

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 apelación penal / *Apelazio penaleko erroilua 16/2016*

NIG PV / IZO EAE: 00.01.1-15/000447

NIG CGPJ / IZO BJKN: XXXXX.31.2-2015/0000447

Procurador / Prokuradorea: GUTIERREZ ARETXABALETA, IDOIA

Abogado / Abokatu: IÑIGO IRUIN SANZ

Representado / Ordezkatua: ASIER ARRAIZ BARBADILLO

A U T O N° 18/2016

ILMA. SRA. PRESIDENTE: Dª NEKANE BOLADO ZÁRRAGA

ILMO. SR. MAGISTRADO: D. FRANCISO DE BORJA IRIARTE ANGEL

ILMO. SR. MAGISTRADO: D. JOSE DAMIAN IRANZO CEREZO

En BILBAO (BIZKAIA), a veintidós de junio de dos mil dieciséis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En las diligencias previas 3/2015 seguidas en esta Sala se dictó por el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor don Roberto Saiz Fernandez el 26 de abril de 2016 auto acordando continuar su tramitación por el procedimiento regulado en el Capítulo IV, del Título II, del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECr), por si los hechos imputados a don Asier Arraiz Barbadillo fueran constitutivos del delito de injurias o amenazas graves a las Fuerzas de Seguridad tipificado en el artículo 504.2 del actual Código penal, a cuyo efecto se daba traslado al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas para que, en el plazo común de diez días, solicitara la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación, o el sobreseimiento de la causa o, en su caso, la práctica de aquellas diligencias que consideraran indispensables para formular acusación, de acuerdo con el apartado 2 del mismo artículo 780 LECr.

SEGUNDO.- Contra dicho auto se interpuso por la representación procesal de don Asier Arraiz Barbadillo recurso de apelación, que fue admitido a trámite y, dado traslado del mismo se presentó escrito de impugnación tanto por la acusación particular como por la acusación popular, solicitando el Ministerio Fiscal la estimación del recurso de apelación y el sobreseimiento libre de la causa de conformidad con el artículo 637.2º LECr al no ser delictivos los hechos objeto de investigación.

TERCERO.- Se han remitido las actuaciones a este Tribunal para la resolución del recurso.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Francisco de Borja Iriarte Ángel.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Motivos del recurso de apelación presentado

I.1 Por la representación procesal de don Asier Arraiz Barbadillo se presentó recurso de apelación frente al citado auto por los siguientes motivos:

(i) Incumplimiento del mandato contenido en el artículo 779.1.4º LECr en tanto carece de un apartado específico de carácter fáctico determinando las declaraciones realizadas por el investigado y consideradas delictivas.

(ii) Erróneo planteamiento de los derechos fundamentales en conflicto, identificando erróneamente el derecho fundamental ejercido por el recurrente

(ii) Indebida aplicación del artículo 504.2 del Código penal al no tener en cuenta el derecho fundamental a la libertad de expresión, remitiéndose expresamente a las alegaciones realizadas y recogidas en el recurso de súplica interpuesto contra el auto de admisión a trámite de la querrela.

I.2 El Ministerio Fiscal interesó la estimación del recurso de apelación presentado, pues coincide con el motivo tercero anterior respecto al ejercicio de la libertad de expresión.

I.3 Tanto la Abogacía del Estado, en su calidad de acusación particular, como la Asociación Dignidad y Justicia, que ejercita la acción popular, impugnaron el recurso por los motivos que se dirán.

SEGUNDO.- La carencia de la determinación fáctica en el auto impugnado

II.1 Según la parte recurrente el auto del Magistrado Instructor carece de un relato de los hechos punibles, con lo que incumple el mandato contenido en el artículo 779.1.4º LECr:

“4.ª Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775.”

La parte recurrente considera que el auto no recoge adecuadamente la determinación fáctica, limitándose en el Fundamento de Derecho Primero a reproducir particulares del auto de admisión de la querrela; consecuencia de esto sería que el auto impugnado debe ser anulado.

II.2 La Abogacía del Estado se opone al presente motivo alegando que, conforme a la jurisprudencia en la materia el auto impugnado cumple los requisitos legales pues identifica los hechos punibles en sus páginas 10 y 11 y la persona concreta a la que se le imputan, no siendo necesario en estos momentos la concreta determinación del delito que pudiera haberse cometido más allá de una mención indiciaria.

Por similares motivos se opone la Asociación Dignidad y Justicia.

II.3 El presente motivo debe ser desestimado.

II.4 El contenido del auto de transformación en procedimiento abreviado es analizado en la sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS) de 22 de mayo de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2212):

“La nueva redacción de la LO. 38/2002 establece los extremos que, al menos, debe contener dicho auto: determinación de los hechos punibles y la identificación de las personas imputadas; además ordena que no podrá dictarse tal auto de transformación contra persona a la que no se le haya tomado declaración como imputada. El auto de transformación vincula a las partes en cuanto a los hechos imputados y en las personas responsables, pero no en las calificaciones jurídicas que el Juez formule, por cuanto el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado no tiene por finalidad y naturaleza la función acusatoria del Ministerio Fiscal y del resto de las acusaciones de modo que la ausencia de determinación expresa de un delito en dicho auto no impide que pueda ser objeto de acusación, siempre que del hecho estuviese imputado cuando el acusado prestó su declaración y pudiera solicitar las oportunas diligencias sobre el mismo (STS. 1532/2000 de 9.11).

En efecto, el art. 118, con carácter general y el art. 775 (antiguo art. 789.4) con carácter específico para el procedimiento abreviado, impone el deber del órgano judicial

instructor de ilustrar al interesado del hecho de la causa abierta en su contra.

El examen de estos preceptos ha de llevar a la siguiente conclusión: en primer lugar la de que el Juez de instrucción en cualquier caso, está siempre obligado a determinar dentro de la fase instructora (haya dirigido *ab initio* o no las diligencias previas) quién sea el presunto autor del delito a fin de citarlo personalmente de comparecencia, comunicarle el hecho punible cuya comisión se le atribuye, ilustrarle de la totalidad de los derechos que integran la defensa (y, en especial, de su derecho a la designación de Abogado en los términos del art. 767 y 118,4º) y tomarle declaración con el objeto de indagar, no sólo dicha participación, sino también permitir que el imputado sea oído por la Autoridad judicial y pueda exculparse de los cargos contra él existentes con independencia de que haya prestado declaración ante otras autoridades que hayan intervenido en el sumario.”

Por tanto, únicamente son necesarios estos dos aspectos, identificación del presunto autor y comunicación del hecho punible, sin que en ningún caso sea necesaria, ni mucho menos vinculante, concreta calificación jurídica del mismo, como afirman las partes apeladas; pero la cuestión aquí es otra, pues la parte recurrente no predica como vicio del auto la falta de calificación jurídica de los hechos, sino la mera carencia real de un relato factual.

Sin embargo, la realidad es que en el auto impugnado los dos requisitos citados se cumplen, pues el presunto autor es identificado en el Fundamento de Derecho Primero, y las declaraciones consideradas punibles aparecen descritas en el apartado 4 del Tercero (páginas 10 y 11); en este sentido no puede defenderse que el auto incurra en vicio alguno por no recoger un apartado expreso de “Hechos”, pues sería una decisión de un formalismo indefendible en tanto de su lectura claramente se desprende cuáles son las frases proferidas por el investigado y que son consideradas delictivas por el Instructor.

TERCERO.- Erróneo planteamiento de los derechos fundamentales en conflicto, modificando la identificación del derecho fundamental ejercido por el recurrente

III.1 El recurrente impugna el auto, pues considera que el Instructor ha modificado la identificación del derecho fundamental en el que el basa su defensa desde el inicio del procedimiento, esto es, el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1.a) de la Constitución) por el derecho a la libertad de información (art. 20.1.d) de la Constitución), sin que de la instrucción se deriven motivos fácticos para ello.

Esta diferencia es relevante, pues en el ejercicio de la libertad de expresión no es exigible la prueba de la verdad o la diligencia en la averiguación de la misma, lo que sí es predicable de la libertad de información.

Igualmente considera que no es posible contraponer al derecho a la libertad de expresión el derecho al honor de la Guardia Civil, pues según la jurisprudencia del

Tribunal Constitucional que cita, las instituciones públicas no son acreedoras tanto al derecho al honor como a otros bienes jurídicos diversos, sea dignidad, prestigio, o autoridad moral.

III.2 La Abogacía del Estado se opone a la admisión del presente motivo pues considera que se interpreta por el recurrente de manera sesgada la jurisprudencia en materia de derecho al honor de las instituciones, pues su eventual inexistencia o sustitución por criterios como la dignidad o el prestigio no supone que el derecho a la libertad de expresión frente a ellos sea ilimitado.

Por similares motivos se opone la Asociación Dignidad y Justicia.

III.3 En relación con el presente motivo debe acogerse la pretensión del recurrente de que la invocación en el auto recurrido del derecho a la libertad de información como el derecho a ponderar frente al honor de la Guardia Civil supone una modificación de la cuestión tratada hasta este momento, modificación con consecuencias para el recurrente.

Y es que si hasta la fecha el estudio se ha centrado en el derecho a la libertad de expresión no cabe ahora entrar a examinar la libertad de información y la eventual inexistencia de una *exceptio veritatis* que supondría la irrelevancia penal de los hechos, pues no puede plantearse en este momento que no ha probado a lo largo de la instrucción la veracidad de los hechos sobre los que realizó las declaraciones; veracidad o no de los hechos que en ningún momento ha sido objeto de discusión, y, lo que es más importante, sin que las diligencias de investigación hayan proporcionado dato alguno que permita dicho cambio.

Pero es que además, en supuestos como éste el derecho en tensión frente al del honor es el de la libertad de expresión, y no de información, tal y como dice el TS en el auto de 24 de julio de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:6604A), relativo igualmente a unas declaraciones en las que por un político se acusaba a la Guardia Civil de la comisión de un delito:

“Sobre esa clase de incriminaciones, el Tribunal Constitucional tiene declarado que en los casos en los que el mensaje sujeto a examen consiste en la imputación a un tercero de la comisión de ciertos hechos delictivos, lo ejercido por quien emite esa imputación es su libertad de expresar opiniones (citando las SSTC 136/1994, de 9 de mayo , y 11/2000, de 17 de enero): "al tratarse de un juicio crítico o valoración personal del quejoso, su enjuiciamiento deberá efectuarse con sometimiento al canon propio de la libertad de expresión, y no al canon de la veracidad exigida constitucionalmente al derecho a comunicar información, que, por otra parte, tampoco excluye la posibilidad de que, con ocasión de los hechos que se comunican, se formulen hipótesis acerca de su origen o causa, así como la valoración probabilística de esas hipótesis o conjeturas (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre , 19281999, de 25 de octubre, por todas)" (SSTC 11/2000, de 217 de enero , y 148/2001, de 27 de junio ; en igual sentido, STC 278/2005, de 7 de noviembre).”

En nuestro caso, como decimos, la situación es análoga, en tanto el apelante no estaba relatando unos hechos sino dando su opinión política sobre los mismos.

III.4 Por tanto, como ya se anunciaba, debe estimarse este motivo de apelación, por lo que el análisis del fondo de la cuestión se realizará desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión contenido en el art. 20.1.a) de la Constitución.

CUARTO.- El derecho fundamental a la libertad de expresión

IV.1 Finalmente, el recurrente fundamenta su recurso en el ejercicio al derecho a la libertad de expresión como límite al Derecho Penal, para lo que se remite a los fundamentos que contiene su escrito de recurso de súplica formulado contra el auto de admisión a trámite de la querrela, que en el presente recurso de apelación complementa; el recurrente recoge la jurisprudencia existente sobre la cuestión, tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) como del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) para concluir que el auto impugnado no analiza las circunstancias concretas del caso a la luz de la misma; circunstancias concretas que el recurrente determina en este motivo.

Además, la representación del investigado discrepa de la resolución recurrida al considerar innegable la relación existente entre las manifestaciones vertidas y los hechos motivadores de las mismas; igualmente considera que existe vinculación directa entre los hechos acaecidos y la reclamación de que el mencionado cuerpo policial abandone el País Vasco.

IV.2 El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso con el consecuente sobreseimiento libre por no ser constitutivos de delito los hechos objeto del presente procedimiento.

Considera, tras un análisis jurisprudencial, que las declaraciones efectuadas no pueden ser consideradas constitutivas de delito por encontrarse amparadas por el derecho fundamental a la libertad de expresión

IV.3 La Abogacía del Estado se opone a la estimación del presente motivo de recurso pues considera que el auto impugnado ha valorado adecuadamente los hechos y el Derecho; en sustento de su opinión cita jurisprudencia relativa al derecho a la libertad de expresión, que le llevan a concluir que los hechos no pueden encontrarse amparados por este derecho, sino que son objetivamente insultantes y, por tanto, susceptibles de ser subsumidos en el tipo del 504.2 CP. Hace especial hincapié en las diferencias entre los hechos aquí enjuiciados y los que dieron lugar a las sentencias del TEDH en los casos Castells y Otegi; diferencias que considera de especial relevancia. Igualmente considera que no es relevante a nuestro caso la sentencia del TS de 17 de marzo de 2015 ni el auto del mismo Tribunal de 24 de julio de 2015; respecto a esta última resolución considera de especial relevancia que las declaraciones aquí analizadas no fueron realizadas en un período de campaña electoral.

Al igual que en los motivos anteriores, la Asociación Dignidad y Justicia se opone a la admisión de este motivo de impugnación realizando alegaciones similares a la acusación particular.

IV.4 Con carácter previo a la resolución del presente motivo de recurso es necesario traer a colación dos preceptos fundamentales para resolver:

(i) En primer lugar, el artículo 10.2 de la Constitución:

“2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

(ii) Junto a él, el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

“1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.”

Y es que, con independencia de que las declaraciones objeto del presente recurso nos parezcan erróneas y provocadoras, la aplicación de la normativa penal tiene que tener en cuenta los citados preceptos, con las consecuencias que de ellos se derivan, pues las declaraciones objeto del presente proceso deben ser analizadas a la luz de la jurisprudencia internacional y constitucional, y siempre bajo la perspectiva de que prevalecerá aquella interpretación que establezca un marco más amplio en el ejercicio de los derechos constitucionales.

En este sentido cabe traer aquí el voto concurrente del Juez Kennedy de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el asunto *Texas v. Johnson* -491 U.S. 397 (1989)- que expresa de manera clara la tarea que deben realizar los Tribunales cuando se enfrentan a supuestos en los que la libertad de expresión entra en colisión con determinados sentimientos mayoritarios en la sociedad:

“La dura realidad es que a veces debemos tomar decisiones que no nos gustan. Las tomamos porque son correctas, correctas en el sentido de que la ley y la Constitución, como nosotros las vemos, llevan a ese resultado.

....

Con todo el respeto a esas visiones, no creo que la Constitución nos dé el derecho a resolver como los miembros discrepantes de la Sala proponen, por muy duro que sea el fallo que vamos a anunciar.”

Es decir, que si conforme a la jurisprudencia del TEDH o del TC y los parámetros que se derivan de la misma, no cabe considerar delictivos los hechos, deberá procederse a estimar el Recurso y archivar definitivamente la causa.

IV.5 Sentado lo anterior, debemos empezar por la jurisprudencia del TEDH en materia de libertad de expresión; derecho que se encuentra regulado en el artículo 10 del Convenio de Roma:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras...

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

Por tanto, el texto del Tratado establece un principio claro de libertad de expresión, si bien el mismo no es omnímodo, sino que admite limitaciones o restricciones, sobre las que el TEDH ha ido estableciendo criterios jurisprudenciales; así, a la hora de valorar si la injerencia en el derecho a la libertad de expresión contenida en el Código Penal –en aquel caso el artículo 490, pero al igual que éste, un supuesto agravado de injurias a una institución del Estado- constituye una excepción del principio general del artículo 10 del Convenio de Roma, el párrafo 48 de la sentencia de 15 de marzo de 2011 en el Asunto Otegi Mondragón contra España (ECLI:ES:TEDH:2011:16), caso paradigmático en la materia, dice:

“48. La libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones principales de su progreso y del desarrollo del individuo. Sin perjuicio del párrafo 2 del artículo 10, no solo sirve para las « informaciones » o « ideas » que se acojan favorablemente o se consideren inofensivas o indiferentes, sino también para las que molesten, choquen o inquieten: así lo quiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los que no existe la « sociedad democrática» (Handyside c. Reino Unido, 7 de diciembre de 1976, § 49, serie A no 24, Lindon, Otchakovsky-Laurens y July c. Francia [GS], nos 21279/02 y 36448/02, § 45, TEDH 2007-XI, y Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suiza (no 2) [GC], no 32772/02, § 96, TEDH 2009-...)...”

Para a continuación entrar a valorar los efectos que tiene la posibilidad de que la libertad de expresión de un político en el ejercicio de su cargo pueda ser objeto de las citadas injerencias:

“50. El artículo 10 § 2 ampara restricciones a la libertad de expresión en el

campo del discurso y del debate político – en el que la libertad de expresión reviste la mayor importancia – o a cuestiones de interés general. Valiosísima para el individuo, la libertad de expresión lo será más aún para una persona elegida por el pueblo; representa a sus electores, señala sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por lo tanto, en el caso de injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario, el Tribunal debe ejercer un control de lo más estricto (Castells c. España, 23 de abril de 1992, § 42, serie A no 236).”

Y así, en el caso concreto del Asunto Otegi, el Tribunal realiza las siguientes afirmaciones:

“51. En primer lugar, el Tribunal observa que el demandante se expresó en su condición de cargo electo y portavoz de un grupo parlamentario, por lo que sus manifestaciones constituyen una expresión política (Mamère, antes citado, § 20). Por otro lado, las declaraciones del demandante se referían a una cuestión de interés público en el País Vasco, en concreto a la acogida que el Jefe del Gobierno Vasco había dispensado al Rey de España con motivo de su visita oficial al País Vasco el 26 de febrero de 2003, coincidiendo con el cierre del periódico en lengua vasca Egunkaria y con la detención de sus responsables algunos días antes, así como la queja por malos tratos denunciada públicamente por estos últimos. Las declaraciones del demandante se realizaron por lo tanto en el contexto de un debate sobre cuestiones de interés público. El margen de apreciación del que disponían las autoridades para juzgar sobre la «necesidad» de la sanción impuesta contra el demandante era por lo tanto en este caso muy restringido (vid, mutatis mutandis, Mamère, antes citado, § 20).”

A continuación, y tras valorar las declaraciones efectuadas –en concreto la acusación a S. M. el Rey de ser el responsable de los torturadores y el que protege la tortura- el Tribunal nos da un criterio fundamental para resolver sobre asuntos en los que entra en colisión la libertad de expresión con la reputación de las instituciones:

“54. Centrándose en las expresiones mismas, el Tribunal admite que el lenguaje utilizado por el demandante puede haberse considerado provocador. Sin embargo, si bien es cierto que cualquier persona que participe en un debate público de interés general, como el demandante en este caso, no debe sobrepasar ciertos límites principalmente en cuanto al respeto a la reputación y a los derechos ajenos, también es cierto que se le permite recurrir a una cierta dosis de exageración, incluso provocación, es decir, ser algo inmoderado en sus manifestaciones (Mamère). El Tribunal observa que aún cuando ciertos términos del discurso del demandante pintan una imagen de lo más negativa del Rey en cuanto Institución dando así al discurso una connotación hostil, sin embargo, no por ello exhortan al uso de la violencia, y no se trata de un discurso del odio, lo que a juicio del Tribunal constituye el elemento esencial a tener en cuenta (vid, a sensu contrario, Sürek c. Turquía (no 1) [GS], no 26682/95, § 62, TEDH 1999-IV). A este respecto, observa que ni las jurisdicciones internas ni el Gobierno han justificado la condena del demandante alegando incitación a la violencia o discurso del odio.”

Y decíamos fundamental, pues considera que si bien las palabras pronunciadas pueden ser provocativas y exageradas, pintando una imagen negativa de Su Majestad en cuanto institución, no exhortan al uso de la violencia contra él, ni pueden enmarcarse en

el discurso del odio; y creemos que esa es la clave a la hora de valorar las declaraciones por las que se ha formulado querrela en los presentes autos, puesto que, como dice la sentencia, son los únicos límites que el TEDH considera adecuados para la libertad de expresión en el ámbito del debate político.

Pero es que, además, todos estos fundamentos no son sino una versión más extensa de la doctrina derivada de la sentencia de 23 de abril de 1992 en el Asunto Castells contra España (ECLI:ES:TEDH:1992:12), en la que el TEDH dijo:

“42. El Tribunal recuerda que la libertad de expresión, consagrada en el apartado 1 del artículo 10, constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales para su progreso. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2, esta libertad es aplicable no solamente a las “informaciones” o “ideas” acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que resultan opuestas, lastiman o inquietan. Así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe “sociedad democrática” (véase, entre otras, la sentencia “Handsyde vs. Reino Unido”, de 7 de diciembre de 1976; serie A, núm. 24, p.23, § 49, y “Observer y Guardian” antes citada, Serie A, núm. 216, p. 30, § 59, a).

La libertad de expresión, preciosa para cualquier persona, lo es muy particularmente para un elegido del pueblo: representa a sus electores, expone sus preocupaciones y defiende sus intereses. Consiguientemente, en el caso de injerencia en la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición, según ocurre con el demandante, se impone a este Tribunal aplicar el control más estricto.

43. Sin duda, las manifestaciones enjuiciadas del señor Castells no se produjeron en el seno del Senado, en cuyo caso no se habría dado riesgo de sanciones, sino en un periódico. Pero no por ello perdió el derecho a criticar al Gobierno.

A este respecto, no hay que olvidar la función eminente de la prensa en un estado de Derecho. Si bien no debe franquear determinados límites fijados, especialmente, con vistas a la defensa del orden y de la protección de la reputación ajena, le incumbe en cambio comunicar informaciones e ideas sobre cuestiones políticas, así como sobre los demás temas de interés general (véase mutatis mutandi, la sentencia “Sunday Times vs. el Reino Unido”, de 26 de abril de 1979, Serie A, núm. 30, p.40, § 65, y la sentencia “Observer y Guardian” precitada, Serie A, núm. 216, p. 30, § 59, b).”

Una diferencia a tener en cuenta respecto al Asunto Otegi respecto de los presentes autos es que las declaraciones formuladas por el querrellado y que son reputadas injuriosas no se refieren a un órgano constitucional, como es la Corona, sino a un Cuerpo de Seguridad, en este caso la Guardia Civil; en relación con esta cuestión, la sentencia del Asunto Otegi manifiesta:

“En cuanto a los funcionarios, el Tribunal ha reconocido también que los límites a la crítica admisible en su caso son más amplios que en el caso de los meros particulares, aún cuando no puedan aplicárseles los mismos criterios que a los políticos (Janowski c.

Polonia [GS], no 25716/94, § 33, TEDH 1999-I).”

Por tanto, el TEDH mantiene no sólo que las actuaciones de los funcionarios públicos son susceptibles de crítica lícita, a pesar de su faceta institucional, sino que los límites a la crítica admisible a ellos son más amplios que los correspondientes a los simples particulares, aunque inferiores a los de los políticos; criterio que como veremos más adelante, es directamente acogido por el Tribunal Supremo.

La conclusión que podemos extraer de todo lo anterior es que para el TEDH:

(i) La libertad de expresión es uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones principales de su progreso y del desarrollo del individuo y ampara no sólo las ideas inofensivas o indiferentes, sino también las que molestan, chocan o inquietan; incluso ampara las ideas que ofenden a una parte sustancial –o mayoritaria- de la sociedad.

(ii) Es un derecho especialmente valioso para una persona elegida por el pueblo, pues representa a sus electores, señala sus preocupaciones y defiende sus intereses.

(iii) Los límites a la crítica a los funcionarios son más amplios que respecto a los particulares.

(iv) Se trata de un derecho que puede ser restringido, pero goza de especial protección en lo que se refiere a los representantes políticos, a los que se debe otorgar el derecho a un componente de provocación.

(v) Sólo la incitación a la violencia o el discurso del odio son límites aceptables a la luz del Convenio de Roma para la restricción de la libertad de expresión de los representantes populares.

Y, la conclusión de cuáles son los parámetros valorativos o criterios de decisión inexcusables para ponderar e interpretar los delitos relacionados con el derecho de libertad de expresión, criterios de decisión tantas veces reiterados por la jurisprudencia nacional e internacional, como son -dicho sintéticamente- la condición política del autor, la ocasión o escenario y contexto y la conexión con asuntos de interés general y carácter también público del destinatario y, cualesquiera otras circunstancias que pudieran concurrir.

Por tanto, para realizar un correcto proceso de subsunción de las expresiones proferidas por el recurrente ha de partirse de todos estos criterios anteriormente consignados, debiendo tenerse en cuenta, inexcusablemente, (i) que el querellado era en el momento de las declaraciones el presidente de SORTU, un partido político legal que expresamente ha renunciado a la violencia, y miembro electo del Parlamento Vasco, y (ii) que indudablemente actuaba en calidad de tal en el momento de realizar sus declaraciones, aunque las realizase fuera del ámbito estrictamente parlamentario; declaraciones estas de indudable interés público, al menos para una parte sustancial de la

sociedad en su ámbito de actuación política, realizadas con inmediata posterioridad a la detención el 12 de enero de 2015 por la Guardia Civil de varias personas, entre ellas doce abogados que habitualmente defienden a miembros de la organización terrorista ETA, en cumplimiento de lo ordenado por el Juzgado Central de Instrucción número 6 –aspecto en el que estos hechos se asemejan a las declaraciones que dieron lugar al Asunto Otegi- y que no suponen incitación a la violencia o propagación del proscrito discurso del odio, aunque sean molestas, chocantes o inquietantes; pero irrelevantes penalmente a la luz de la doctrina del TEDH en tanto se limitan a realizar una crítica política, relevante al menos para sus seguidores, de lo que había ocurrido el 12 de enero de 2015.

Porque las frases proferidas por el querellado respecto a la Guardia Civil –la reclamación histórica de una parte de la sociedad vasca de que abandone el País Vasco– aunque supongan el rechazo de la propia existencia del Cuerpo, simple y llanamente por lo que es: un Cuerpo de Seguridad del Estado, evidentemente rechazables moral y socialmente, no pueden ser sancionadas penalmente, a riesgo, claro está, de perjudicar la pluralidad ideológica de nuestro sistema.

Y es que la eventual coincidencia de un discurso político con expresiones utilizadas por la organización terrorista ETA, según aparece en los informes policiales obrantes en autos, no convierte en delictivas unas declaraciones que por sí mismas no lo son, pues la responsabilidad penal es únicamente personal.

Es decir, aunque no compartamos las declaraciones efectuadas, el resultado al que nos lleva el artículo 10 del Convenio de Roma y la jurisprudencia del TEDH sobre el mismo no puede ser otro que considerar que los hechos relatados en el auto impugnado no pueden ser considerados delictivos.

IV.6 Dicho lo anterior, y aunque sólo la aplicación de la jurisprudencia internacional, -recordemos que es criterio interpretativo vinculante conforme al artículo 10.2 de la Constitución- hubiese servido para estimar el recurso, veremos que tanto el legislador nacional como nuestros órganos supremos encargados de aplicar el Derecho –TC y TS- nos llevan a considerar que es acorde a Derecho estimar el recurso planteado.

IV.7 En primer lugar, han sido las Cortes Generales las que han positivizado este principio de que la libertad de expresión sólo puede limitarse en los supuestos en que suponga una manifestación del proscrito discurso del odio; así, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal:

“Se modifica la regulación de las conductas de incitación al odio y a la violencia por un doble motivo: de una parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías; y de otra, se trata de conductas que deben ser objeto de una nueva regulación ajustada a la Decisión Marco 2008/913/JAI, que debe ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico.

Se regulan conjuntamente, y de un modo ajustado a la exigencia de la Decisión Marco 2008/913/JAI, más amplio que el actual, los antiguos artículos 510 y 607 del Código Penal. El cambio de ubicación del artículo 607 viene justificado por el propio texto de la Decisión Marco y por el hecho de que el Tribunal Constitucional haya impuesto que la negación del genocidio solamente puede ser delictiva como forma de incitación al odio o a la hostilidad. De igual forma, la Decisión Marco impone la tipificación de la negación del genocidio en la medida en que se trate de una forma de incitación al odio contra minorías.

La nueva regulación tipifica dos grupos de conductas: de una parte, y 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; y de otra parte, los actos de humillación o menosprecio contra ellos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos o sus integrantes con una motivación discriminatoria, sin perjuicio de su castigo más grave cuando se trate de acciones de incitación al odio o a la hostilidad contra los mismos, o de conductas idóneas para favorecer un clima de violencia.”

Es decir, que el propio legislador ha dejado claro, siguiendo la doctrina del TC que cita, y que luego veremos, que la libertad de expresión solo puede ser coartada penalmente cuando suponga la incitación al odio o a la violencia.

IV.8 Y es que la sentencia del TC de 7 de noviembre de 2007 (núm. 235/07, BOE del 10 de diciembre de 2007), citada en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 10/2015 amplía el ámbito de la libertad de expresión en el discurso político respecto a los criterios del TEDH, concluyendo que los únicos límites al ejercicio del derecho amparado por el artículo 20.1.a) de la Constitución son el discurso del odio o la incitación a la violencia:

“Estos límites coinciden, en lo esencial, con los que ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del apartado segundo del art. 10 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH). En concreto, viene considerando (por todas, Sentencia Ergogdu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999) que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado «discurso del odio», esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. En este punto, sirve de referencia interpretativa del Convenio la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia (SSTEDH Gündüz c. Turquía de 4 de diciembre de 2003, § 41; Erbakan c. Turquía, de 6 de julio de 2006).

(...)

De esta manera, el amplio margen que el art. 20.1 CE ofrece a la difusión de ideas, acrecentado, en razón del valor del diálogo plural para la formación de una conciencia histórica colectiva, cuando se trata de la alusión a hechos históricos (STC 43/2004, de 23 de marzo), encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquéllas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables...”

Es decir, que no habiéndose producido un discurso del odio o incitación a la violencia prevalecerá el derecho a la libertad de expresión incluso cuando las declaraciones sean infamantes o contrarias al sentir mayoritario de la sociedad.

IV.9 El siguiente paso a tener en cuenta son los pronunciamientos del TS, en concreto el tratamiento que da a la libertad de expresión en los supuestos de trámite de admisión de querellas contra aforados en relación con el artículo 504 del Código Penal u otros que protegen bienes jurídicos similares.

Empezando por el más cercano en el tiempo, el auto de 24 de julio de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:6604A) enjuicia, como decíamos, un supuesto muy parecido al nuestro, pues se trataba de las siguientes declaraciones realizadas por el querellado en un acto de campaña electoral:

“Este es el mismo Gobierno que mientras mandaba a la Guardia Civil a asesinar inmigrantes en la valla de Melilla...aprobaba una Ley de Extranjería que otorgaba permiso de residencia para extranjeros que comprasen viviendas de más de medio millón de euros”

Frente al autor formuló querrela la Unión de Oficiales de la Guardia Civil Profesional imputándole la comisión de un delito del artículo 504.1 y 2 CP; pues bien, la Sala inadmitió a trámite la querrela diciendo:

“La disputa se mueve, por consiguiente, en un marco en el que el ejercicio de las libertades de expresión e información están en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyen, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general. Pues así lo requiere el pluralismo político para no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en un Estado democrático (STC 105/1990; STEDH, caso Castells, 23 de abril de 1992).

Y es que no puede olvidarse que las libertades del art. 20 de la Constitución no

solo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino también condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático, que por lo mismo trascienden el significado común y propio de los demás derechos fundamentales (STC 101/1990, de 11 de noviembre).

(...)

Es claro que, tal como alega el Ministerio Fiscal, los términos en que se expresó el Diputado resultan innecesariamente duros, sin embargo, han de ser entendidos sus excesos como una forma de resaltar el mero contraste de criterios políticos en el ámbito de la inmigración, jugando para ello con el resultado de los incidentes que habían tenido lugar en la valla de Melilla. De modo que, aunque es comprensible la queja de la parte querellante, no cabe subsumir en la norma penal el exceso verbal con fines políticos realizado en medio de un discurso de una campaña electoral, pues ello nos llevaría a la penalización de los numerosos excesos retóricos de los mítines electorales, con todas las consecuencias que ello determinaría en un ámbito en que debe primar la libertad de expresión e información, según se ha argumentado en los párrafos precedentes.”

Es decir, que en un supuesto análogo al ahora examinado, incluyendo la eventual atribución de una actuación delictiva a la Guardia Civil, el TS considera que se trata del ejercicio de un derecho constitucionalmente protegido, descartando la comisión de un ilícito penal *ab initio*; creemos irrelevante la consideración realizada por la Abogacía del Estado de que en aquél supuesto las declaraciones se realizaban en un acto electoral, pues la similitud entre ambos supuestos es manifiesta –valoración altamente crítica de las actuaciones realizadas por la Guardia Civil unos días antes, incluyendo la atribución de un delito-, y es notorio que los excesos verbales con fines políticos no son patrimonio exclusivo de los períodos de campaña electoral expresa.

Anteriormente el auto de 17 de enero de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1820A), igualmente inadmite la querrela por injurias a un cuerpo policial con los siguientes argumentos:

“En efecto, es cierto que cuando las declaraciones se refieran a la actuación profesional de funcionarios policiales en el ejercicio de las funciones los límites permisibles para la crítica son más amplios porque están expuestos a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna. En un sistema inspirado en los valores democráticos la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo con relevancia pública (STC 29/2002, de 28-1; 151/2004, de 20-9, 174/2006, de 5-6; 77/2009, de 33-3), aunque ello -obviamente- no significa en modo alguno que, en atención a su carácter público, dichas personas queden privadas de ser titulares del derecho al honor que el art. 18.1 CE garantiza.”

Similares argumentos había expresado ya el Tribunal Supremo en los autos de 15 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:12481A) y 7 de septiembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:12748A), diciendo en este último:

“CUARTO.- En el presente caso el carácter prevalente de la libertad de expresión y, por tanto, la justificación de las expresiones que los sindicatos policiales consideran delictivas, se derivan de la aplicación de los parámetros valorativos que la jurisprudencia constitucional ha venido sugiriendo en numerosos pronunciamientos.- Así se imputa al Excmo. Sr. Fiscal General del Estado, un ataque a la "profesionalidad" y "honorabilidad", constitutivos de injurias, al Cuerpo Nacional de Policía, cuya representación y defensa ante esta Sala, dicen ostentar los tres sindicatos policiales querellantes. De la naturaleza de las declaraciones objeto de la querrela, dependerá la decisión acerca de si es la libertad de información la que está en juego. Así en el citado auto decíamos: "...la libertad de expresión tiene por objeto opiniones o juicios de valor. La libertad de información, por el contrario, se refiere a hechos. Esta diferente caracterización tiene una indudable incidencia a la hora de definir, los límites de cada una de aquellos derechos. Y es que mientras los hechos son susceptibles de prueba, el carácter abstracto de las opiniones o los juicios de valor impide una demostración de su exactitud...".”

Como vemos, en todos ellos se inadmitió a trámite la correspondiente querrela, lo que supone que para el alto Tribunal es indudable que los Cuerpos de Seguridad se encuentran sometidos a la crítica pública en un Estado de Derecho.

IV.10 También ha valorado el Tribunal Supremo el papel decisivo de la libertad de expresión actuando como Sala de casación; así por ejemplo la sentencia de 17 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:812) dice:

“El pluralismo como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico obliga al Estado a garantizar la visibilidad de las distintas opiniones presentes en la sociedad, sobre todo de las voces silenciadas -más cuando soportan mensajes sobre violaciones graves de derechos humanos básicos-frente a las voces habitualmente sobrerrepresentadas, si se quiere un debate público "sin inhibiciones, de forma vigorosa y abierta" (expresión acuñada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en la época del presidente Warren, en el paradigmático caso *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 US 254, 1964, sentencia redactada por el juez Brennan, que recordaba cómo la libertad de expresión, a pesar de excesos y abusos, es esencial en una democracia).

(...)

La Sala no puede sino identificarse con la necesidad de una acotación expansiva del derecho a la libertad de expresión, como garantía de la pervivencia misma del Estado de Derecho. Son numerosos los ejemplos de nuestra jurisprudencia en los que venimos propugnando una delimitación in extenso de ese derecho, de modo reiterado, cuando contiene con el derecho al honor de los personajes públicos o privados (cfr. SSTS 587/2013, 28 de junio; 843/2014, 4 de diciembre y AATS 7 noviembre 2014, 23 mayo 2014, 12 marzo 2014 y 28 junio 2013, todos ellos dictados en causas especiales contra aforados).”

Es decir, el Tribunal igualmente se inclina por una interpretación extensiva del derecho a la libertad de expresión, pues es garantía de la propia existencia del Estado de Derecho.

IV.11 De toda la jurisprudencia anterior puede deducirse que el problema de valorar dentro del orden penal las manifestaciones que se consideran presuntamente injuriosas, adquiere una especial dimensión en el caso en que tales manifestaciones son realizadas por personas con relevancia en la gestión de los asuntos públicos y todavía más cuando los “destinatarios” de las declaraciones son a su vez instituciones de naturaleza también pública.

Se trata de supuestos en los que la ponderación del derecho a la libertad de expresión –art. 20.1.a) de la Constitución y 10 del Convenio de Roma- debe hacerse, como hemos visto, partiendo de la preponderancia del citado derecho, pues la formación de la opinión pública es fundamento del resto de los derechos en una democracia, de forma que sólo si existe un real derecho al ejercicio de la libertad de expresión puede hablarse de un Estado de Derecho; es por eso que sólo puede ser límite al ejercicio de tal derecho la propagación del discurso del odio o la incitación a la violencia, pero no el mal gusto o la ofensa que pueda suponer lo dicho.

Y en este caso, teniendo en cuenta los hechos que relatábamos al final del apartado IV.5 es indudable que el recurrente ejercitaba una actividad de formación de opinión pública en su condición de responsable de SORTU en relación con una operación realizada por la Guardia Civil –cuerpo, como hemos visto, sometido a la crítica del público según jurisprudencia internacional y nacional- unos días antes; operación sobre la que emitía su opinión en ejercicio de su libertad de expresión, sin que quepa considerar estas manifestaciones como incitadoras de la violencia o relacionadas con el discurso del odio; sin perjuicio, como decíamos, de que sean reprobables e inapropiadas.

Todo lo anterior supone que el recurso de apelación frente al auto de 26 de abril de 2016 dictado en las diligencias previas 3/2015 debe ser estimado pues las declaraciones por las que se formuló querrela contra el hoy recurrente se encuentran amparadas por el derecho a la libertad de expresión garantizado por los artículos 10 del Convenio de Roma y 20.1.a) de la Constitución.

En consecuencia, y conforme al artículo 637.2º LECr procede el sobreseimiento libre y archivo definitivo de las actuaciones, por no ser constitutivos de delito los hechos por los que en su día se formuló querrela.

Y, en virtud de lo expuesto, la Sala acuerda,

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por don Asier Arraiz Barbadillo contra el auto dictado por el Magistrado Instructor el 26 de abril de 2016 en las diligencias previas 3/2015.

ACORDAR el sobreseimiento libre y el archivo definitivo de las actuaciones, por no tener carácter delictivo los hechos investigados.

Se declaran de oficio las costas causadas.

Remítase al Magistrado Instructor certificación de esta resolución, para cumplimiento de lo acordado, archivándose el rollo.

Este auto es firme y contra el mismo no cabe recurso.

Lo acuerdan, mandan y firman la Ilma. Sra. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados que lo encabezan. Doy fe.