

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Penal**

**AUTO**

**CAUSA ESPECIAL**

**Nº de Recurso:** 20211/2014

**Fallo/Acuerdo:** Auto Archivo Querrela o Denuncia

**Procedencia:** QUERELLA

**Fecha Auto:** 23/05/2014

**Ponente Excmo. Sr. D.:** José Ramón Soriano Soriano

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

**Escrito por:** FGR

**Causa Especial**

***Recurso N°:*** 20211/2014

***Ponente Excmo. Sr. D.:*** José Ramón Soriano Soriano

***Secretaría de Sala:*** Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

## ***TRIBUNAL SUPREMO*** ***Sala de lo Penal***

### ***AUTO***

***Excmos. Sres.:***

**D. Juan Saavedra Ruiz**

**D. José Ramón Soriano Soriano**

**D. José Manuel Maza Martín**

**D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

**D. Francisco Monterde Ferrer**

---

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Mayo de dos mil catorce.

### **I. HECHOS**

**PRIMERO.-** Con fecha 18 de marzo pasado el Procurador Don Juan Manuel Caloto Carpintero, en nombre y representación de la ASOCIACION PARA LA RECUPERACION DE LA MEMORIA HISTORICA y de DON EMILIO SILVA BARREDA, en su condición de Presidente, presentó escrito en el Registro General de este Tribunal Supremo, formulando querrela contra DON RAFAEL ANTONIO HERNANDO FRAILE, que ostenta la condición de Diputado en Las

Cortes Generales en la presente X Legislatura, conforme consta acreditado en autos, por presunto delito continuado de injurias graves hechas con publicidad.

**SEGUNDO.-** Formado rollo en esta Sala y registrado con el núm. 3/ 20211/2014, por providencia de 19 de marzo se designó Ponente para conocer de la presente causa y conforme al turno previamente establecido, al Magistrado de esta Sala Excmo. Sr. Don José Ramón Soriano Soriano y se requirió al querellante por diez días a los efectos del art. 277 de la ley de Enjuiciamiento Criminal.- Cumplimentado el cual se remitieron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y fondo.

**TERCERO.-** El Ministerio Fiscal, en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 6 de mayo pasado en el que dice:

*"...Que los hechos objeto de querrela se dirigen contra una persona que ostenta la condición de Diputado en las Cortes Generales, extremo que además de ser notorio, está documentado en las actuaciones. siendo eso así, creemos que la competencia para la instrucción y enjuiciamiento de las actuaciones corresponde al Tribunal Supremo, de acuerdo con lo establecido en el art. 57.2 de la ley Orgánica del Poder Judicial.- Que los hechos aparecen calificados como de delito continuado de injurias con publicidad, cometido contra particulares. Ese delito exige para su investigación de la interposición de querrela del ofendido (art. 215 del Código Penal), requisito que se ha cumplido en el presente caso. Sin embargo, el art. 105 de la LEcrm. al establecer las obligaciones genéricas de la intervención del Ministerio Fiscal en la generalidad de procedimientos penales, excluye de su ámbito aquellas causas "que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada". Este es el caso que nos ocupa. De lo anterior se infiere que el Ministerio Fiscal carece de legitimación para actuar en causas como la presente, de suerte*

*que se solicita de esa Excma. sala que tenga por apartado al Fiscal de la presente causa, por las razones antedichas..."*

## **II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** La representación procesal de la ASOCIACIÓN PARA LA RECUPERACIÓN DE LA MEMORIA HISTÓRICA y de DON EMILIO SILVA BARREDA, en su condición de Presidente, ha presentado querrela criminal contra RAFAEL ANTONIO HERNÁNDEZ FRAILE, Diputado, al que imputan un delito continuado de injurias graves hechas con publicidad y contra el canal de TV "13 TV". En ella narran que el día 4 de noviembre de 2013, se emitió en dicha televisión el programa "El cascabel al gato", programa en el que el querrellado participó y moderando las intervenciones su presentador, en dicha emisión el querrellado procedió a verter las afirmaciones siguientes:

*"Algunos se han acordado de su padre, parece ser cuando había subvenciones para encontrarlos". Interpelado por otro tertuliano, Rafael Antonio Hernando, manifestó: "...¡si! esto ha pasado, esto ha sido..." y "lo que no hago es un debate falso de esto". Los querellantes consideran que dichas afirmaciones atentan directamente contra el honor y la dignidad de los hijos, así como del resto de familiares de víctimas del franquismo.- Que tras la entrevista al diario.es el querrellado se afirma en su falsedad de los hechos, toda vez que preguntado por el entrevistador, manifiesta:*

*"P. ¿Se arrepiente de sus declaraciones?. R. ¿Porqué me voy a arrepentir de decir cosas que dicen que he dicho y que yo no he dicho?...P. Pero está grabado...¿No dijo usted que los familiares de las víctimas solo se acuerdan de sus muertos cuando hay subvenciones?. R. En absoluto...Yo en ningún caso he hecho acusaciones generalizadas sobre*

*este asunto. P. ¿No va a pedir entonces perdón?. R. ¿pero porque voy a pedir perdón? ¿ A quien se sienta ofendido por unas declaraciones que yo no he hecho?. Pues mire usted, si alguien se siente ofendido por unas declaraciones que yo no he hecho, pues allá él. Sencillamente...No tengo mas que decir. Es absurdo. P. Vamos, que no va a rectificar. R. Pero...¿como voy a rectificar una cosa que yo no he dicho?. Es que todo esto es absurdo. Otro ejemplo lo encontramos en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente. Sesión Plenaria núm. 1587. Celebrada el 18 de diciembre de 2013, pag. 32, que se aporta como doc. núm. 6, quedando registrado en el diario de sesiones el siguiente tenor literal "El Señor Hernando Fraile: Yo no lo he dicho"...".*

**SEGUNDO.-** En orden a la competencia, dirigiéndose la querrela contra un Diputado, esta Sala es competente conforme ala rt. 71.3 CE y 57.1.2º LOPJ.

**TERCERO.-** En cuanto al fondo de la querrela, corresponde ahora determinar si los hechos en ella contenidos tienen entidad suficiente para provocar la apertura de un procedimiento penal contra un aforado o por el contrario debe de estarse a lo dispuesto en el art. 313 LECrm.

Es oportuno recordar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y de esta Sala en relación con los delitos de injurias y calumnias, cuando entra en conflicto la libertad de expresión e información con el derecho al honor, así el T.C. en la sentencia 39/2005 de 28 de febrero, nos recuerda que si bien 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 injuria y calumnia, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información 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 dichas libertades, 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 de este Tribunal, 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 2001, de 15 de enero). Ello entraña la necesidad de que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que el Juez penal debe examinar, en aquellos casos en los que se haya alegado el ejercicio legítimo de las libertades del art. 20.1 a) y d) CE, si los hechos no han de encuadrarse, en rigor, dentro de ese alegado ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en el citado precepto constitucional, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar puesto que las libertades del art. 20.1 a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa 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; 232/1998, de 30 de diciembre). Es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito (SSTC 2/2001, de 15 de enero; 185/2003, de 27 de octubre).

Tanto el Tribunal Constitucional como esta Sala han reiterado el valor preponderante de las libertades del art. 20 de la Constitución, así en la Sentencia ya citada 39/2005, de 28 de febrero, se declara que cuando las libertades de expresión e información operan como instrumentos de los derechos de participación política debe reconocérsele, si cabe, una mayor

amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles «especialmente resistente(s), inmune(s) a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar. Igualmente se dice en esa STC que, en estos casos, quedan amparadas por las libertades de expresión e información no sólo críticas inofensivas o indiferentes, «sino otras que puedan molestar, inquietar o disgustar» (STC 110/2000; en el mismo sentido, STC 85/1992, de 8 de junio, y SSTEDH, de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside contra Reino Unido, y de 8 de julio de 1986 caso Lingens contra Austria).

En esa misma línea, el propio Tribunal Constitucional, considera – Cfr. STC 101/1990, de 11 de noviembre- que las libertades del art. 20 de la Constitución no sólo 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.

Coincide esta doctrina del Tribunal Constitucional con la que emana del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en Sentencia 38/2004, de 27 de mayo, caso Vides Aizsardzibas Klubs contra Letonia, al interpretar el artículo 10, declara que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada individuo (ver Sentencia *Lingens contra Austria* de 8 julio 1986). Con la salvedad del párrafo segundo del artículo 10, no sólo comprende las «informaciones» o «ideas» acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que chocan, ofenden o

inquietan; así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una «sociedad democrática» (Sentencias *Handyside contra Reino Unido* de 7 diciembre 1976, y *Jersild contra Dinamarca* de 23 septiembre 1994). Como precisa el artículo 10, el ejercicio de la libertad de expresión está sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones y sanciones que deben no obstante interpretarse estrictamente, debiendo establecerse su necesidad de forma convincente (ver, entre otras, Sentencias *Observer y Guardian contra Reino Unido* de 26 noviembre 1991; *Jersild contra Dinamarca*, anteriormente citada; *Janowski contra Polonia*; *Nielsen y Johnsen contra Noruega*).

Esta Sala del Tribunal Supremo igualmente tiene declarado (Cfr. Sentencia 26 de abril de 1991) que la libertad de expresión tiene la jerarquía propia de una garantía esencial de un Estado en el que se reconoce a la libertad y al pluralismo político el carácter de "valores superiores de su ordenamiento jurídico" (art. 1 CE) y que, consecuentemente no puede excluir el derecho a expresar las ideas y convicciones cuando éste aparezca como un interés preponderante sobre el honor, particularmente cuando se trata de la formación de la opinión pública en cuestiones político-estatales, sociales, etc.

Pero no es menos cierto que la propia Constitución, no obstante la trascendencia y el carácter preponderante que se debe atribuir a la libertad de expresión, reconoce –art. 20.4– que no es un derecho ilimitado y absoluto, y que existen límites por el respeto debido a otros derechos fundamentales y en concreto hace expresa referencia al derecho al honor.

Ello igualmente ha sido recogido en Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de esta propia Sala del Tribunal Supremo.



Así, en la STC 39/2005, de 28 de febrero, se dice que el valor especial que la Constitución otorga a las libertades de expresión e información *«no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como garantía de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, es decir, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general, careciendo de tal efecto legitimador cuando las libertades de expresión e información se ejerciten de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la Constitución les concede su protección preferente»* (STC 171/1990, de 12 de noviembre). E igualmente se declara que ello 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 (SSTC 190/1992; y 105/1990)» [STC 336/1993, de 15 de noviembre]. También en este ámbito es preciso respetar la reputación ajena (art. 10.2 CEDH, SSTEDH caso Lingens, de 8 de julio de 1986 y caso Bladet Tromso y Stensaas, de 20 de mayo de 1999), y el honor, porque estos derechos *«constituyen un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar»* (SSTC 232/2002, de 9 de diciembre; 297/2000, de 11 de diciembre; 49/2001, de 26 de febrero; y 76/2002, de 8 de abril). Sigue diciendo que, en efecto, desde la STC 104/1986, de 17 de julio, hemos establecido que, si bien *«el derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos [art. 20.1 a) CE] dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para su exposición (SSTC 105/1990, de 6 de junio), no es menos cierto que también hemos mantenido inequívocamente que la Constitución no reconoce en modo alguno (ni en ese ni en ningún otro precepto) un pretendido derecho al insulto. La Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, pero de la protección*

*constitucional que otorga el art. 20.1 a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquéllas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate)* (SSTC 107/1988, de 8 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 200/1998, de 14 de octubre; 180/1999, de 11 de octubre; 192/1999, de 25 de octubre; 6/2000, de 17 de enero; 110/2000, de 5 de mayo; 49/2001, de 26 de febrero; y 204/2001, de 15 de octubre).

Asimismo ha declarado que se deben excluir del ámbito de protección de dicha libertad de expresión las frases y expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, que sean innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto (SSTC 6/2000 de 17 de enero y 158/2003, de 15 de septiembre).

Con igual criterio se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional 127/2004, de 19 de julio, en la que se expresa que el art. 20.1 a) CE no tutela un pretendido derecho al insulto, pues la «reputación ajena», en expresión del art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH, caso Lingens, de 8 de julio de 1986; caso Barfod, de 22 de febrero de 1989; caso Castells, de 23 de abril de 1992; caso Thorgeir Thorgeirson, de 25 de junio de 1992; caso Schwabe, de 28 de agosto de 1992; caso Bladet Tromsø y Stensaas, de 20 de mayo de 1999), *"constituye un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar"*.

Aplicando la doctrina jurisprudencial mencionada al caso que examinamos, aparece como cuestión esencial determinar si el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información, reconocidos en el art.

20 CE, cumple con las exigencias del principio de proporcionalidad y si se manifiesta o no constitucionalmente legítimo.

Tras el visionado de la grabación del programa aportado junto con la querrela como documento núm. 2.- Esta Sala ha procedido a un obligado análisis previo a la aplicación del tipo penal, si en la conducta concurren aquellos elementos que la Constitución exige en su art. 20.1 a) y d) para tenerla por un ejercicio de las libertades de expresión, lo que le impone comprobar, si de opiniones se trata, la ausencia de expresiones manifiestamente injuriosas e innecesarias para lo que se desea manifestar. Pues si la opinión no es formalmente injuriosa e innecesaria no cabe la sanción penal, ya que la jurisdicción penal, que debe administrar el *ius puniendi* del Estado, debe hacerlo teniendo en cuenta que la aplicación del tipo penal no debe resultar, ni desalentadora del ejercicio de las libertades de expresión e información, ni desproporcionada, ya que así lo impone la interpretación constitucionalmente conforme de los tipos penales, rigurosamente motivada y ceñida al campo que la propia Constitución ha dejado fuera del ámbito protegido por el art. 20.1 CE.

En el caso que nos ocupa ubicándose los hechos en el eventual ejercicio de la libertad de expresión, al limitarse a la emisión de un juicio de valor sobre algunas conductas, nuestro análisis deberá escrutar la concurrencia en las expresiones del querrellado de los requisitos exigidos en el art. 20.1 a) CE, para que el acto comunicativo merezca la protección constitucional, comprobando que la opinión emitida no contiene expresión vejatoria, así "algunos se han acordado", no es una expresión generalizada ni categórica "parece ser" y además surgen en el curso de un programa de debate público que versen sobre asuntos de interés público, de modo que en este contexto las expresiones quedan amparadas por la libertad de expresión, pues en ellas se cobijan críticas inofensivas o indiferentes e incluso otras que puedan molestar, inquietar o disgustar.- Puesto que las opiniones del querrellado no pueden considerarse formalmente injuriosas, y

encontrándose amparadas en el ejercicio de la libertad de expresión, solo procede, al no ser los hechos constitutivos de ilícito penal alguno, la inadmisión a trámite de la querrela conforme al art. 313 LECrm..

### **III. PARTE DISPOSITIVA**

**LA SALA ACUERDA:** 1º) Declarar la competencia de esta Sala para conocer de la querrela presentada por la representación procesal del querellante ASOCIACIÓN PARA LA RECUPERACIÓN DE LA MEMORIA HISTÓRICA y de DON EMILIO SILVA BARREDA, en su condición de Presidente, contra el Diputado DON RAFAEL ANTONIO HERNANDO FRAILE. Y, 2º) Inadmitir a trámite la misma por no ser los hechos constitutivos de ilícito penal alguno, procediendo al archivo de lo actuado.

Así lo acordaron, mandaron y firman los Excmos. Sres. que han formado Sala para ver y decidir la presente, de lo que como Secretario, certifico.

D. Juan Saavedra Ruiz

D. José Ramón Soriano Soriano

D. José Manuel Maza Martín

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer