misma acusación contra la inicial resolución de inadmisión a trámite de la querrela interpuesta por ellas, con reproducción parcial de los argumentos ofrecidos en el auto de 24 de mayo de 2011 para ordenar la admisión de la querrela y la incoación de las Diligencias Previas en cuyo seno ha recaído el auto ahora combatido. Contrariamente, el Fiscal, que dejó transcurrir el plazo para recurrir contra la decisión de archivo, por la vía de la adhesión introduce en su escrito de impugnación razones jurídicas para defender la comisión de un delito del artículo 510.1 del Código, dando al motivo de adhesión formato de denuncia por infracción de ley por inaplicación indebida de dicho



precepto, aun cuando la recurrente principal y única en plazo para hacerlo, nada argumentó sobre la eventual comisión de un delito de esta caracterización.

Este planteamiento y secuencia impugnadora nos obligará, con carácter previo al examen de los motivos de recurso, a determinar, por un lado, si la apelación adhesiva posibilita a la parte no recurrente en plazo a introducir en su escrito de adhesión razones heterogéneas a las esgrimidas en el recurso principal, y por otro, si el auto de la Audiencia Provincial -Sección Séptima- al revocar la decisión inicial de inadmisión a trámite de la querrela interpuesta por las entidades hoy recurrentes y ordenar la incoación del proceso penal en los términos y con los razonamientos que ofreció para ello, pudo limitar y condicionar decisivamente la calificación jurídica que pudieran merecer los hechos descritos en el referido escrito de querrela, al punto de cerrar toda posibilidad de calificar aquellos hechos como realizadores de un delito del artículo 510.1 del Código Penal, como sugiere la recurrente en el desarrollo de su escrito de impugnación.

**SEGUNDO.-** Pues bien, para despejar el terreno dentro del cual haya de desenvolverse nuestra decisión actual habrá de partirse de la fase preprocesal en que recayó aquella decisión de la Audiencia en la que se ordenaba la incoación de las Diligencias Previas, y a que en la misma no se excluyeron de la investigación judicial propuesta en la querrela ninguno de los hechos que en la misma se relataban en su atribución al entonces querrelado y ahora imputado Sr. García Albiol, de tal forma que de aquella resolución judicial no puede resultar ningún efecto vinculante procedente de la calificación jurídica que pudiere ofrecerse como de aparente realización típica desde los hechos de la querrela, ni positiva ni negativamente, quedando limitadas las actuaciones judiciales futuras exclusivamente por los hechos relatados en la querrela inicial -salvo ampliación de la querrela o que en el curso de la investigación se descubran nuevos hechos que fundamenten una imputación distinta de la que resulte puntualmente informado el imputado-. De tal forma que, si en la decisión de la Audiencia no se expusieron del proceso que ordenaba incoar ninguno de los hechos descritos en la querrela inicial, y se contemplaba una eventual relevancia delictiva de los mismos, suficiente para admitir la querrela y ordenar su investigación judicial, en el seno del proceso así iniciado, en ningún caso podrá resultar determinante de la calificación jurídica que puedan merecer tales hechos las consideraciones efectuadas al tiempo de decidir la admisión a trámite de la querrela, aunque las mismas lo fuesen de orden calificador, pues tales consideraciones no pasarán nunca de resultar provisionales y exclusivamente encaminadas a examinar la apariencia delictiva de tales hechos, es decir, sin potencialidad alguna de comprometer su calificación definitiva, más allá de excluir aquellas calificaciones que se puedan mostrar abiertamente heterogéneas con las que hayan ofrecido las acusaciones que instaron el proceso, lo que no puede predicarse en este caso respecto de los tipos penales del artículo 510.1 y 510.2 del Código Penal, cuando ambas calificaciones son propuestas sobre unos mismos hechos que se han mostrado invariables desde la querrela inicial, e incluso admitidos por el querrelado mismo. (Sobre la vinculación de las calificaciones propuestas por las partes o las ofrecidas en la fase de instrucción se produce la STS 79/2012, de 9 de febrero - caso Garzón-Gurtel- FJ30 , para afirmar que ni el instructor está vinculado por la calificación jurídica propuesta en la querrela, ni el Tribunal por las calificaciones del instructor o de las partes, siempre que no se desborden los hechos y se vaya a una



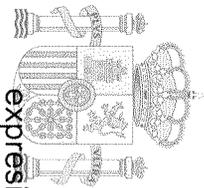
calificación heterogénea).

4/8

Y puesto que la decisión judicial de sobreseimiento y archivo excluye la tipicidad de los hechos enjuiciados tanto respecto del delito de provocación a la discriminación y al odio del artículo 510.1, como del delito de injurias colectivas del 510.2 del Código Penal, a pesar de que la recurrente principal limite sus argumentos impugnatorios a sostener la comisión de este último delito en exclusiva, nada impedirá que hayamos de entrar también en las consideraciones impugnatorias que el Fiscal refiere al tipo penal del artículo 510.1 del Código, pues nada obsta a que la adhesión a los pedimentos de la acusación popular recurrente, en este caso de revocación de la decisión de sobreseimiento y archivo, se efectúe desde argumentos o razones jurídicas heterogéneas a las desplegadas en el recurso principal, como ha ocurrido en el caso actual respecto de la denuncia de infracción legal por inaplicación indebida del artículo 510.1 del Código Penal contenida en el escrito de adhesión del Fiscal.

**TERCERO.-** Anticipando ya el sentido de nuestra decisión, no podemos compartir los argumentos ofrecidos por la Sra. Juez de Instrucción para decretar el sobreseimiento libre y el archivo de las actuaciones en la fase procesal en que recayó dicha resolución, en primer lugar, porque la instrucción desplegada en nada ha permitido variar la relación fáctica que al imputado se le atribuía en el escrito inicial de querrela, lo que supone que se mantienen plenamente vigentes las consideraciones realizadas en el auto de esta misma Audiencia en el que se ordenaba la admisión de la querrela sobre la apariencia delictiva de tales hechos, en la medida en que todos ellos han sido admitidos por el entonces querrellado y ahora imputado; y en segundo lugar, porque el juicio de ponderación de intereses o derechos en conflicto -igualdad y dignidad de todas las personas y al honor individual y colectivo, por un lado, y libertad de información y expresión, por otro-, al menos el que aquí reclaman las acusaciones recurrentes, es más propio de la fase plenaria del juicio oral que de la limitada decisión del Instructor, permitida con los radicales efectos de cierre del proceso exclusivamente en supuestos en los que resulte palmaria la improcedencia de una sanción penal para los hechos sometidos a proceso, ya porque los mismos no reúnan los requisitos objetivos reclamados por los tipos penales de la imputación, ya porque la actuación típica y delictiva se ampare o cobije en el ejercicio de otros derechos que neutralicen la eventual reacción penal y amparen a quien así procede.

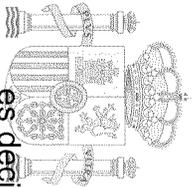
Ciertamente, la Sra. Juez de Instrucción llega a la decisión de sobreseimiento después de realizar un loable esfuerzo por afirmar la atipicidad de los hechos atribuidos en la querrela inicial al imputado y asumidos por éste como propios, por no llegar a completar los requisitos objetivos que a su juicio deberían concurrir para la aparición del delito descrito y sancionado en el artículo 510.1 y porque la aparente comisión del delito del 510.2 del Código Penal se vería contrarrestada por los derechos del imputado a expresar libremente sus ideas, reforzado por el contexto electoral en que se vertieron los comentarios y frases ofensivas y pretendidamente injuriosas; sin embargo, en la fase del proceso en que nos hallamos, ni estamos en condiciones de afirmar la atipicidad de los hechos respecto del artículo 510.1 del Código Penal, ni, menos, de amparar la totalidad de las expresiones atribuidas al imputado bajo el paraguas que representa el derecho constitucional a la libertad de



expresión reconocido en el artículo 20.1 CE.

5/8

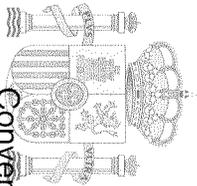
A pesar de ello, y de que la sentencia del Tribunal Supremo parcialmente reproducida en el auto recurrido -la STS 259/2011, de 12 de abril- efectúa una interpretación del tipo penal sancionado en el artículo 510.1 del Código penal desde la que se relaciona el término provocación empleado por el legislador con el concepto de provocación que se ofrece en el artículo 18 del Código Penal al tiempo de regular los actos preparatorios, con la única salvedad de no exigir para la aparición del delito del 510.1 que el hecho al que se provoca sea constitutivo de delito, aunque sí, en todo caso, que *se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo*0; a pesar de ello, decimos, debe advertirse que se trata de la primera resolución del Tribunal Supremo en que es abordada la caracterización de este concreto tipo penal, que la opción interpretativa seguida en esta resolución no es la única, ni siquiera la mayoritariamente seguida por la doctrina que ha analizado el precepto, y que tampoco la decisión ha sido pacífica entre los miembros del Tribunal firme de dicha resolución, consignándose un voto particular a la decisión de la mayoría que encuentra sólido sustento en la redacción del precepto -que en el plano objetivo no exige más que se constate una conducta de *provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones*0 guiada por un ánimo que no es momento de examinar-, y también en las convenciones, recomendaciones y directivas supranacionales, vinculantes para España, que exigen sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para aquellas personas responsables de conductas de incitación a la discriminación y al odio, que se habrían de satisfacerse con la difusión de mensajes que contengan expresiones que inciten directamente a la discriminación, al odio o a la violencia respecto a los grupos o asociaciones aludidos en el precepto, sin otras exigencias que reclamen una concreción mayor en la incitación a la realización de conductas de contenido discriminatorio, odioso o violento no requeridas en la descripción típica. La estructura del tipo penal descrito en el artículo 510.1 del Código Penal, como delito de peligro, no requeriría por tanto para su aparición más que la constatación de haber elaborado y difundido un mensaje que contenga expresiones objetivamente capaces de alimentar la discriminación, el odio o la violencia frente a determinados grupos o asociaciones aludidas en el precepto, sin que pueda objetarse la afirmación acusatoria que sostiene que el discurso y las manifestaciones atribuidas al imputado -parcialmente reproducidas en los escritos de recurso y adhesión en aquello que aludían a los integrantes de la étnica gitana de origen nacional rumano como responsables de los robos cometidos en la localidad que aspiraba a regir el imputado- tienen una potencialidad sobrada para incitar a los destinatarios del mensaje a la discriminación y al odio contra el colectivo de inmigrantes concernido, al menos desde el examen provisional característico de la fase del proceso en que nos hallamos, y sin perjuicio de las definitivas consideraciones que puedan efectuarse al respecto en trance de enjuiciamiento plenario de los hechos, si es que se llegase al mismo por interesar su instancia a las acusaciones personadas, como también deberá corresponder a esa labor de enjuiciamiento la adopción de una posición definitiva respecto a los requerimientos fácticos que hayan de concurrir para completar el vocablo *provocación*0 a la discriminación, al odio o a la violencia, en referencia a si la acción típica se satisface con el conocido como mensaje del odio,



es decir, con la difusión de un mensaje en el que se contengan frases o atribuciones dirigidas frente a determinados grupos o colectivos que en sí mismas encierran o supongan una incitación directa a la discriminación, al odio o a la violencia hacia los colectivos aludidos en el mensaje, o si, por el contrario, es preciso que dentro del discurso o mensaje se contenga una incitación directa a la realización de actos o conductas concretas y concretadas de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra esos mismos colectivos.

CUARTO.- Por otro lado, y como hemos anticipado ya, tampoco en esta fase del proceso estamos en condiciones de concluir afirmando que la totalidad de las expresiones atribuidas al imputado puedan quedar amparadas en el ejercicio de derecho constitucional a la libertad de expresión reconocido en el artículo 20.1 CE. A estos fines del análisis, no puede ignorarse la nutrida jurisprudencia constitucional elaborada en torno a este derecho y a la amplitud del campo dentro del que es tolerada la expresión dialéctica, cuando ésta se ampara en el derecho fundamental a la libertad de expresión esgrimido a su vez como instrumento inseparable del derecho a la participación política. En este orden resultan reproducidas en el auto recurrido diversas resoluciones que darían cobijo a expresiones injuriosas proferidas en un contexto justificado desde el derecho invocado a la libertad de expresión y participación política; sin embargo, deberemos coincidir en esto con las acusaciones recurrentes, en que la invocación del derecho a la libertad de expresión no puede servir de coartada para justificar cualquier discurso o mensaje cuando en los mismos se contienen menosprecios, ofensas y ataques a la dignidad o al honor de las personas, colectivos o grupos, innecesarios para trasladar el mensaje que se pretende, en este caso la necesidad de atajar la inseguridad ciudadana en la localidad a que se constreñía la contienda electoral, o que supongan un peligro cierto para la convivencia pacífica entre sus ciudadanos.

La STS 259/2011, de 12 de abril, citada y parcialmente reproducida en la resolución atacada, trae a colación algún pasaje de la STC 235/2007, en el que, al hilo de la interpretación y alcance del artículo 20.1 CE, puede leerse que *la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población*0 (con cita de la STDH De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997); pero también se razona en dicha sentencia que: *5.- Todo lo dicho no implica que la libre transmisión de ideas, en sus diferentes manifestaciones, sea un derecho absoluto. De manera genérica, se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito....*0 En la misma sentencia del Tribunal Supremo se contiene una reproducción parcial de la STC 214/1991, para afirmar que, *"ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social"*0 . En análogos términos se ha producido el TEDH en la interpretación del artículo 10 de la



Convención que lo justifica, particularmente frente a sanciones penales impuestas por expresiones o mensajes difundidos bajo el paraguas de la contienda electoral o partidista, de las que son exponentes las sentencias de 16 de julio de 2009 caso *Féret c. Bélgica*<sup>0</sup> - y la sentencia de 20 de abril de 2010 caso *Jean Marie Le Pen c. Francia*<sup>0</sup> -, al examinar, en este último caso, una sanción penal impuesta a un político por haber difundido un mensaje con expresiones que los órganos jurisdiccionales nacionales estimaron tributarias de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia respecto de un grupo de personas por razón de su origen o pertenencia a una etnia, nación, raza o religión determinadas.

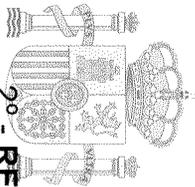
Y, con la provisionalidad que corresponde a la fase del proceso en que nos hallamos, no puede por menos de merecer el calificativo de exceso con apariencia típica las intervenciones públicas del aquí imputado en que, al analizar las causas de la inseguridad que predica de la localidad cuya corporación aspiraba a presidir, identifica como origen principal de la misma a un grupo étnico concreto -gitanos- y de origen nacional determinado -Rumania-, a cuyos miembros alude en diversas entrevistas radiofónicas y mensajes difundidos en televisión, como responsables de la mayor parte de los robos producidos en determinados barrios de la población -La Salut, Llefià y Sant Roc-, llegando a afirmar que la mayoría de las personas del colectivo de rumanos gitanos instalados en la ciudad de Badalona han venido a delinquir, y con la misma categoría, que la mayoría de los miembros de este grupo étnico rumano son delincuentes frente a los que no han producido éxito las políticas de integración, proponiendo como únicas medidas eficaces contundentes medidas policiales o judiciales, que abandonen la calle o que los encierren en prisión o los devuelvan a su país.

Ciertamente, las explícitas y concretas alusión trascritas, además de representar objetivamente un ataque a la dignidad personal y al honor de todos los miembros del colectivo concernido, por el solo hecho de su pertenencia, permiten radicar en ellas un mensaje claramente incitador a la discriminación y al odio frente a los miembros de dicho colectivo por el solo hecho de su pertenencia al colectivo, que por innecesario para trasladar a la opinión pública una idea o política determinada en materia de seguridad ciudadana, podría exceder del generoso ámbito de la libertad de expresión en que busca ampararse el imputado, cuyas manifestaciones de cierre a su comparecencia judicial, cuando pretende que en ningún momento se ha señalado a nadie por su nacionalidad o etnia, no se compadece con las constancias y transcripciones dejadas en la instrucción, sin perjuicio de la probanza última que solo podrá ser desplegada en el acto plenario del juicio oral, si al mismo se llegase de mediar para ello una acusación formal.

VISTOS los artículos citados y los demás de legal y pertinente aplicación

## PARTE DISPOSITIVA

1º. - **ESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto en nombre de la Asociación SOS Racismo de Cataluña y de la Federación de Asociaciones Gitanas de Cataluña, con la adhesión del Fiscal, contra el auto de 1 de junio de 2012 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Badalona (Barcelona) en las Diligencias Previas de las que trae causa el presente rollo.



8/8

**2º.- REVOCAMOS** y dejamos sin efecto el sobreseimiento libre y archivo decretados en dicha resolución, debiendo, en su lugar, ser dispuesta la acomodación de las Diligencias Previas al trámite del Procedimiento Abreviado, a los efectos de la formulación acusatoria, si fuese el caso.

**3º.-** Declarar de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes y hágaselas saber que contra la misma no cabe recurso alguno.

Dedúzcase testimonio de este Auto y remítase juntamente con las Diligencias principales al Juzgado de procedencia para que en él se lleve a efecto lo ordenado.

Así por este nuestro auto lo mandamos y firmamos.

**DILIGENCIA.-** Seguidamente se cumple lo ordenado, doy fe.