



Roj: **AAP B 7193/2019 - ECLI:ES:APB:2019:7193A**

Id Cendoj: **08019370212019200809**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **21**

Fecha: **09/05/2019**

Nº de Recurso: **191/2019**

Nº de Resolución: **844/2019**

Procedimiento: **Otros recursos**

Ponente: **MARIA ISABEL DELGADO PEREZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL

BARCELONA

SECCION 21ª

ROLLO APELACION Nº 191/2019

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 538/2018

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 27 DE BARCELONA

A U T O Nº 844/19

Ilmos. Sres. Magistrados

D. EDUARDO NAVARRO BLASCO

Dª. Mª ISABEL DELGADO PÉREZ

D. LUIS BELESTÁ SEGURA

En Barcelona a 9 de mayo del año 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 23 de enero de 2019, por el Juzgado de Instrucción nº 27 de Barcelona, se dictó auto en sus Diligencias Previas nº 538/2018, seguidas inicialmente por un delito de amenazas y un delito contra derechos fundamentales (delito de odio), en cuya parte dispositiva se acordaba declarar los hechos constitutivos en su caso de un delito leve de amenazas así como el sobreseimiento provisional de las actuaciones a la espera de la acreditación de determinados mensajes de Instagram origen de la denuncia interpuesta por el Ministerio Fiscal .

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, contra la misma se interpuso por la representación procesal del mencionado denunciante, recurso de reforma, que resultó desestimado por auto de 27 de febrero pasado con oposición del Ministerio Público por considerar la falta de legitimación para interponer el recurso por ausencia de poder especial requerido para ello.

Admitido a trámite el recurso de apelación interpuesto contra dicha resolución, se dio traslado al Ministerio Fiscal que impugno el mismo en falta nuevamente a la falta de legitimación Recibidas las actuaciones en esta Sección, siguió sus trámites y quedó pendiente de resolución tras su deliberación, votación y fallo producidos el 9 de mayo de 2019. Ha sido designada Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dª. Mª ISABEL DELGADO PÉREZ, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS



PRIMERO.- Procede con carácter previo entrar a resolver en la cuestión planteada por el Ministerio Fiscal relativa a la falta de legitimación, por ausencia de poder especial y cuya estimación conllevaría a la desestimación de plano del recurso interpuesto por indebida admisión del mismo. En este punto, la impugnación del Ministerio Público no puede ser estimada por cuanto el poder especial al que se refiere el Ministerio Público es exigible exclusivamente para la interposición de la querrela y no para mostrarse como en el caso que nos ocupa, parte en el procedimiento, condición que se le atribuyó mediante providencia de fecha 11 de octubre de 2018 y que devino firme al no haber sido impugnada por ninguna de las partes.

SEGUNDO.- Entrando en el fondo de las cuestiones planteadas, se basa a la apelación en la disconformidad tanto con la calificación jurídica, calificando los hechos como delito leve de amenazas, como en el sobreseimiento acordado por el Juez instructor.

En relación a la primera de las cuestiones planteadas relativa a la calificación jurídica de los hechos y su posible consideración del llamado delito de odio del art. 510 dl Código Penal el recurso debe ser desestimado.

En este sentido y tal y como ya se puso de manifiesto en la resolución de fecha 12 de diciembre de 2018 de la Sección sexta de la Audiencia Provincial traída a colación entre otras por el Ministerio Fiscal "El discurso del odio". 2.1. Tanto el auto apelado como el escrito de impugnación del ministerio público como el propio escrito de recurso focalizan su atención en el denominado "discurso del odio", bien para afirmar su aplicabilidad en el caso examinado, bien para cuestionarla.

En relación con dicho concepto es conveniente recordar que se trata de una noción de contenido no taxativo, pues no todos los organismos internacionales lo definen del mismo modo ni a los mismos efectos. De hecho, nos encontramos ante una fórmula abreviada empleada para combatir el fenómeno de la discriminación en diversas esferas (educativa, preventiva, civil, social, administrativa y también penal). De ahí se deriva que no todo el discurso del odio sea penalmente relevante, sino sólo algunas de sus manifestaciones, y, consecuentemente, que no toda la jurisprudencia del TEDH sea de interés desde el prisma de la subsunción penal pues el Alto Tribunal suele centrarse en la corrección del juicio de proporcionalidad cuando se trata de restringir el derecho a la libertad de expresión.

Por otra parte, es preciso restringir el alcance del concepto a su núcleo originario: el combate contra la desigualdad para proteger a colectivos que puedan ser calificado de históricamente vulnerables en el marco de producción del hecho, lo que no permite abarcar las instituciones del Estado, que pueden ser susceptibles de protección por otras vías, en su caso El término, creado para abordar el odio racial, fundamentado en la doctrina de la superioridad de unas razas frente a otras, se encuentra en la base de varios textos internacionales. Paradigmático es el artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, cuyo artículo 4 señala: " Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de la raza.....o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial...y se comprometen a tomar medidas...destinadas a eliminar toda incitación a la discriminación...tomarán entre otras, las siguientes medidas: A) Declararán como acto punible conforme a ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico....y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación.

Ciertamente, la normativa internacional, de modo progresivo, ha ido incorporando otros colectivos como sujetos merecedores de protección, pero no lo es menos que esa ampliación no ha de traducirse necesariamente en un mandato de tipificación. En este sentido, no está de más traer a colación la Recomendación General nº 35 de 2013 del CERD (Comité para la Eliminación de la Discriminación racial, órgano independiente que supervisa la aplicación de la Convención de 1965): " La criminalización de las formas de expresión racistas debe ser reservada para casos serios, probados más allá de toda duda razonable, mientras los casos menos serios deben ser tratados por medios diferentes a la ley penal....legalidad, proporcionalidad y necesidad ".

En línea con las consideraciones precedentes, parece todo un contrasentido institucional afirmar (como hacen el TEDH y el TC) que la libertad de expresión tiene una posición especialmente preferente cuando contribuye al debate público respecto de asuntos de relevancia general, en el que estén implicados sujetos que ejerzan funciones públicas para, acto seguido, matizar que tales sujetos pueden integrar algunos de los colectivos susceptibles de ser discriminados a través del discurso del odio, pues no cabe duda del tremendo efecto desalentador que sobre el ejercicio del derecho se deriva de ese reconocimiento. Por ello, no cualquier colectivo o grupo social de personas puede ser tributario de la protección que le dispensa la prohibición del denominado "discurso del odio", que debe circunscribirse a los colectivos vulnerables e históricamente discriminados en el contexto concreto en el que se emita el discurso.



A este respecto, no está de más traer aquí a colación dos recientes sentencias del TEDH. La primera (STEDH de 28 de agosto de 2018 dictada en el caso Savva Terentyev v. Rusia) estima que los cuerpos policiales no pueden considerarse un grupo o colectivo que necesite una protección especial bajo el paraguas del discurso del odio. Por el contrario, se trata de una institución pública, que como otras de su clase, debe tener mayor grado de tolerancia ante las palabras ofensivas. En la misma línea, pero en un contexto más amplio en relación con la libertad de expresión y el delito de calumnias, se pronuncia la segunda (STEDH de 20 de noviembre de 2018, caso Toranzo Gómez contra España). tal y como también se pone de manifiesto en la resolución impugnada.

En este sentido y a la vista de lo expuesto no cabe duda de que las expresiones denunciadas (lo que estará tancat será tu celda cerdo asqueroso, he trobem a faltar, torna ya y ven a España ya verás cómo te silenciamos cerdo asqueroso) deben ser enmarcadas tal y como se pone de manifiesto en la mencionada resolución, en el ámbito de un momento de una gran crispación política y en consecuencia deben ser ponderadas en el ámbito de la crítica de las instituciones públicas y personajes políticos, sin que por las mismas razones puedan tampoco dichas expresiones ser consideradas como un delito de amenazas de carácter grave como pretende el recurrente. Su propio contexto, en el caso de que construyeran dicho ilícito, no sobrepasaría la dimensión que le atribuye el Juez de Instrucción.

Sobre la base de la consideración que hace el Juez Instructor de considerar como un delito leve de amenazas los hechos denunciados, resulta coherente el subsiguiente sobreseimiento de las diligencias a la vista de que actualmente los mensajes no han quedado acreditados y difícilmente antes de que transcurra el plazo de prescripción podría cumplimentarse en los términos que solicita la parte recurrente una Comisión rogatoria EEUU, en donde Instagram propiedad de Facebook tiene su domicilio social.

Al juez de instrucción le corresponde la valoración de los indicios derivados del resultado de las diligencias practicadas en la fase de instrucción para adoptar la resolución que corresponda dentro de las que se ofrecen en el art. 779 LECrim . Y la ausencia de indicios sólo puede llevar al sobreseimiento acordado, sin que a falta hasta el momento de los mismos se justifique el mantenimiento de una imputación formal. Hasta el punto de que, visto el contenido de la denuncia, la misma bien pudo incluso haber sido inadmitida de plano en los términos previstos en el art. 269 LECrim absteniéndose de la incoación de procedimiento penal alguno.

TERCERO.- Por todo lo anterior procede la desestimación del recurso, confirmando la resolución apelada en toda su extensión. No debe olvidarse que no sólo es derecho de todo ciudadano verse apartado de un procedimiento penal cuando no existen indicios suficientes contra el mismo, sino obligación del juez de instrucción la de dejarlo fuera cuando ningún motivo racional existe para lo contrario.

CUARTO.- Conforme a los artículos 239 y 240 de la LECrim , procede declarar de oficio las costas procesales causadas en esta alzada.

VISTOS los artículos mencionados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por D. Carlos Ramón contra el auto de fecha 27 de febrero de 2019 , a su vez confirmatorio del de 23 de enero de 2019 , dictados ambos por el Juzgado de Instrucción nº 27 de Barcelona por el que se acordaba el SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL de las actuaciones y CONFIRMAR dicha resolución, declarando de oficio las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas y remítase testimonio de la misma al Juzgado Instructor, y verificado todo ello, procédase al archivo del presente rollo.

Así lo acordó la Sala, y firman los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen superior

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.