

CAUSA ESPECIAL núm.: 20439/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

## TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

**Auto núm. /**

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 8 de noviembre de 2018.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 3 de mayo pasado la Procuradora Doña Pilar Vived de la Vega, en nombre y representación de Don Josep Asensio i

Serqueda, presentó escrito por Registro Telemático formulando querrela contra Don Albert Rivera Díaz, Diputado en las Cortes generales en la actual XII Legislatura, por un presunto delito cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución del art. 510.1a) del Código Penal.

**SEGUNDO.-** Formado rollo en esta Sala y registrado con el núm. 3/20439/2018 por auto de 6 de junio se acordó imponer al querellante una fianza de 6.000 euros para el ejercicio de la acción popular que se pretende en la presente causa. Consignada que esta ha sido se requirió al querellante la aportación de poder especial que establece el art. 277 de la LEcrm o su ratificación.

**TERCERO.-** Con fecha 4 de octubre pasado la Procuradora Sra. Vived de la Vega, en la representación que ostenta, presentó escrito adjuntando poder especial de querrela conforme al requerimiento efectuado. Acordándose por providencia de 8 de octubre la remisión de las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y contenido de la querrela formulada.

**CUARTO.-** El Ministerio Fiscal, en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 29 de octubre de 2018 interesando la inadmisión de la querrela y el archivo de las actuaciones.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La representación procesal de Don Josep Asensio i Serqueda en ejercicio de acción popular, ha presentado escrito de querrela contra Don Albert Rivera Díaz, Diputado en la actual Legislatura, al que imputa un delito del art. 510.1a) del Código Penal cometido con ocasión del ejercicio de los derechos y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución.

En el escrito de querrela el relato fáctico refiere la publicación de un twitter oficial en fecha 29/4/18, donde consta un enlace del diario El Mundo donde se dice “ *Los 9 maestros catalanes de la infamia*” con fotografías, nombres, trabajos y actividades de 9 personas; investigadas, según el querrellado, por la fiscalía “*por delitos de odio*” y que son en palabras del Sr. Rivera, un grupo de personas con una concreta ideología “*maestros separatistas*” a los que se les debe vencer “*con cobardía nunca se vence al nacionalismo*”.

El 30/4/18 el día después aparecen pintadas insultando a los mismos en el Instituto señalados públicamente por el querrellado, con sus nombres, atacados y vilipendiados. Así como insultos en Facebook de los señalados por el querrellado.

**SEGUNDO.-** Dirigiéndose la querrela contra un Diputado, conforme al art. 71.3 CE y 57.1.2º LOPJ esta Sala es competente.

**TERCERO.-** El art. 510.1a) del CP sanciona “*quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra 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, su orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad*”. El citado artículo como decíamos en la sentencia de 25/1/18 Recurso de Casación 583/17 “...sanciona a quienes fomentan o 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....".*

Y presenta una problemática relacionada con la colisión de su punición con el derecho fundamental a la libertad de expresión. 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, afirma 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. La función jurisdiccional consiste, en estos casos, 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 ilícito 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.

Respecto a la tipicidad subjetiva, no requiere 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.

**CUARTO.-** Aplicando la anterior doctrina al caso que examinamos, un simple comentario de "twitter" haciéndose eco de una noticia periodística del diario El Mundo titulada *"Los 9 maestros catalanes de la infamia"* de la que el querellado dice *"Los maestros separatistas que señalaron públicamente a hijos de la Guardia Civil en Cataluña. La fiscalía los investiga por delitos de odio, pero el Gobierno de España dice que no les abrirá expediente. Con cobardía nunca se vence al nacionalismo"* en modo alguno puede ser tachado de delictivo, al constituir una simple manifestación del derecho fundamental del art. 20.1 CE y en consecuencia se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión, cuando como en el caso que nos ocupa se trata de un representante político el que ejercita ese derecho y referido a un asunto de importancia y actualidad. Por otra parte el contenido de las frases no revela carácter agresivo alguno en sus expresiones ni se constata en ellas odio al referirse a expresiones muy genéricas no incardinadas en el tipo penal del art. 510.1 a) del Código Penal que cita, que no merecen reproche penal alguno.

Así las cosas y a tenor de todo lo razonado, procede inadmitir a trámite la querrela formulada contra el Diputado D. Albert Rivera Díaz, conforme el art. 313 de la LECrm y como propugna el Ministerio Fiscal ante esta Sala, en tanto en cuanto tales expresiones tienen su encaje en el marco de la libertad de expresión y en consecuencia no son hechos constitutivos indiciariamente de ilícito penal alguno, debiendo pues archivar las actuaciones.

#### **PARTE DISPOSITIVA**

**LA SALA ACUERDA:** 1º) Declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento de la querrela presentada por. Y 2º) Inadmitir a trámite la misma al no ser los hechos indiciariamente subsumibles en ningún tipo penal.



Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados  
indicados al margen.

---