



Roj: **ATS 3528/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3528A**

Id Cendoj: **28079120012023200505**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/03/2023**

Nº de Recurso: **20040/2023**

Nº de Resolución: **20235/2023**

Procedimiento: **Causa especial**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Auto núm. 20.235/2023

Fecha del auto: 31/03/2023

Tipo de procedimiento: CAUSA ESPECIAL

Número del procedimiento: 20040/2023

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: QUERELLA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

Transcrito por: IGC

Nota:

CAUSA ESPECIAL núm.: 20040/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Auto núm. 20235/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Palomo Del Arco

D.ª Ana María Ferrer García

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 31 de marzo de 2023.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.



ANTECEDENTES DE HECHO

¡PRIMERO.- Con fecha 12 de enero de 2023, tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, querrela de la procuradora D^a. Pilar Pérez Calvo, en nombre y representación de la Fundación Española de Abogados Cristianos contra D. Juan Pedro, senador de las Cortes Generales, por un presunto delito de provocación a la discriminación y al odio del art. 510.1 a) CP y por un presunto delito de acoso tipificado en el art. 172 ter CP.

SEGUNDO.- Formado rollo en esta Sala y registrado con el número 3/20040/2023, por providencia de 18 de enero de 2023, se designó Ponente para conocer de la presente causa conforme al turno previamente establecido, al Excmo. Sr. D. Javier Hernández García, y previamente a dar curso a la querrela formulada se requiere al querellante para que verifique su representación con poder especial o se ratifique, conforme a lo establecido en el art. 277.7 LECrim.

TERCERO.- Verificado lo anterior y acreditada en autos la condición de senador del querellado, se pasan las actuaciones al Ministerio Fiscal a fin de emitir informe sobre competencia y contenido de la querrela formulada.

El Ministerio Público emite informe declarando la competencia de esta Sala y solicitando la inadmisión a trámite de la querrela presentada por no ser los hechos constitutivos de ilícito penal alguno, y el archivo de las actuaciones.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 7 de marzo, pasan las actuaciones al Magistrado ponente para dictar la oportuna resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Del examen atento de los hechos que fundan la querrela interpuesta por la representación de la Fundación Española de Abogados Cristianos contra el Senador Sr. Juan Pedro no ha lugar a su admisión a trámite pues, como justificaremos, los hechos descritos no constituyen ni un delito de odio del artículo 510 CP ni un delito de acoso del artículo 172 ter CP.

2. Decisión de inadmisión que parte de una idea troncal: quien ejercita la acción penal no adquiere por ello un derecho incondicionado ni a la plena sustanciación del proceso ni tan solo a su apertura. Sino solo a un pronunciamiento motivado del tribunal competente sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos que exprese las razones por las que inadmite su tramitación. Entre las que cabe la consideración de su irrelevancia penal y la consiguiente denegación de incoación del proceso o su terminación anticipada, de conformidad a las previsiones sobreseyentes contempladas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal - SSTC 106/2011, 193/2011, 26/2019-.

De la compatibilidad entre dicha decisión y el derecho a la tutela judicial efectiva que ostenta la parte que ejercita la acción penal se deriva también, como lógica consecuencia, la imposibilidad de reconocer cualquier gravamen relativo al derecho a la apertura del proceso penal o de utilizar los medios de prueba pertinentes.

Como nos recuerda el Tribunal Constitucional, si el sumario o la fase previa tiene por objeto establecer si los hechos investigados pueden, o no, ser constitutivos de delito, resulta inútil o incluso improcedente cualquier medida investigativa desde el momento en que, con el material fáctico reunido o, incluso, de la mera lectura del instrumento pretensional el juez puede afirmar que los hechos justiciables no son subsumibles en tipo penal alguno - STC 89/1996-.

De tal modo, cuando del examen de la querrela o de la denuncia que transmiten la "notitia criminis" o cuando de las diligencias ya practicadas se constata, a las claras, la inexistencia de delito y esta circunstancia se pone de relieve en la correspondiente resolución, no se hace necesario un rechazo particularizado de las diligencias probatorias propuestas y no practicadas.

La incoación de un proceso penal contra una persona determinada comporta siempre graves consecuencias. La imputación constituye de forma primaria una fuente de sometimiento al proceso y, por tanto, supone, o puede suponer, también, una afectación del principio de presunción de inocencia entendido como estándar que garantiza el estatuto de libertad de los ciudadanos.

En lógica consecuencia, dicha actuación procesal reclama, por un lado, que los hechos sobre los que se basa el pretendido ejercicio de la acción penal puedan tener relevancia penal y, por otro, que se identifique un mínimo fundamento indiciario que justifique, precisamente, la necesidad de dicha limitación. Un ciudadano no debe defenderse por ser llamado como imputado al proceso sino solo porque hay razones fácticas y normativas que justifican que sea llamado como tal.



El juez competente de la decisión de incoación de un proceso penal, como recuerda el Tribunal Constitucional - SSTC 41/98, 87/2001-, debe administrar de forma responsable y razonable las reglas de imputación, no sometiendo al proceso penal, por leve que sea el título de imputación, a ninguna persona si no hay causa para ello y no manteniendo dicho efecto de imputación si desaparecen las causas o razones que lo justificaron. De ahí, la necesidad de rechazar imputaciones que contengan trazos de genericidad intolerable o se basen en hechos justiciables implausibles o en juicios normativos de tipicidad inconsistentes.

3. Con relación al juicio de tipicidad, no debe insistirse en exceso que la intervención penal en un Estado Constitucional está sometida a muy estrictas condiciones.

No basta que se identifiquen finalidades de protección si la conducta que se considera que pone en riesgo de lesión los objetivos político-criminales no se ajusta a las exigencias de tipicidad -vid. el paradigmático caso constitucional de la STC 74/1997-.

Pero no solo la aplicación de la norma penal está sometida al principio de interpretación estricta de los elementos de tipicidad que la configuran. Con relación a determinadas figuras delictivas los riesgos de colisión con los espacios garantizados de ejercicio de algunos derechos fundamentales obligan, también, a una interpretación restrictiva de los elementos de antijuricidad específicamente penal que sirven para delimitar el propio espacio de prohibición.

La restricción se convierte así en un instrumento de interpretación constitucional y convencionalmente orientada. Y no es una simple opción metodológica. Es un verdadero mandato de adecuación cuyo destinatario primario es el juez llamado a la aplicación de la norma en el caso concreto.

4. En relación, precisamente, con los llamados delitos de odio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Savva Terentyev c. Rusia, de 28 de agosto de 2018, nos recuerda que *" es de vital importancia que las disposiciones de derecho penal dirigidas contra las expresiones que incitan, promueven o justifican la violencia, el odio o la intolerancia definan de manera clara y precisa el alcance de los delitos pertinentes, y que esas disposiciones se interpreten estrictamente a fin de evitar una situación en la que la discreción del Estado para enjuiciar esos delitos sea demasiado amplia y pueda ser objeto de abusos mediante una aplicación selectiva de la ley"*.

El informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, presentado de conformidad con la resolución 16/4 del Comité de Derechos Humanos, A/67/357, de 7 de septiembre de 2012, incide en la misma idea-fuente, afirmando *" que si bien se exige a los Estados que prohíban por ley toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia con arreglo al párrafo 2 del artículo 20 del Pacto, ello no se traduce en una exigencia de tipificar como delito esa expresión. Considerando el Relator Especial que sólo deben penalizarse los casos graves y extremos de incitación al odio"*.

5. En la lógica de las consecuencias necesarias, la naturaleza del delito de odio como de peligro abstracto no disculpa de la necesidad de identificar tasas mínimas de desvalor del propio resultado de peligro reclamado por el tipo.

El peligro abstracto derivado de la expresión que se reputa odiosa ha de ser real, ha de tener una capacidad potencial hipotética para minar significativamente las bases de la convivencia pacífica que debe poder medirse en términos de clima social.

El resultado real de peligro no se agota en sí mismo con la expresión del odio. Como afirma el Relator Especial del Comité de Derechos Humanos, en el informe antes referido, *" debe evaluarse de forma cuidadosa por parte de los jueces el contexto en que se expresó el odio, dado que el derecho internacional prohíbe algunas formas de expresión por sus consecuencias y no por su contenido como tal"*.

6. Pues bien, lo que se sostiene en la querrela parte de una suerte de peligro presunto -el fomento de la intolerancia religiosa- derivado de la actividad comunicativa del querrelado que en modo alguno satisface los indicadores de antijuricidad reclamados por el tipo.

Estos, insistimos, exigen identificar su potencial capacidad de generar consecuencias perturbadoras sobre el proyecto de vida en libertad y seguridad del grupo al que se dirigen las expresiones o los contenidos que se reputan odiosos. Resultado de peligro real -causalmente relacionado en términos contextuales y situacionales con el odio incitado, fomentado o promovido- que constituye también una exigencia indeclinable de tipicidad -vid. al respecto, sobre el componente del clima de odio, STS 335/2017, de 11 de mayo-.

7. El odio, por tanto, debe ser considerado como el precursor del peligro, pero no consume por sí y sin ninguna otra consideración el resultado de peligro abstracto pero real exigido por el tipo.



Conclusión que se ajusta a la metodología, que de la mano de la Recomendación de Política General Nº 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, del Consejo de Europa, aplica el TEDH a la hora de valorar la compatibilidad de las sanciones penales por delitos de odio impuestas por los Estados con el derecho a la libre difusión de ideas que consagra el artículo 10 CEDH.

En efecto, la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ofrece una guía metodológica muy valiosa que hace suya la antes mencionada Recomendación de Política General Nº 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, en cuyo "memorandum" explicativo, apartado 16, precisa un detallado modelo de evaluación -resulta particularmente interesante comprobar sus diferentes resultados en los casos en los que se ha aplicado, Alekhina y otras c. Rusia de 17 de julio de 2018; Savva Terentyev c. Rusia, de 28 de agosto de 2018; Stomakhin c. Rusia de 8 de octubre de 2018; Atamanchuk c. Rusia, de 11 de febrero de 2020; Mehdi Tarinkulu c. Turquía, de 5 de mayo de 2020-.

Los ítems del test de lesividad son los siguientes: a) el contexto en que se utilizan las expresiones de odio en cuestión -en particular, si existen o no tensiones graves en la sociedad a las que se vinculan esas expresiones de odio- b) La capacidad de la persona que utiliza las expresiones de odio para ejercer influencia sobre otros -por ejemplo, por ser un dirigente político, religioso o comunitario- c) La naturaleza y la fuerza del lenguaje utilizado -por ejemplo, si es provocativo y directo, si implica el uso de información errónea, estereotipos negativos y estigmatización o si es capaz de incitar a actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación-. d) El contexto de las observaciones específicas -si son o no un hecho aislado o se reafirman varias veces y si se puede considerar que se contrarrestan o no mediante otras formuladas por el mismo orador o por otra persona, especialmente en el curso de un debate-. e) el medio utilizado -si es o no capaz de provocar inmediatamente una respuesta del público, como en un evento en vivo o en directo-. f) Las condiciones de los destinatarios -si disponen o no los medios y la inclinación o susceptibilidad de participar en actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación-.

Con relación al elemento situacional o contextual en el que se producen las expresiones de incitación, el Tribunal de Estrasburgo, en supuestos de manifestaciones de aliento o incitación a la violencia en contextos políticos o sociales muy tensos, ha venido a aceptar, por lo general, distintas formas de limitación. Entre los ejemplos analizados cabe citar: el clima de tensión que rodeó a los enfrentamientos armados entre el PKK [el Partido de los Trabajadores del Kurdistán, una organización terrorista] y las fuerzas de seguridad turcas en el sudeste de Turquía en los decenios de 1980 y 1990 -vid. STEDH, caso Zana c. Turquía, 25 de noviembre de 1997; caso Sürek c. Turquía (nº 3) [GC], de 8 de julio de 1999-; la atmósfera generada por los mortales disturbios en las cárceles de Turquía en diciembre de 2000 -vid. STEDH, caso Falakaoglu y Saygili c. Turquía, de 23 de enero de 2007-; los problemas relativos a la integración de los inmigrantes no europeos en Francia, especialmente los musulmanes -vid. STEDH, caso Soulas y otros c. Francia, de 10 de julio de 2008 y Decisión, caso Le Pen c. Francia, 20 de abril de 2010-; las relaciones con las minorías nacionales en Lituania poco después del restablecimiento de la independencia en 1990 -vid. STEDH, caso Balsyte-Lideikiene c. Lituania, de 4 de noviembre de 2008-; el clima creado en la guerra de Chechenia -vid. STEDH, caso Stomakhin c. Rusia, de 8 de octubre de 2018-.

Con relación a la valoración de las expresiones como un llamamiento directo o indirecto a la violencia o como una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia, el Tribunal ha sido particularmente sensible a las declaraciones radicales que atacan a grupos, sobre todo étnicos y religiosos, mediante proyecciones negativas generalizantes de un colectivo -vid. Decisión, caso Norwood c. el Reino Unido (dec.), Nº 23131/03, que se refería a declaraciones que vinculaban a todos los musulmanes del Reino Unido con los actos terroristas perpetrados en los Estados Unidos de América el 11 de septiembre de 2001; SSTEDH: caso Féret c. Bélgica, de 16 de julio de 2009, referido a declaraciones de un diputado que presentaban a las comunidades de inmigrantes no europeos en Bélgica como criminales; caso Kasymakhunov y Saybatalov c. Rusia, de 14 de marzo de 2013, referido a llamamientos directos a la violencia contra los judíos, el Estado de Israel y Occidente en general; caso Vejdeland y otros c. Suecia, de 9 de febrero de 2012, que aborda las acusaciones de que los homosexuales minimizaban la pedofilia y eran responsables de la propagación del VIH y el SIDA; el más reciente, caso Zemmour c. Francia, de 20 de diciembre de 2022, que valida la condena del demandante como autor de un delito de odio por haber afirmado, entre otras cosas, que las personas de origen árabe pretendían invadir, colonizar Francia desde hacía treinta años, lo que entraña un riesgo de conflagración-.

El Tribunal también ha prestado atención a la forma en que se hicieron las declaraciones y su capacidad -directa o indirecta- de producir consecuencias perjudiciales -mediante obra poética, caso Karatas c. Turquía, de 8 de julio de 1999; mediante folletos electorales que habían potenciado el efecto del mensaje discriminatorio y de odio que transmitían, caso Feret ya citado; en el curso de un debate televisado de composición pluralista, que había reducido su efecto negativo, caso Gündüz c. Turquía, de 4 de diciembre de 2003; en marchas paramilitares en aldeas con poblaciones de origen gitano que, dado el contexto histórico de Hungría, habían



tenido connotaciones siniestras, caso Vona c. Hungría, de 9 de julio de 2013; y en folletos dejados en las taquillas de los estudiantes de un Instituto de secundaria, caso Vejdeland, ya citado-.

El Tribunal insiste en los casos en los que ha incorporado el *Test ERCI* en la necesidad de que la evaluación se realice desde la interacción de los diversos factores implicados a partir del contexto específico -caso Alekhina (2018), en el que se declara vulnerado el artículo 10 CEDH; caso Stomakhin (2018) en el que también se aprecia vulneración por desproporcionalidad de la sanción impuesta; caso Atamanchuck, en el que se descarta vulneración del artículo 10 CEDH al identificarse que las expresiones *alimañas* y *criminales* empleadas por el demandante y dirigidas hacia los colectivos no rusos que viven en Rusia procedentes de otras Repúblicas ex soviéticas eran contextualmente incitadoras al odio; caso Mehdi Tanrikulu que estima la demanda por violación del artículo 10 CEDH, al considerar que el trabajo periodístico de los demandantes sobre la evolución y objetivos del PKK no incorporaba fórmulas de incitación al odio o justificación de la violencia-.

8. Pues bien, partiendo de la metodología expuesta, no identificamos que las expresiones o manifestaciones atribuidas al querellado superen ninguno de los ítems del Test ERCI. Que rocen, tan siquiera, el mínimo grado de lesividad reclamada por el artículo 510.1 y 2 CP, a la luz de las exigencias de interpretación constitucional y convencionalmente orientada.

La querella hace referencia a doce tuits emitidos por el querellado Sr. Juan Pedro cuyos contenidos giran, esencialmente, sobre reivindicaciones de retirada de símbolos religiosos de espacios públicos por su conexión con la dictadura franquista y su incompatibilidad, en opinión del querellado, con las previsiones de la Ley de Memoria Histórica. En uno de ellos se indica, también, que la cruz del Valle de los Caídos debería volarse con dinamita.

Igualmente, dos de los tuits hacen referencia a opiniones, una personal y otra referida, del querellado sobre la oportunidad de ilegalizar a la querellante por su, afirmada, estrategia de *judicializar las ideas de quienes no piensan como ellos*.

La querella también se extiende a la actividad desplegada por el querellado consistente, por un lado, en dirigir 2541 solicitudes a diferentes corporaciones municipales para el derribo de distintos símbolos religiosos en espacios públicos y, por otro, formular una pregunta, en su condición de Senador, al Gobierno de la Nación cuyo tenor es el siguiente: "*¿Qué medidas va a adoptar el Gobierno para ilegalizar a organizaciones que acosan y amenazan judicialmente a alcaldes y alcaldesas o cargos públicos demócratas, como es el caso de Abogados Cristianos?*"

9. Muy lejos de lo que se afirma por la querellante, lo expresado y comunicado por el Sr. Juan Pedro en modo alguno fomenta directa o indirectamente un clima de hostilidad al hecho religioso o a aquellos que practican la religión católica. No hemos identificado en ninguno de los textos precisados en la querella que se ataque a los símbolos cristianos ni, tampoco, a las personas que los exhiben ni se favorezca un clima de persecución religiosa.

Los contenidos reproducidos inciden en cuestionar la presencia en los espacios públicos de símbolos o elementos religiosos que puedan, al tiempo, reivindicar la dictadura y el tratamiento que esta hizo de las víctimas de la Guerra Civil, contradiciendo así lo establecido en la Ley de Memoria Histórica.

10. Desconocemos, y no es nuestra función conocerlo, si todas las solicitudes de derribo de símbolos religiosos en espacios públicos que se afirman dirigidas por el querellado a diversos municipios tienen un sólido fundamento en la norma que prohíbe la pervivencia de simbología reivindicativa de la dictadura.

Pero no nos cabe la más mínima duda de que el Sr. Juan Pedro tiene derecho a formularlas, mereciendo, por tanto, toda la protección constitucional para hacerlo. La memoria histórica y los mecanismos que permitan superar de una vez por todas las heridas de la Guerra Civil -entre los que se encuentra la no exhibición de simbología relacionada con la dictadura sufrida- son cuestiones de máximo interés público, político y moral.

Como tampoco albergamos duda alguna de que el Sr. Juan Pedro tiene derecho a expresar públicamente su deseo de que la querellante sea ilegalizada y, como Senador, pedir explicaciones al Gobierno de la Nación sobre las medidas que con tal fin adoptaría, al considerar inaceptable que la Fundación querellante desarrolle, según se precisa en la interpelación parlamentaria, una estrategia de acoso y amenaza hacia cargos electos municipales.

11. Tanto el tuit como la pregunta parlamentaria patentizan, sin disimulo, el marco de intenso enfrentamiento ideológico entre la querellante y el Sr. Juan Pedro. Lo que se confirma, también, mediante la formulación de esta querella y la imputación de distintos delitos al Sr. Juan Pedro.



Pero de dicho marco de enfrentamiento con la Fundación querellante y los miembros que la integran, en modo alguno cabe decantar que el querellado busque crear un clima antirreligioso afectando a la convivencia pacífica.

12. Insistimos. El espacio de protección del artículo 510 CP no puede extenderse a las expresiones o a las ideas que, simplemente, molesten, cuestionen, contradigan, menosprecien, nieguen o ridiculicen las ideas o expresiones de un grupo antagónico al emisor.

Y ello por una sola, pero decisiva razón: en esto consiste, nada más y nada menos, que la propia Democracia. En disfrutar de un expectativa de amplísima libertad para emitir ideas y pensamientos que confronten con otras sin la amenaza de la sanción penal o de la intervención prohibitiva o limitativa del Estado.

Identificamos en la actividad comunicativa del Sr. Juan Pedro precisada en la querella un ejercicio legítimo y constitucionalmente amparado de los derechos fundamentales del querellado a la libertad de expresión y a la participación política garantizados en los artículos 20 y 23, ambos, CE.

13. Por lo que se refiere a la pretendida subsunción de los hechos justiciables -la emisión de los doce tuits y la formulación de la pregunta parlamentaria por parte del Sr. Juan Pedro - en un delito de acoso del artículo 172 ter CP hacia la presidenta de la Fundación Española de los Abogados Cristianos, la Sra. Castellanos, y sus integrantes, no cabe otra respuesta que su rechazo.

La pretensión carece del más mínimo fundamento fáctico y normativo.

El uso de ocurrencias y peregrinas excentricidades normativas para fundamentar la pretensión de que se prive de libertad a una persona es un indicador concluyente de temeridad y banalidad que convierte en ilegítimo, ex artículo 11 LOPJ, el ejercicio del derecho de acción penal reconocido en la Constitución.

CLÁUSULA DE COSTAS

14. Las costas de este proceso se imponen al denunciante por así disponerlo el artículo 239 LECrim.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: inadmitir a trámite la querella interpuesta por la representación de la Fundación Española de los Abogados Cristianos, por no ser los hechos en los que se basa constitutivos de delito alguno.

Condenamos a la querellante al pago de las costas de este incidente.

Notifíquese esta resolución a la denunciante y demás partes.

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