



Roj: **ATSJ PV 312/2019 - ECLI:ES:TSJPV:2019:312A**

Id Cendoj: **48020310012019200038**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **30/05/2019**

Nº de Recurso: **23/2019**

Nº de Resolución: **18/2019**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **ROBERTO SAIZ FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CIVIL Y PENAL

EAEko AUZITEGI NAGUSIA

ZIBILEKO ETA ZIGOR-ARLOKO SALA

BILBAO

BARROETA ALDAMAR, 10-1ª planta - C.P./PK: 48001

TEL. : 94-4016654 FAX : 94-4016997

Rollo de sala / Salako erroilua 23/2019

NIG PV / IZO EAE: 00.01.1-19/002477

NIG CGPJ / IZO BJKN: 48020.31.2-2019/0002477

Procurador / Prokuradorea: MIRAL ORONoz, CARMEN

Abogado / Abokatua:

Representado / Ordezkatua: ASOCIACION DIGNIDAD Y JUSTICIA

A U T O N.º 18/2019

EXCMO. SR. PRESIDENTE: D. JUAN LUIS IBARRA ROBLES

ILMOS./ILMAS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

Dª NEKANE BOLADO ZÁRRAGA

D. ROBERTO SAIZ FERNÁNDEZ

D. ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ

D. FRANCISCO DE BORJA IRIARTE ÁNGEL

En BILBAO (BIZKAIA), a treinta de mayo de dos mil diecinueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 8.04.19, se recibió en esta Sala escrito de querrela de la ASOCIACION DIGNIDAD Y JUSTICIA contra el miembro del Parlamento Autonómico Vasco D. Gregorio .

SEGUNDO .- Por Diligencia de Ordenación de 10.04.19, se dispuso registrar, numerar, incoar rollo de sala, acusar recibo, librar parte de incoación al Ministerio Fiscal, designar Magistrado-Ponente a quien por turno correspondiese y observando defecto subsanable se requiere a la parte denunciante por un plazo de 10 días a fin de que sea subsanado.



En fecha 26.04.19 pasan las actuaciones al Ministerio Fiscal para que informe sobre competencia.

TERCERO .- Evacuado el traslado por el Ministerio Fiscal, por el mismo se informó en el sentido de que la competencia para el conocimiento y fallo de la presente causa corresponde a este Tribunal Superior, como Sala de lo Penal, conforme a lo establecido en el artículo 73.3.b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

CUARTO .- Ha sido ponente D. ROBERTO SAIZ FERNÁNDEZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ha presentado escrito por la Procuradora de los Tribunales, Dña. Carmen Miral Oronoz, en representación de la Asociación Dignidad y Justicia, interponiendo querrela por presuntos delitos de injurias graves a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y un delito de incitación al odio, previstos respectivamente en los artículos 504.2 y 510. 1, ambos del Código penal , contra Gregorio , miembro del Parlamento Autonómico Vasco por la coalición política EH Bildu desde el año 2016, con motivo de las manifestaciones por él realizadas durante el debate parlamentario que se desarrollaba en el Parlamento Vasco para la votación y aprobación de la "Ley de reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999", cuyo tenor literal es el siguiente:

"Mi desprecio más rotundo, más absoluto para las organizaciones corporativas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que están haciendo un lobby infecto y asqueroso para que no se reconozca a las víctimas que ellos mismos han generado. Organizaciones que están buscando total impunidad, total encubrimiento para el terrorismo y las gravísimas vulneraciones de derechos humanos que ellos mismos han perpetrado. Para mí ustedes son los nazis que protestan porque hubo un juicio en Nuremberg, para mí ustedes son los genocidas que protestan porque hay una Corte Internacional de Justicia, para mí ustedes son los franquistas que luchan para que no haya un reconocimiento de sus vulneraciones de los derechos humanos. Esto es indignante, esto es inaceptable, y esto es asqueroso, esto es asqueroso, esto es asqueroso".

La parte querellante fundamenta su querrela en tres razones que exponemos sucintamente: 1) Las expresiones proferidas por la parte querellada resultan absolutamente ofensivas injuriosas y humillantes, rezuman odio hacia las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, por cuánto muestran una imagen de lo más negativa de las mismas, a las cuales tilda de terroristas, y dice que buscan la impunidad y el encubrimiento para el terrorismo y las gravísimas vulneraciones de derechos humanos por ellos perpetrados, dejando al descubierto la intención deslegitimadora intrínseca en su discurso, pues presentó a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado con una institución incapaz de cumplir con los fines constitucionales al servicio de la sociedad y de todos los ciudadanos y, más aún, como terroristas y dañina, lo que no es solo susceptible de generar una desconfianza generalizada en la sociedad y un grave descrédito a los ojos de los ciudadanos, sino que cumple una función instrumental al suscitar emociones de base y el endurecimiento de prejuicios ya integrados que sirven para preservar y contribuyen a fomentar un clima social de rechazo, hostilidad y odio profundo e irracional hacia dichas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y, de forma indirecta, generan una evocación al uso de la violencia contra las mismas. 2) En segundo lugar sostiene que nos encontramos ante unos delitos en los que la acción consiste en el uso del lenguaje, pudiendo causar ofensa y humillación, sin que puedan ampararse en el ejercicio de la libertad ideológica o de la libertad de expresión que encuentran su frontera en el respeto del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 20 CE). 3) Las manifestaciones proferidas por el Sr. Gregorio , si bien se realizan en sede parlamentaria, en el ejercicio de sus funciones como diputado autonómico, no están, sin embargo, amparadas por la prerrogativa de la inviolabilidad, por cuánto la misma no cubre usos injuriosos o calumniosos de la palabra en sede parlamentaria. Y solicita que se admita a trámite la querrela presentada.

El Ministerio Fiscal, considerando competente a esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, examina la naturaleza penal de los hechos puestos de manifiesto en la querrela, calificados por el querellante de delitos de injurias graves a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y un delito de incitación al odio, y, apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cita STS 153 3/2004, de 21 de diciembre de 2004 y STS de 29 de junio de 2013), sostiene que las manifestaciones del parlamentario querellado se encuadrarían en el ámbito de la inviolabilidad parlamentaria -acto parlamentario, debate de una ley, en la propia cámara, contexto de posiciones encontradas en cuanto al ámbito que la ley debe tener en su actuación sobre instituciones o personas, con afirmaciones que el parlamentario refiere a su opinión-; y, respecto del delito de odio, estima que exige en su aplicación una enorme contención y mesura para fijar el límite entre el tipo penal y el discurso reprochable o reprobable pero exento de sanción penal en lo que a esta concreta imputación se realiza; y, en todo caso, en lo que se refiere a la inviolabilidad parlamentaria, se reconoce doctrinalmente que los delitos de odio son en cierto modo un abuso del derecho a la libertad de expresión, por



lo que, en principio, los criterios jurisprudenciales expuestos en relación a dicha libertad abarcarían también a este tipo delictivo.

SEGUNDO.- Al haberse producido las manifestaciones que han dado lugar a esta querrela en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco y durante el mandato del querrellado como miembro del Parlamento Vasco, este tribunal ostenta competencia para su conocimiento, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 73.3.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 26.6 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco.

Cumple la querrela con los requisitos formales y de legitimación exigibles, conforme a los artículos 101 , 270 y 277 LECrim . Procede decidir ahora su admisión, si fuere procedente (art. 312 LECrim .), o su desestimación (art. 313 LECrim .) si se considera que los hechos en que se funda no son constitutivos de delito.

TERCERO.- Siguiendo el orden alegatorio propuesto por la parte querellante se examinarán, en primer lugar, las manifestaciones del miembro del Parlamento Autonómico Vasco, D. Gregorio , efectuadas durante el debate parlamentario que se desarrollaba en el Parlamento Vasco para la votación y aprobación de la "Ley de reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999", desde el prisma de la norma que tipifica el delito de injurias y calumnias graves a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 504.2 Cp) y a la luz de los criterios interpretativos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre el derecho de libertad de expresión y sus límites y sobre la prerrogativa de la inviolabilidad parlamentaria. Y, seguidamente, serán, también, analizadas desde la perspectiva del delito tipificado en el artículo 510.1.a) Cp , con atención a los criterios interpretativos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre el discurso del odio.

Dispone el artículo 504.2 Cp que:

"Los que injuriaren o amenazaren gravemente a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, serán castigados con la pena de multa de doce a dieciocho meses.

El culpable de las injurias previstas en el párrafo anterior quedará exento de pena si se dan las circunstancias descritas en el artículo 210 de este Código".

La injuria, conforme establece el artículo 208 Cp , es la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, constituyendo delito las que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 173; y, si consistieren en la imputación de hechos, no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

No cabe duda de que las declaraciones objeto de esta querrela contienen expresiones, por sí mismas, descalificadoras en alto grado y lesivas para la dignidad que como institución pública ostentan los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado -"Mi desprecio más rotundo, más absoluto", "están haciendo un lobby infecto y asqueroso", "Para mí ustedes son los nazis¿", "para mí ustedes son los genocidas¿"- y graves imputaciones -"para que no se reconozca a las víctimas que ellos mismos han generado", "están buscando total impunidad, total encubrimiento para el terrorismo y las gravísimas vulneraciones de derechos humanos que ellos mismos han perpetrado", "luchan para que no haya un reconocimiento de sus vulneraciones de los derechos humanos"- susceptibles de menoscabar la dignidad y prestigio de sus destinatarios -las organizaciones corporativas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado-

Siendo cierto que la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones, mediante la tipificación de los delitos de injurias y calumnias, el reconocimiento constitucional de la libertad de expresión ha modificado profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en ejercicio de dicha libertad, pues la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del " *animus iniuriandi* " tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos que ahora, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, que también sigue el Tribunal Supremo (STS 04 de julio de 2018 , con cita de la STS 1284/2005, de 31 de octubre), no basta, por sí solo, para fundar una condena penal por un delito de injurias (SSTC 104/1986 de 17 de julio ; 107/1988, de 25 de junio ; 105/1990, de 6 de junio ; 320/1994, de 28 de diciembre ; 42/1995, de 18 de marzo ; 19/1996 de 12 de febrero ; 232/1998, de 30 de diciembre ; 297/2000, de 11 de diciembre ; y de 15 de enero de 2001). Debe examinarse, por tanto, si los hechos desbordan los muy amplios márgenes del ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en el art. 20 CE . Si aquellos se respetan, las libertades del art. 20.1 a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de la conducta (STC 104/1986, de 13 de agosto , reiterada en las SSTC 105/1990, de 6 de junio ; 85/1992, de 8 de junio ; 136/1994, de 9 de mayo ; 297/1994,



de 14 de noviembre ; 320/1994, de 28 de diciembre ; 42/1995, de 18 de marzo ; 19/1996, de 12 de febrero ; ó 232/1998, de 30 de diciembre). Se trata de ponderar para definir si la expresión de ideas se ha mantenido en el ámbito, amplio y extenso en esta materia, de lo tolerable; o ha traspasado esas laxas, pero a su vez firmes, fronteras (STS 348/2019, de 5 de febrero de 2019).

La Asociación querellante invoca el auto de esta Sala, de 25 de mayo de 2016, dictado en el Rollo de Sala 3/2015 , por el que se admitía a trámite una querrela por un delito de injurias y amenazas graves a la Guardia Civil, con motivo de las declaraciones entonces efectuadas en dos ruedas de prensa por el presidente de un partido político y miembro del Parlamento Vasco, a raíz de la detención, el día 12 de enero de 2015, de varias personas, entre ellas doce abogados, en el curso de una operación encomendada a la Guardia Civil por el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional. El entonces querrellado se refirió a la Guardia Civil como una amenaza violenta, como un instrumento represivo de un Estado terrorista y vengativo, y como un Cuerpo reñido con un escenario de paz y democracia en Euskal Herria. Atribuyéndole la decisión de las detenciones y de la operación realizada, que aseveró formaba parte de una política penitenciaria criminal, cuyo único objetivo es quitar todo tipo de apoyo y sustento a los "presos políticos vascos", y también, que no tenía más sentido que la venganza y el robo. Declarando, asimismo, con apelación colectiva al "nosotros" y al "pueblo", que es el momento de dar "jaque mate" a la Guardia Civil, de decir y reclamar que se vayan y nos dejen en paz, porque no los necesitamos y no los queremos. El Ministerio Fiscal informó en el sentido de no oponerse a que la querrela fuera admitida a trámite por poder revestir los hechos "en principio" los caracteres de un delito contra las instituciones del Estado del art. 504.2 del código penal .

En dicha resolución decíamos que las declaraciones enjuiciadas eran objetiva y gravemente injuriosas y que, por ello, resultaban subsumibles, *prima facie* , en el tipo del art. 504.2 CP ., pero que ello no bastaba para admitir la querrela, dado que, conforme a lo proclamado por el Tribunal Supremo, para concluir la existencia de ese delito no cabe limitarse a constatar la tipicidad del hecho, pues si está amparado por la libertad de expresión habrá de considerarse ejercicio legítimo de un derecho, lo que supondrá que está justificado y, consiguientemente, que queda excluida la antijuridicidad. Concluyéndose que, por ser las manifestaciones enjuiciadas de extraordinaria gravedad, refiriéndose a la Guardia Civil en términos ignominiosos, vejatorios e infamantes y con intención denigratoria, considerando que el derecho de expresión no es omnímodo o absoluto, pues puede entrar en colisión con otros derechos, valores o bienes constitucionales, que ni siquiera lo es en el caso del político o el representante del pueblo, por más que su derecho haya de considerarse ampliado o reforzado, pues tampoco él debe sobrepasar ciertos límites que se consideran necesarios en una sociedad democrática, y que es totalmente legítimo, con el fin de garantizar el orden público institucional necesario en todo sistema democrático, que se proteja a las instituciones del Estado y, por ello, que se preserve su reputación y prestigio evitando el deterioro o la destrucción de su imagen constitucional, procedía admitir la querrela.

No es posible, sin embargo, trasladar a la presente resolución, de forma mimética, aquellas valoraciones para alcanzar en ésta una solución idéntica, cuando las circunstancias concurrentes y el contexto en una y otra difieren notablemente.

En el caso que ahora se examina: (i) Las declaraciones se hicieron por un miembro del Parlamento Vasco; (ii) en sede parlamentaria; (iii) en el ejercicio de sus funciones parlamentarias; (iv) en el ámbito de un debate parlamentario para la votación y aprobación de la "Ley de reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia política en la C.A.P.V. entre 1978 y 1999"; (v) existiendo vinculación material de las manifestaciones efectuadas en su intervención parlamentaria con la materia tratada en el debate parlamentario; (vi) constituyendo tales manifestaciones expresión de su opinión; (vii) produciéndose en el debate posiciones enfrentadas respecto del ámbito de aplicación de la Ley debatida; y, consecuentemente con lo anterior, (viii) con la cobertura que depara la inviolabilidad parlamentaria (art. 71 CE), que comporta la irresponsabilidad jurídica por sus opiniones, manifestaciones y votos (STC 243/1988), y que aquellas no pueden ser sometidas a procedimiento alguno (STC 36/1981). En la presente causa el Ministerio Fiscal ha informado en el sentido de que las manifestaciones del parlamentario querrellado se encuadrarían en el ámbito de la inviolabilidad parlamentaria y que los delitos de odio son en cierto modo un abuso del derecho a la libertad de expresión, por lo que, en principio, los criterios jurisprudenciales expuestos en relación a dicha libertad abarcarían también a este tipo delictivo.

El Tribunal Supremo tiene dicho (ATS 7803/2013, del 28 de junio de 2013), en un supuesto en el que eran objeto de querrela las palabras pronunciadas por una Senadora de las Cortes Generales y portavoz en la Asamblea Legislativa de Madrid, durante la sesión del Pleno de la Asamblea de Madrid, que la sustracción frente a las normas generales del derecho común se concreta, básicamente, en la inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el quehacer parlamentario; recordando que : "[¿], la jurisprudencia constitucional ha concluido el reforzamiento sustantivo de la libertad de expresión, como presupuesto para la vigencia efectiva de la



garantía de la inviolabilidad, a través de una verdadera causa de exclusión de la jurisdicción "[...], no es sólo una prescripción que exime de responsabilidad, sino incluso un privilegio frente a la mera incoación de todo procedimiento (incluso civil), un verdadero límite a la jurisdicción que tiene carácter absoluto. La jurisdicción queda excluida frente a las opiniones emitidas por un parlamentario y por tanto ni siquiera se puede entrar a examinar el contenido de esas opiniones al objeto de discernir si merecen o no la tutela de ese privilegio." (STC 30/1997, 24 de febrero)-.

Puede afirmarse, de igual modo, siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional, acorde con resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, Lingens c Austria, 8 julio 1986), que cuando los afectados son titulares de cargos públicos, los límites de la crítica admisible son más amplios, hasta el punto de llegar a afirmar que éstos han de soportar las críticas o las revelaciones aunque duelan, choquen o inquieten (STC 76/1995, 22 de mayo) o sean especialmente molestas o hirientes (SSTC 216/2006, 3 de julio , 192/1999, 25 de octubre y 110/2000, 5 de mayo).

El Tribunal Supremo, no obstante, ha establecido límites a esa prerrogativa (STS 1533/2004, 21 de diciembre), en sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 30/1996, 24 de febrero), que comportan la posibilidad de interpretar restrictivamente el comportamiento del parlamentario desde el punto de vista material, pues < < aunque las opiniones se hayan expresado por un diputado en un acto parlamentario, desempeñando las funciones que le son propias, no deben ampararse bajo el paraguas de la inviolabilidad las ofensas vertidas, verbigracia, las que estuvieren integradas por un exabrupto o proclamaciones carentes de racionalidad y cualquier desviación de la temática tratada para, en fraude de Ley, alcanzar otros propósitos distintos al objeto del debate >> (STS 1533/2004, de 21 de diciembre). Mas, los límites para aquellos excesos o la ilegalidad debe imponerlos el Parlamento mismo, pues, de no ser así, el parlamentario se sentiría limitado o coaccionado ante una posible intervención jurisdiccional que fijara, desde fuera, el límite de las posibilidades de expresión, que aunque merecieran el calificativo de delictivas, poseen una protección absoluta que, a su vez, es garantía de la división de poderes o no interferencia entre los mismos. Las desviaciones antijurídicas por las opiniones vertidas no pueden ser contrapesadas ni administradas por alguien desde el exterior de las Cámaras, debiendo quedar sujetas exclusivamente a la disciplina de los Reglamentos que las rigen. De este modo el Diputado, nacional o autonómico, o Senador, tienen la certeza de que sus intervenciones no van a ser juzgadas y esa irresponsabilidad, entendida como no sujeción a responsabilidad exigible externamente, asegura la libertad de expresión, reforzada por el privilegio de un plus de tolerancia justificado (ATS, de 28 de junio de 2013).

CUARTO.- El análisis de las manifestaciones objeto de esta querrela desde la óptica del tipo penal que contiene el artículo 510.1.a) del Código penal exige precisar, previamente, el término discurso del odio, del que es arquetipo la norma, para analizar, seguidamente, sus elementos objetivos y subjetivos y verificar si es o no posible la subsunción de los hechos en el tipo penal que contempla la norma, con atención a la proyección de la inviolabilidad parlamentaria sobre este comportamiento ilícito.

Como se dice en la sentencia del Tribunal Supremo, núm. 1070/2019, de 2 de abril de 2019 (FJ TERCERO), el término discurso del odio tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, de 8 julio 1999, caso Erdogdu contra Turquía) que, a su vez lo tomó de las resoluciones del Consejo de Europa. El origen legal se encuentra en la Recomendación (97) 20 del Comité de ministros del Consejo de Europa, de octubre de 1997, que < < insta a los Estados a actuar contra todas formas de expresión que propaguen, inciten o promuevan el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiesta a través del nacionalismo agresivo, el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las medidas y los inmigrantes o personas de origen inmigrante >> . Esta recomendación tiene su origen en la interpretación del artículo 10 del Convenio Europeo de derechos humanos , de 1950, que, en su apartado primero, declara que: "toda persona tiene derecho a la libertad de expresión"; matizando, en su apartado segundo, que: "el ejercicio de la libertad entraña deberes y responsabilidades, y podrá ser sometida ciertas condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial, la seguridad pública, la defensa del orden, en la protección de la reputación o de los derechos ajenos".

El bien jurídico protegido por el tipo penal del art. 510 es la dignidad de las personas, y colectivos de personas, a los que por su especial vulnerabilidad el Código otorga una protección específica en el mencionado artículo. El elemento que caracteriza a los delitos de odio es el ánimo subjetivo que conduce al autor a la comisión del hecho agresivo. El ánimo consiste en la animadversión hacia la persona, o hacia colectivos, que unificados por el color de su piel, por su origen, su etnia, su religión, su discapacidad, su ideología, su orientación o su identidad sexual, o por su condición de víctimas conforman una aparente unidad que permite configurar una serie de tipos de personas.



Además, estos delitos se conforman sobre una acusada circunstancialidad de la tipología, lo que obliga a interpretar la calificación jurídica de los hechos en función de la realidad social del tiempo en el que ha de aplicarse la norma. Por otra parte, desde la tipicidad objetiva, las expresiones y actos han de tener una gravedad suficiente para lesionar la dignidad de los colectivos contra los que se actúa. Lo que es objeto de castigo en los delitos de odio, no puede ser la expresión de una idea, sino cuando se haga de modo que incorporen una provocación al odio, a la discriminación, o a la violencia, infringiendo los valores constitucionales de la dignidad humana y de la no discriminación por causa de nacimiento, origen racial, sexo o religión, o por cualquier otra circunstancia de carácter personal o social a los que se refieren los artículos 10 y 14 de la Constitución. El problema de la tipicidad de estos delitos surge a la hora de dar contenido a la provocación al odio o a la comisión de delitos en concreto. El tipo debe completarse con el riesgo que mantener ese tipo de comportamientos provoca para la colectividad social, dando lugar a que, por ellos mismos, o por otros sujetos, influenciados por ese mensaje, se originen actos que pongan en peligro valores esenciales del ser humano, como su vida, integridad física o su libertad. Es desde el punto de vista del riesgo donde debe ponerse el acento de su tipicidad.

La STS 646/2018, de 14 de diciembre, expone un sucinto análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la materia (casos Garaudy contra Francia, de 24 julio 2003; Norwood contra el Reino Unido, de 16 noviembre 2004; Alinak contra Turquía, de 29 marzo 2005; Feret contra Bélgica, de 16 julio 2009 y Vejdeland y otros contra Suecia del 9 febrero 2012), desde la que parte afirmando que la libertad de expresión admite las limitaciones proporcionadas sobre "toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio basado en la intolerancia; y señala que para que exista discurso de odio no es necesario que se incite a la violencia, basta que se incite al odio, a injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación; concluyendo que 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 de los estados democráticos.

El Tribunal Constitucional (STC 285/2007), comenzó señalando la exigencia de que la descripción típica contenga conductas de suficiente gravedad al tiempo que contemplen la creación de un peligro, que aunque sea abstracto, debe ser real para la integridad de sus bienes jurídicos. Más adelante, ha sostenido una posición menos estricta del discurso del odio y ya no exige, en los términos expuestos, esa creación de riesgo (STCS 177/2015).

En el supuesto enjuiciado, considerando que:

(i) El artículo 510 del Código penal dispone que: "1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: a) 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".

(ii) El Tribunal Supremo (STS, de 14 de diciembre de 2018) establece como elementos cuya concurrencia permitirá la necesaria ponderación de los valores en juego -libertad de expresión y agresión a través de expresiones generadoras de odio- : a) Que el autor seleccione a sus víctimas por motivos de intolerancia, y dentro de los colectivos vulnerables a los que alude la norma. b) Que la conducta no sólo atemorice a la persona destinataria del mensaje, sino a todo el colectivo al cual pertenece, creando sentimientos de lesión de la dignidad, de inseguridad y de amenaza. c) Que las expresiones realizadas infrinjan las normas básicas de convivencia basadas en el respeto y la tolerancia, de manera que toda la sociedad se vea concernida por la expresión de las ideas que contrarían abiertamente los mensajes de tolerancia que el ordenamiento jurídico, como instrumento de control social, expone a la ciudadanía que los hace propios, lo que permitiría excluir de la consideración aquellas opiniones sobre personas de notoriedad pública por su actuación y sometidas a cuestionamiento ciudadano. d) Que el ánimo perseguido por el autor de las declaraciones es el de agredir.

(iii) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recientemente, ha dictado una sentencia, de 28 de agosto de 2018, (caso Savva Terentyev v. Russia) en la que se examina un comentario, publicado por el demandante en el blog del Sr. B.S., titulado "Odio a la policía, por el amor de Dios", con motivo de una "inspección no planificada" de la policía a la oficina de un periódico local en Syktyvkar, en el que se leía: "No estoy de acuerdo con la idea de que los oficiales de policía todavía tienen la mentalidad de un palo duro represivo en las manos de los que tienen el poder. En primer lugar, no son policías sino maderos. En segundo lugar, su mentalidad es incurable. Un cerdo siempre sigue siendo un cerdo. ¿Quién se convierte en policía? Solo los incultos y los matones: los representantes más tontos y menos educados del mundo animal. Sería genial si en el centro de cada ciudad rusa, en la plaza principal ... hubiera un horno, como en Auschwitz, en el que ceremonialmente todos los días, y mejor aún, dos veces al día (por ejemplo, al mediodía y la medianoche) los policías infieles



serían quemados. La gente los estaría quemando. Este sería el primer paso para limpiar la sociedad de esta inmundicia de maderos matones". En dicha sentencia la Corte reitera (75) que los funcionarios públicos que actúan a título oficial están sujetos a límites más amplios de críticas aceptables que los ciudadanos comunes (véase Mamère c. Francia, núm. 12697/03, § 27, CEDH 2006-XIII), incluso más cuando dicha crítica concierne a toda una institución pública. Un cierto grado de inmoderación puede caer dentro de esos límites, particularmente cuando involucra una reacción a lo que se percibe como conducta injustificada o ilegal de los funcionarios públicos. El Tribunal considera (76), además, que la policía, una agencia pública de aplicación de la ley, difícilmente puede ser descrita como una minoría o grupo desprotegido que tiene un historial de opresión o desigualdad, o que enfrenta prejuicios profundos, hostilidad y discriminación, o que es vulnerable por alguna otra razón y, por lo tanto, puede, en principio, necesitar una mayor protección contra los ataques cometidos por insultos, hasta el ridículo o la calumnia (Soulas y otros v. Francia, no. 15948/03, §§ 36 -41, 10 de julio de 2008; Le Pen, citado anteriormente; y Féret v. Belgium, núm. 15615/07, §§ 69-73 y 78, 16 de julio de 2009, donde las declaraciones impugnadas se dirigieron contra comunidades inmigrantes no europeas en Francia y Bélgica respectivamente; Balsytė-Lideikienė v. Lituania, n.º 72596/01, § 78, 4 de noviembre de 2008, donde las declaraciones impugnadas se referían a minorías nacionales en Lituania poco después del restablecimiento de su independencia en 1990, o Vejdeland y otros, citado anteriormente, § 54, donde el declaración impugnada dirigida a homosexuales). Asimismo, ha dicho (77) que, al ser parte de las fuerzas de seguridad del Estado, la policía debe mostrar un grado particularmente alto de tolerancia al discurso ofensivo, a menos que ese discurso inflamatorio provoque inminentes acciones ilegales con respecto a su personal exponiéndolos a un riesgo real de violencia física, como podría ocurrir en un contexto muy delicado de tensión, conflicto armado y lucha contra el terrorismo o disturbios mortales en las cárceles, en cuyo caso la intervención estaría justificada.

Y siendo así que, en el caso que se examina, no es posible establecer:

- 1) Que el autor haya seleccionado a los destinatarios de sus manifestaciones por motivos de intolerancia.
- 2) Que las "organizaciones corporativas" de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado puedan, en las circunstancias actuales, encuadrarse entre los grupos o colectivos vulnerables a los que la norma da específica protección cuando son objeto de comportamientos que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia, 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, o por razones de género, enfermedad o discapacidad.
- 3) Que la conducta enjuiciada atemorice al colectivo destinatario del mensaje, creando sentimientos de lesión de la dignidad, de inseguridad y de amenaza.

Las manifestaciones efectuadas por D. Gregorio durante el debate parlamentario que se desarrollaba en el Parlamento Vasco para la votación y aprobación de la "Ley de reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999, como miembro del Parlamento Autonómico Vasco, en sede parlamentaria, en el ejercicio de sus funciones parlamentarias, en el ámbito de un debate parlamentario para la votación y aprobación de una ley, guardando aquellas vinculación con la norma sometida a debate, constituyendo tales manifestaciones expresión de su opinión, y contando por ello con la cobertura que depara la inviolabilidad parlamentaria, resultando improcedentes por innecesarias y reprobables por su contenido injurioso e infamante, no resultan, sin embargo, subsumibles en el tipo penal del artículo 510.1.a) Cp .

QUINTO.- De lo expuesto y razonado debe seguirse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 313 LECrim ., la desestimación de la querrela al no resultar los hechos en que se funda constitutivos de delito.

En razón a lo expuesto,

LA SALA ACUERDA

Declarar su competencia para el conocimiento de las presentes actuaciones.

Desestimar la querrela, presentada por la Procuradora de los Tribunales, Dña. Carmen Miral Oronoz, en representación de la Asociación Dignidad y Justicia contra el miembro del Parlamento Autonómico Vasco, D. Gregorio .

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a la parte querellante y una vez firme, al querellado.

MODO IMPUGNACIÓN: mediante RECURSO DE SÚPLICA (artículo 236 de la LECr) por medio de escrito, con firma de letrado, presentado en este Tribunal en el plazo de TRES DÍAS hábiles a contar desde el día siguiente a su última notificación (artículo 238 de la LECr).



Así por este Auto, lo acordamos, mandamos y firmamos el Excmo. Sr. Presidente y los Illmos. Sres Magistrados del margen.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ