



Roj: **ATSJ CAT 393/2018 - ECLI:ES:TSJCAT:2018:393A**

Id Cendoj: **08019310012018200148**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **28/06/2018**

Nº de Recurso: **4/2018**

Nº de Resolución: **72/2018**

Procedimiento: **Cuestión de competencia**

Ponente: **CARLOS RAMOS RUBIO**

Tipo de Resolución: **Auto**

## TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA

### Sala de lo Civil y Penal

#### Diligencias indeterminadas núm. 4/2018

Querrela del Ministerio Fiscal

#### **A U T O** nº 72

*Presidente :*

Excmo. Sr. D. Jesús María Barrientos Pacho

*Magistrados :*

Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Mercedes Armas Galve

Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio

En Barcelona, a 28 junio 2018

#### **Antecedentes de hecho**

**Único** .- El Ministerio Fiscal ha interpuesto ante esta Sala una querrela contra el Iltre. Sr. **Adolfo** , Diputado del *Parlament de Catalunya* perteneciente al Grupo de Esquerra Republicana de Catalunya-Catsí (ERC-Catsí) y presidente regional de ERC del Camp de Tarragona, por un presunto delito de odio, previsto y penado en el art. 510 CP .

Ha sido designado ponente el magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D Carlos Ramos Rubio que expresa el parecer unánime del Tribunal.

#### **Fundamentos de derecho**

**Primero** .- 1. Es competencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña la instrucción y el fallo de las causas penales seguidas contra los diputados del *Parlament de Catalunya* por cualquier clase de delitos, en virtud de lo dispuesto en el art. 73.3.a) LOPJ en relación con el art. 57.2 EAC, siempre que esta atribución no le corresponda al Tribunal Supremo.

Resultando del relato de hechos contenido en la querrela que los mismos se refieren a un delito cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, que se habría perpetrado en el territorio de esta Comunidad Autónoma y por un miembro electo del *Parlament de Catalunya* , es procedente asumir la competencia para resolver sobre lo solicitado por el Fiscal querellante.



2. En orden a decidir sobre la admisión de una querrela, como hemos advertido en otras ocasiones, el TC ha declarado que, en el marco del art. 24.1 CE, no existe un derecho incondicionado a la apertura y a la completa sustanciación del proceso penal, sino solo a obtener un pronunciamiento motivado, incluso liminar, del Juez o Tribunal en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, que exprese de manera inteligible las razones por las que, en su caso, inadmite su tramitación, de forma que permita el eventual control jurisdiccional por medio de los recursos previstos en el ordenamiento jurídico, todo ello independientemente de la parquedad o concentración del razonamiento ( SSTC 148/1987 de 28 sep. y 94/2001 de 2 abr. ), es decir, sin que se exija una contestación pormenorizada de todos y de cada uno de los argumentos utilizados en apoyo de la pretensión ( ATS2 9 ene. 2007 -rec. nº 20274/2006 -).

Por otra parte, desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, el art. 313 LECrim dispone que no proceda la admisión a trámite de una querrela -aceptada que hubiere sido la competencia para conocer de ella- cuando los hechos a que se refiera no sean constitutivos de delito.

Respecto a esta previsión, que es formulada en la ley procesal penal de manera negativa, la jurisprudencia del TS viene considerando que el carácter delictivo de los hechos imputados puede negarse por dos razones: una, porque los hechos contenidos en la querrela no sean susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal; y otra, cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de dichos hechos, no se ofrezca en la querrela ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su verosimilitud, limitándose el querellante a afirmar su existencia sin ningún apoyo objetivo, aunque sea indiciario, puesto que la valoración de su significación penal no puede hacerse a resultados de que pudieran ser acreditados en la instrucción subsiguiente (cfr. AATS2 16 nov. 2009 -rec. nº 20449/2009 - y 26 sep. 2011 -rec. nº 20442/2011 -).

**Segundo .-1.** Se querrela el Ministerio Fiscal contra el Ilmo. Sr. **Adolfo**, que en la fecha los hechos -octubre de 2017- ya era Diputado del *Parlament de Catalunya* en la XIª Legislatura (2015-2017), al igual que lo es en la actual XIIª Legislatura, porque los días 2 y 3 de octubre publicó cinco mensajes sucesivos en su cuenta de *Twitter* dirigidos a una generalidad de personas no identificadas, con los que pretendía que los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía (CNP) y de la Guardia Civil (GC), que se hallaban en aquellos momentos alojados en diversos hoteles de Cataluña para asegurar, por orden del Gobierno de la Nación, el orden público y el cumplimiento de la legalidad en Cataluña, fueran expulsados de ellos, si fuera necesario, haciendo ruido durante toda la noche en los alrededores de sus alojamientos para no dejarles dormir, o difundiendo entre los turistas que estuviesen alojados en ellos o que tuvieran pensado hacerlo que se trataba de " *repressores que agreden a pacíficos demócratas* ", o escribiendo críticas negativas de los establecimientos en las redes sociales y en las webs especializadas, a cuyo fin difundió los nombres de cuatro de dichos hoteles.

Para ello, el querellado habría creado en 2 octubre 2017 la página personal de *Twitter*#caphotelambpolicia que habría utilizado para los fines que se han descrito solo durante ese día y el día siguiente, 3 octubre 2017, con la finalidad ya mencionada, para publicar los mensajes siguientes:

" *No doneu allotjament a qui us reprimeixi. Fora dels nostres hotels! No deixeu dormir en calma a qui us reprimeixi. Feu soroll tota la nit!* "

" *Les forces d'ocupació encara hi seran una temporada. Va per llarg i no els hi hem de facilitar res!* "

" *Que tots els futurs turistes sàpiguen amb qui comparteixen habitació: repressors que agredeixen a pacífics demòcrates* "

" *Recomaneu a tothom a xarxes i a Tripadvisor l'Hotel Gaudí de Reus mentre aculli Policia repressora. No son benvinguts!* "

" *Llocs de Lleida on hi ha Guàrdia Civil i Nacional a: Aisaza Hoteles, Prat de la Riba 37, Hotel Real, Hotel Sansi* ".

El Fiscal, que describe como motivación específica de las expresiones que denuncia la de " *intimidar o amedrentar* " a los miembros de los cuerpos policiales alojados en establecimientos hoteleros de Cataluña, que atribuye genéricamente a las personas y organizaciones de " *ideología independentista* ", entre los que incluye al querellado, califica inicialmente los hechos descritos en su querrela como constitutivos indiciariamente de un delito contra los derechos fundamentales y libertades públicas del art. 510 CP " *e infracciones conexas al mismo* ", en relación con los arts. 14, 17, 18 y 19 CE, solicitando la práctica de diversas diligencias de investigación.

2. El art. 510.1.a) CP dispone que sean castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, entre otros, " **quienes públicamente** fomenten, promuevan o **inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo** o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, **por motivos** racistas, antisemitas u otros **referentes a la**



**ideología**, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad".

El antecedente más directo de este precepto se encuentra en el **art. 165 ter CP 1973**, introducido por la L.O. 4/1995 de 11 mayo, *sobre la apología de los delitos de genocidio*, que a su vez citaba como normas internacionales justificadoras del mismo la *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*, aprobada por la ONU el 9 diciembre 1948, y la *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, aprobada por la ONU en 21 diciembre 1965, así como la doctrina proclamada por nuestro TC en su STC 214/1991 de 11 noviembre, que, al otorgar el amparo a una ciudadana de origen judío, que estuvo internada en un campo de concentración durante la II Guerra Mundial, frente a las sentencias de la jurisdicción civil que se habían negado a proteger su derecho al honor y el del pueblo judío ante las declaraciones de un conocido nazi en una revista de tirada nacional, proclamó 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*".

El precepto fue profundamente reformado por la **L.O. 1/2015 de 30 marzo**, de modificación del CP, a la luz de lo que venía determinado por la **Decisión Marco (DM) 2008/913/JAI de 28 noviembre 2008**, *relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho penal*.

La EM de dicha L.O. explicaba que la nueva regulación pretendía sancionar con una penalidad mayor "*las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios, así como los actos de negación o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado que hubieran sido cometidos contra esos grupos, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio contra los mismos*", previendo "*una agravación de la pena para los supuestos de comisión de estos delitos a través de internet u otros medios de comunicación social, así como para los supuestos en los que se trate de conductas que, por sus circunstancias, o por el contexto en el que se produzcan, resulten idóneas para alterar la paz pública o menoscabar gravemente el sentimiento de seguridad de los integrantes de los grupos afectados*".

La DM 2008/913/JAI, a su vez, era consecuencia de la **Acción Común (AC) 96/443/JAI de 15 julio 1996**, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la *acción contra el racismo y la xenofobia*, debido a la preocupación por las diferencias existentes entre las legislaciones penales europeas por lo que hace a las sanciones fijadas para ciertos tipos de conductas racistas y xenófobas, en la medida en que constituían un obstáculo para la cooperación judicial internacional.

En cierto modo, son también antecedentes justificadores de esta norma penal tanto el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de 19 diciembre 1966, cuyo art. 20.2 declara que estará prohibida por la ley "*toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia*", como la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, hecho en Nueva York el 18 diciembre 1979, cuyo art. 2.b) establece el compromiso de los Estados firmantes de "*adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer*", habiendo sido ambos ratificados por España (BOE Núm. 103 de 30 abril 1977 y Núm. 69 de 21 marzo 1984).

**3. Respecto al art. 510 CP** nuestro TS ha declarado recientemente que:

"...sanciona a quienes fomentan promueven la discriminación, el odio o la violencia contra grupos o asociaciones **por distintos motivos que son recogidos en el precepto**. El elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen **un mensaje de odio** que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del "discurso del odio", **que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad**. Estos refieren la antijuricidad del discurso del odio **sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso** que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo. El tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera **son expresiones que, por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad**" ( STS2 72/2018 de 9 feb . FD1).

En cuanto a la tipicidad subjetiva, el TS declara que "**no requieren un dolo específico**, siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico que ha de ser constatado a partir del contenido de las expresiones vertidas; el dolo de estos delitos se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse



de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar" ( STS2 72/2018 de 9 feb . FD1).

Advierte, además, el TS que la problemática de este precepto está, en buena parte, relacionada con el derecho fundamental a la libertad de expresión, para la definición de cuyos límites se remite a la doctrina proclamada en la **STC 112/2016, de 20 junio**, de la que extrae que, a pesar del carácter fundamental y preeminente de dicho derecho, puede considerarse necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir formas de expresión que propaguen, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia.

En estos casos, la función jurisdiccional consiste en " *valorar, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la expresión de las ideas vertidas y las circunstancias concurrentes esto es, si la conducta que se enjuicia constituye el ejercicio legítimo [y lícito] del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad o, por el contrario, la expresión es atentatoria a los derechos y a la dignidad de las personas a que se refiere, situación que **habrá de examinarse en cada caso concreto*** " ( STS2 72/2018 de 9 feb . FD1).

**4.** Pues bien, a la hora de afrontar esta tarea, aunque sea en un momento tan inicial del procedimiento como el de su apertura o incoación, es preciso acreditar, al menos indiciariamente, que la intención última del autor de las expresiones incitadoras de odio o de hostilidad contra la persona o personas o grupo de personas objeto de las mismas está relacionada, directa o indirectamente, con alguna de las motivaciones que han determinado la tipificación de la conducta a la luz de los precedentes internos e internacionales a que hemos aludido *ut supra*, de manera que no es posible sancionar mediante el art. 510 CP cualquier expresión susceptible de fomentar los sentimientos de odio o de hostilidad por cualquier motivo contra cualquier personas o grupo de personas, sino solo las que encuentren encaje en la prohibición constitucional de discriminación y en el consecuente principio que proclama la igualdad de todas las personas ante la ley ( arts. 13.1 y 14 CE ), con independencia del lugar y de las circunstancias de su nacimiento, de su raza, de su sexo u orientación sexual, de su religión, de su opinión o de cualquier otra condición o circunstancia personal o social, motivaciones que son las que verdaderamente constituyen la amenaza a la convivencia, a la cohesión y a la paz social que el legislador ha tratado de prevenir mediante la tipificación de esta conducta.

Se comprende así que, en la práctica, el art. 510 CP solo haya sido aplicado por nuestros tribunales como fundamento de una condena por expresiones de odio o de discriminación motivadas por razón del sexo o del género ( STS2 72/2018 de 9 feb .) o de la orientación o identidad sexuales ( SAP Madrid 23ª 762/2017 de 29 dic .; SAP Madrid 15ª 676/2017 de 30 oct .); o por razón de las dirigidas contra los inmigrantes africanos ( JP 22 Barcelona de 11 dic. 2017) o contra los catalanes ( SJI 8 Cerdanyola del Vallés 25/2017 de 15 mar.); o de las motivadas por el antisemitismo ( SAP Navarra 55/2017 de 21 mar .), por razones políticas o ideológicas relacionadas con el racismo ( JP 26 Barcelona 357/2017 de 10 oct.) o por la xenofobia ( SAP Santa Cruz de Tenerife 2ª 107/2014 de 7 mar .).

De hecho, en el último **Informe anual** presentado por el **Ministerio del Interior** correspondiente al año 2016, sobre incidentes relacionados con delitos de odio en nuestro país, como parte de la estrategia integral aprobada por el Consejo de Ministros de 4 diciembre 2011 *contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia*, solo se hacía referencia a las siguientes *motivaciones* típicas de los 1.272 delitos de esta clase registrados en nuestro país: antisemitismo (7), aporofobia (10), creencias o prácticas religiosas (47), discapacidad (262), orientación o identidad sexual (230), racismo y xenofobia (416), ideología (259) y discriminación por razón de sexo/género (41).

Por su parte, la **Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia** (ECRI) del Consejo de Europa, en su **Recomendación General núm. 15**, de 8 diciembre 2015, *relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorándum explicativo*, después de recordar, por un lado, la importancia esencial de la libertad de expresión y opinión y, por otro, la de la tolerancia y el respeto por la igualdad en la dignidad de todos los seres humanos en una sociedad democrática y pluralista, define el **discurso del odio** como el " *fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de **raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condiciones personales*** ", que, cuando tenga por objeto " *incitar a otras personas a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a quienes van dirigidas, o cabe esperar razonablemente que produzca tal efecto..., constituye una forma de expresión especialmente grave* " que justifica que sean " *objeto de tipificación penal, en determinadas circunstancias* ".



En este sentido, la ECRI recuerda que " *la obligación conforme al Derecho internacional de tipificar determinadas formas de expresión de incitación al odio, aun siendo de aplicación general, se estableció para proteger a los miembros de los colectivos vulnerables ...* "

De todas formas, la ECRI advierte, por un lado, que la sanción penal no será suficiente ni, en ocasiones, idónea para erradicar el discurso del odio, y, por otro lado, que " **hay formas de expresión que ofenden, perturban o trastornan pero que, por sí mismas, no constituyen incitación al odio ...** "

Por ello, este organismo del Consejo de Europa recomienda a los Gobiernos de los distintos Estados miembros que " *actúen de forma adecuada y decidida contra el empleo en público del discurso de odio ... mediante normas penales, siempre que otras medidas menos restrictivas puedan resultar menos eficaces, y se respete la libertad de expresión y opinión y, en consecuencia... velen por que se definan claramente los tipos penales y se tenga debidamente en cuenta la necesidad de imponer una sanción penal* ", asegurándose de que " *la persecución penal de estos actos delictivos se emprende de forma no discriminatoria y no se emplea para reprimir la crítica a las políticas oficiales, la oposición política o las creencias religiosas* "

5. Por lo tanto, no constituye el delito de odio del art. 510.1 CP cualquier expresión de hostilidad difundida públicamente contra una o más personas pertenecientes a un colectivo o grupo social identificable de personas, aunque sea claramente ofensiva y perturbadora de la paz social y del orden público.

Por lo que se refiere específicamente a la **motivación ideológica** del discurso de odio, que es la única que menciona de alguna forma el Ministerio Fiscal en su querrela como motivadora de las expresiones de hostilidad atribuidas al querrellado, la propia razón de ser del tipo penal, a la que ya nos hemos referido al describir sus precedentes internacionales, requiere que la motivación se encuentre, precisamente, en la ideología de los que constituyen el objetivo de las expresiones ofensivas, con independencia de la que pueda ostentar el autor o autores de aquellas.

Por otra parte, no cualquier **colectivo o grupo social de personas** puede ser víctima del delito del art. 510 CP, que por su propia definición típica solo puede referirse a aquellos que puedan considerarse *vulnerables* y se identifiquen como tales por razón de alguna condición personal o social.

La consecuencia es que el discurso de odio u hostilidad contra la autoridad o contra los agentes de la misma no puede ser sancionado conforme al art. 510 CP, sin perjuicio de las consecuencias penales previstas para aquellas expresiones y conductas llevadas a cabo contra ellos por razón o con ocasión del ejercicio de sus funciones que puedan ser constitutivas de la proposición para delinquir o de la provocación para la comisión de un delito o de apología del mismo, en los casos especialmente previstos en la ley ( arts. 17 y 18 CP ), entre los cuales se encuentran las referidas a los atentados y la resistencia grave a agentes de la autoridad ( art. 553 CP ); o que, en su caso, puedan ser calificadas de injurias y amenazas graves a las FFCCSE ( art. 504.2 CP ).

Por otra parte, las expresiones que el Fiscal atribuye al querrellado consideradas en sí mismas, con independencia de la intolerancia y hostilidad que reflejan, no reúnen las características propias de un discurso de odio propio del delito del art. 510 CP.

En efecto, según la querrela, todas ellas iban dirigidas genéricamente contra la " *Policía* " y, en concreto, contra los agentes de la misma que habían venido a Cataluña por orden del Gobierno de la Nación y se encontraban alojados en diversos hoteles de esta Comunidad Autónoma, a los que, sin calificarlos expresamente de *represores*, aludía identificándolos frente a los destinatarios de los mensajes de *Twitter* como los que " *os reprimen* ", a fin de justificar seguidamente que, por ese motivo, debían ser expulsados de " *nuestros hoteles* ", para lo cual proponía a la generalidad de personas que pudieran leer sus mensajes y que estuvieran de acuerdo con ellos tres formas distintas: hacer " *ruido* " por la noche para impedir que pudieran dormir, no facilitarles " *nada* " y hacer una *publicidad negativa* de los hoteles que les hubiesen facilitado alojamiento, informando en este caso a los turistas alojados en esos mismos hoteles de la problemática y escribiendo críticas de los establecimientos en las páginas de Internet especializadas en difundir información sobre ellos.

Por lo demás, no consta o al menos nada se dice al respecto en la querrela, que los mensajes hayan tenido alguna repercusión o efecto práctico, para los policías o para los establecimientos hoteleros, y, aunque procediendo de quien proceden, un diputado del *Parlament de Catalunya*, sugieren erróneamente que su autor ostenta alguna potestad para poder limitar la libertad de circulación y la de residencia en el territorio de esta Comunidad Autónoma, la pretensión última que se contiene en los mismos resulta quimérica e irrealizable.

En consecuencia, no procede admitir a trámite la querrela interpuesta por el Ministerio Fiscal contra el Il. Sr. Adolfo .

En su virtud,



### Parte dispositiva

La SALA DE LO CIVIL Y PENAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA ha decidido:

DECLARAR su competencia para conocer de la querella promovida por el Ministerio Fiscal por un delito de odio del art. 510 CP contra el lltre. Sr. Adolfo ;

INADMITIR la mencionada querella por no ser los hechos a que la misma se refiere constitutivos del mencionado delito, de conformidad con los razonamientos contenidos en el cuerpo de la presente resolución.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal, con advertencia de que contra la misma cabe recurso de súplica ante esta misma Sala.

Así lo mandan y firman el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ