



Roj: **ATSJ CAT 141/2019 - ECLI:ES:TSJCAT:2019:141A**

Id Cendoj: **08019310012019200053**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **24/01/2019**

Nº de Recurso: **42/2018**

Nº de Resolución: **7/2019**

Procedimiento: **Diligencias indeterminadas**

Ponente: **JORDI SEGUI PUNTAS**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Indeterminadas 42/2018

Denunciante: Nicanor

Denunciado: Oscar , Presidente Generalitat de Catalunya

AUTO NÚM. 7

Presidente:

Excmo. Sr. Jesús María Barrientos Pacho

Magistrados :

Ilmo. Sr. Jordi Seguí Puntas

Ilmo. Sr. Carlos Ramos Rubio

Barcelona, 24 de enero de 2019

HECHOS

PRIMERO .- Las presentes actuaciones se iniciaron en virtud de denuncia formulada por D. Nicanor contra *Molt Honorable* Oscar , Presidente Generalitat de Catalunya por unos supuestos delitos que no precisa.

Por Diligencia de fecha 9 de julio de 2018, se incoó el presente procedimiento penal y se designó Ponente. Asimismo por Providencia de fecha 12 de julio del mismo año se acordó recabar informe del Ministerio Fiscal, el cual lo evacuó con el resultado que obra en autos.

Ha sido ponente el/la Magistrado/a Ilmo/a. Don Jordi Seguí Puntas.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Es competencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya la instrucción y el fallo de las causas penales seguidas contra los miembros del Gobierno de la Generalitat, en virtud de lo dispuesto en los artículos 73.3, a/ de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 70.2 del Estatuto de autonomía de Catalunya, siempre que se trate de delitos cometidos en el territorio de esta Comunidad autónoma y que esta atribución no corresponda al Tribunal Supremo.

En virtud de lo expuesto, este tribunal debe declararse competente para el conocimiento de las denuncias formuladas por el señor Nicanor , toda vez que ambas se dirigen contra el *molt honorable senyor* Oscar , actual presidente de la Generalitat.



SEGUNDO. El primero de los escritos presentados denuncia el hecho de que en la toma de posesión como presidente de la Generalitat por parte del señor Oscar llevada a cabo el 16 de mayo de 2018 se omitiera la invocación de la Constitución española y de la representación del Jefe del Estado español así como la presencia de la bandera de España.

Los hechos así expuestos carecen de relevancia penal, tal como significa el Ministerio Fiscal.

El Decreto 707/1979, de 5 de abril, de Presidencia del Gobierno, regula ciertamente la fórmula del juramento o promesa para la toma de posesión en cargos y funciones públicas en la Administración, estableciendo una expresión ritual que incluye la mención al ejercicio de las obligaciones del cargo con lealtad al Rey y el compromiso de guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado.

Se trata, sin embargo, de una norma de rango reglamentario que no se vincula con el desarrollo de un mandato expreso de una norma de rango superior -legal o incluso constitucional- y que expresamente va referida a los miembros del Gobierno de la Nación, siendo así además que la norma con rango de ley de la Generalitat reguladora de la presidencia y del Gobierno (*Llei* 13/2008, de 5 de noviembre) se limita a hacer mención a la toma de posesión del presidente o presidenta como trámite necesario para la efectividad de su nombramiento por el Rey tras la investidura por el Parlament, sin hacer alusión alguna a la fórmula ritual que deba emplearse en la toma de posesión.

Así las cosas, sin perjuicio de la impugnación en vía contenciosa-administrativa de la validez del acto de toma de posesión que pudiera formularse al amparo de las normas que se consideren pertinentes, no se advierte que la ausencia en la toma de posesión del señor Oscar de toda mención a la Constitución o al Rey o de la bandera española tenga encaje en ninguno de los tipos penales en vigor.

TERCERO. En la segunda de las denuncias se pone de relieve que varias declaraciones efectuadas por el señor Oscar , en unas fechas que no se precisan, son "xenóforas e insultantes", y que mostrarían el desprecio que siente dicha persona hacia los andaluces y los españoles en general.

A tal efecto, se invocan las siguientes expresiones orales o escritas:

a/ " *si seguimos sometidos a España corremos el riesgo de acabar tan locos como los mismos españoles* ";

b/ " *los españoles en Cataluña son como la energía: no desaparecen, se transforman* ";

c/ " *vergüenza es una palabra que los españoles desconocen desde hace ya largo tiempo* ";

d/ " *los españoles son maleducados, destacando su pijaería, dando la sensación de inmundicia. Horrible* ";

e/ " *me comprometo a pedir perdón a los andaluces por mis ofensas hacia ellos en cuanto despierten de la siesta* ";

f/ " *mis declaraciones sacadas de contexto sobre los andaluces espero que no lleguen a los bares que frecuentan, por ello las hice por escrito, asegurándome de que no las iban a leer* ";

g/ " *pediré mis disculpas a quien se haya sentido ofendido por mis palabras, confiado que esas disculpas calmen su rabia y, de no ser así, espero que acaben de desahogarse matando tres o cuatro toros* ";

h/ " *ahora miras en tu país y vuelves a ver a las bestias. A estos les repugna cualquier expresión de catalanidad. Es una fobia enferma o un pequeño bache en su cadena de ADN. ¡ Pobres individuos! Les crea urticaria* ".

Haciendo nuestros los argumentos vertidos en el informe del Ministerio Fiscal y partiendo de que las expresiones supuestamente formuladas por el señor Oscar que se acaban de enumerar pudieran acaso tener encaje en una de las dos modalidades del delito de incitación al odio previsto y penado en el artículo 510 del Código penal , hemos de significar esos mismos hechos -salvo las frases de los epígrafes e/, f/ y g/- ya fueron objeto en mayo de 2018 de una acción penal en forma de querrela interpuesta contra el *president* Oscar por un partido político y por una plataforma ciudadana, mereciendo entonces la oportuna respuesta jurisdiccional por medio del auto de este tribunal de fecha 4 de octubre de 2018 (diligencias indeterminadas 30/2018), cuyos razonamientos transcribimos a continuación en lo que aquí interesa, dada su plena traslación al presente supuesto.

CUARTO. En dicho auto se lee lo que sigue: "Sanciona el art. 510. 1 del CP en su redacción originaria atinente a la fecha en que se dicen escritos y publicados los tuits y artículos objeto de la querrela , con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses a los que *provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.*



El tipo trata de sancionar lo que se conoce como "discurso del odio" por propiciar o alentar, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

Al respecto es doctrina del TS, Sala 2ª, en la STS de 9-2-2018 que, sin requerir un dolo específico sino básico con la mera constatación de la voluntariedad del acto y de que no se trata de una situación incontrolada o una reacción momentánea, *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 [...]* .

En punto a la colisión que puede producirse entre los hechos subsumibles en el tipo y la libertad fundamental a la libertad de expresión, ideológica y de opinión, recuerda la indicada sentencia que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 112/2016, de 20 de junio , perfiló los límites de esa colisión. Tras destacar *el carácter fundamental y preeminente que tiene la libertad de expresión, señala el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión, singularmente por las manifestaciones que alienten la violencia, afirmando que 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 consistirá en valorar atendiendo al contexto y a las circunstancias concurrentes si la conducta que se enjuicia constituye el ejercicio legítimo 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 las que se refiere.

Ello sentado, no todos los artículos o tuits a los que se refiere la querrela, de nuevo aunque los diésemos por veraces (presumiblemente lo son, atendida la documentación unida con la denuncia interpuesta por el Movimiento contra la Intolerancia en la que se recogen las fuentes en las que se publicaron los artículos y las imágenes de los tuits), pueden ser constitutivos indiciariamente del delito previsto en el art. 510.1 del CP .

Como dice el TS, Sala 2ª en la Sentencia 12-4-2011 , la restricción del derecho a la libertad de expresión o de opinión requiere de una justificación que solo se encuentra *cuando colisiona con otros bienes jurídicos defendibles que se revelen acreedores de una mayor protección tras la necesaria y previa labor de ponderación. Y no solo eso, sino que será preciso que las características de la colisión sean tales que justifiquen la intervención penal*.

La Constitución no prohíbe las ideologías por muy extremistas o supremacistas que sean y, por tanto, por rechazables que puedan considerarse desde la perspectiva de los valores éticos y de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Como ha reiterado el TC en las sentencias STC 174/2006, de 5 de junio , 177/2015, de 22 de julio , o 112/2016, de 20 de junio , entre otras, *"... la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe 'sociedad democrática'. Por ello mismo hemos afirmado rotundamente que "es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución -se ha dicho- protege también a quienes la niegan" (STC 176/1995, de 11 de diciembre , F. 2). Es decir, la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población (STEDH De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997 , § 49)"*.

En ese contexto, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han insistido en el significado central del discurso político desde el ámbito de protección de los arts. 20 CE y 10 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), particularmente amparable cuando se ejerce por un representante político (FJ 2. b de la Sentencia 177/2015 de 22 de julio).

Pero el TC en la sentencia 235/2007, de 7 de noviembre , con cita de otras anteriores, también ha dicho que la libertad de expresión *no implica que la libre transmisión de ideas, en sus diferentes manifestaciones, sea un derecho absoluto. De manera genérica, se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre ; 11/2000, de 17 de enero, F. 7 ; 49/2001, de 26 de febrero, F. 5 ; 160/2003, de 15 de septiembre , F. 4). En concreto, por lo que hace a las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, hemos concluido que el art. 20.1 CE no garantiza "el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por*



razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)" (STC 214/1991, de 11 de noviembre , F. 8).

En consecuencia, cuando se trata de conductas dotadas de una suficiente gravedad, el legislador puede establecer sanciones penales para aquellos hechos que supongan la causación de un resultado de lesión o bien la creación de un peligro que, aunque abstracto, pudiera ser real para la conservación de esos bienes jurídicos.

Como decíamos, en el caso concreto la mayoría de los tuits y artículos publicados no serían a nuestro juicio indiciariamente constitutivos de delito al venir amparados por la libertad de opinión y de expresión consagrada en el art. 20 de la CE .

Por desabridas o incluso supremacistas que se consideren las opiniones del Sr. Oscar , se limitan a reflejar y justificar el conocido ideario, compartido por parte de quienes defienden la independencia de Cataluña del resto de España (expolio, ocupación u opresión por parte de España, preeminencia de una lengua y una cultura, la catalana por encima de otras), y a denostar a quienes no comparten sus planteamientos.

En un juicio meramente provisorio, no ocurriría lo mismo respecto del artículo titulado " *La llengua i les bèsties* " publicado según se dice en la querella en diciembre de 2012, en el cual el Sr. Oscar en las frases resaltadas en el FJ 4º de esta resolución habría comparado a las personas residentes en Cataluña que no comulgan con sus ideas y así lo exponen, con bestias con forma humana que atacan a los buenos catalanes y a las que -en lógica consecuencia- se podría combatir en defensa propia, utilizando para ello expresiones que se revelan como innecesarias para transmitir su opinión y que resultan *prima facie* insultantes y ofensivas para la dignidad de la personas y susceptibles de generar en espíritus acrílicos, sentimientos de hostilidad hacia el colectivo al que se refiere.

En consecuencia, dicha publicación tal como viene afirmada en la querella, podría quedar indiciariamente subsumida -sin perjuicio de una ulterior investigación- en el art. 510.1 del CP .

Sin embargo, la publicación del artículo dataría del año 2012 y la querella se encuentra presentada en el mes de mayo de 2018, siendo esta la primera decisión sobre ella. Habrían transcurrido más de 5 años desde la publicación, por lo que de conformidad con el art. 131.1 del CP vista la pena establecida en el art. 510.1 del CP , el afirmado delito se hallaría prescrito.

Siendo ello así, no resultaría oportuna la apertura ahora de un proceso penal en la medida en que la prescripción implica según reiterada doctrina del TS, recogida en el ATS, Sala 2ª de 10 de abril de 2018 , *una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal.*

Al responder a principios de orden público y de interés general, puede ser proclamada de oficio en cualquier estado del proceso en que se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan (ATS 6 de marzo de 2012 y SSTS 839/2002, de 6 de mayo , 1224/2006 , de 7 de diciembre, 25/2007, de 26 de enero , 793/2011, de 8 de julio , y 1048/2013, de 19 de septiembre) cuando no resulte imprescindible, como ocurre en el presente caso, la práctica de prueba para adoptar una decisión sobre ella".

Expuesto cuanto antecede, deben ser inadmitidas las dos denuncias presentadas por el señor Nicanor en fecha 22 de mayo de 2018, con el consiguiente archivo de las actuaciones.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA ACUERDA:

1º- Declarar la competencia de esta Sala para conocer de las presentes denuncias interpuestas por D. Nicanor contra don Oscar , Presidente Generalitat de Catalunya, y,

2º.- Que no ha lugar a su admisión a trámite por las razones expuestas en el cuerpo de la presente resolución.

Firme el presente procédase al archivo de las presentes actuaciones en Secretaría de esta Sala.

Notifíquese la presente resolución al denunciante y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de súplica en el término de tres días, que deberá ser interpuesto mediante procurador y abogado.



Así lo acuerda la Sala y firman el Excmo. Sr. Presidente e lltmos. Sres. Magistrados expresados al margen.
Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ