

CAUSA ESPECIAL núm.: 20280/2020

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

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

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

**Auto núm. /**

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 16 de noviembre de 2020.

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

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 28-4-2020 tuvo entrada en el Registro General del Tribunal Supremo, escrito de querrela presentada por el procurador D. Juan Manuel Caloto Carpintero, en nombre y representación de la Asociación sin ánimo de lucro "Trece Rosas Asturias", D. Antonio Paje Conesa y D<sup>a</sup>. Constanza Paje García, contra D. Francisco Javier Ortega Smith-Molina, por el delito de calumnias y delito continuado de injurias graves hechos con publicidad, con arreglo a lo establecido en el art. 277 LECrim y 205 y ss CP, en base a que el querellado el 4-10-2019 en el programa "Los Desayunos de TVE" afirmó sobre las 13 jóvenes republicanas conocidas como las Trece Rosas, asesinadas en 1939 durante la dictadura franquista:

- Sabe cómo se ha mentado en la historia hablando de algunas que llamaban las Trece Rosas, resulta que lo que hacían era torturar, violar y asesinar vilmente.

- ¿Las trece rosas violaban?.

- Sí, sí, cometieron crímenes brutales en las checas.

Considera que estas manifestaciones vertidas por el Sr. Ortega Smith-Molina, constituyen un atentado al honor de los querellantes y de la sociedad española en su conjunto, al ser los hechos absolutamente inciertos, efectuadas con un temerario desprecio a la verdad. Las Trece Rosas, fueron trece jóvenes de entre 18 y 29 años, injustamente acusadas y condenadas por un asesinato que nunca cometieron. En ningún caso es admisible agredir la memoria de quienes fueron asesinados por defender la democracia y la libertad de España.

Y consideran además que el delito es continuado porque el querellado, en diversos medios de comunicación, ha declarado que "no voy a pedir perdón por algo que es verdad. Cualquier español tiene todo el derecho del mundo a opinar lo que quiera sobre un hecho histórico y vamos a coincidir en eso. Creemos en la absoluta libertad para opinar lo que queramos sobre nuestra

historia. A nosotros no nos van a imponer la memoria histórica que se les ocurre a algunos".

**SEGUNDO.-** Por providencia de 29-4-2020 de este Tribunal Supremo se tuvo por recibido el anterior escrito de querrela, formándose el correspondiente rollo y designándose ponente, interesándose del Ilmo. Sr. Secretario de Gobierno del Tribunal Supremo certificación acreditativa de si D. Francisco Javier Ortega Smith-Molina ostenta en la XIV Legislatura la condición de Diputado o Senador y requerir al querellante, a través de su representación procesal, para que en el plazo de 10 días aporte poder especial para interponer querrela.

**TERCERO.-** Por providencia de 24-6-2020 se tuvo por cumplimentado lo acordado por esta Sala el 29-4-2020 y se acordó pasar las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y contenido de la querrela formulada.

**CUARTO.-** El Ministerio Fiscal con fecha 24-7-2020 emitió informe interesando la unión a la presente querrela de las diligencias de investigación de la Fiscalía del Tribunal Supremo 20/2019, incoadas el 6-11-2019 por Decreto del Teniente Fiscal del TS, en virtud de denuncia presentada ante esa Fiscalía General por D. Victorino Granizo Calvo, como representante legal de la Asociación Centro Cultural Trece Rosas, así como por D<sup>a</sup>. Alicia Jimeno Mazanero y D<sup>a</sup>. Ángeles González Ferrer, estas dos últimas como descendientes de las trece mujeres fusiladas el 5-8-1939 y conocidas como "Las Trece Rosas", denuncia dirigida contra D. Francisco Javier Ortega Smith, Diputado en Cortes por el partido político VOX. A estas diligencias se habían acumulado las denuncias presentadas el 16-10 y 24-10-2019 por D. Francisco José Alonso Rodríguez en representación de la Liga Española, Federación Española y Federación Internacional Pro Derechos Humanos España, que dio lugar a las Diligencias de Investigación Penal 608/2019 de la Fiscalía Provincial de Madrid, por delitos de calumnias y provocación al odio.

Asimismo interesó:

- Se declare la competencia de esta Sala Segunda para el conocimiento de los hechos objeto de estas diligencias, art. 57.1-2 LOPJ.

- Se inadmita la querella formulada por el procurador D. Juan Manuel Caloto Carpintero por falta de legitimación.

- No obstante lo anterior, dada la existencia de un posible delito relativo al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas del art. 510 CP, procede la continuación de la causa, debiéndose nombrar por ello magistrado instructor, art. 57.2 LOPJ.

**QUINTO.-** Con fecha 4-8-2020 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo escrito de ampliación de querella ejercitando la acción particular, conforme al art. 7.3 LOPJ y subsidiariamente la acción popular prevista en el art. 125 CE y en el art. 19.1 LOPJ, por el procurador D. Juan Manuel Caloto Carpintero, en nombre y representación de la Asociación "Trece Rosas Asturias" y D. Antonio Paje Conesa y D<sup>a</sup>. Constanza Paje García, por un delito de odio del art. 510 CP, compartiendo el criterio del Ministerio Fiscal, contra D. Francisco Javier Ortega Smith-Molina.

**SEXTO.-** Por diligencia de ordenación de 6-8-2020 se tuvo por recibido el anterior escrito acordando dar cuenta a la Sala, una vez transcurrido el periodo inhábil del mes de agosto, al no tener la consideración de materia urgente, lo que tuvo lugar por diligencia de ordenación de 17-9-2020, por la que se acordó dar traslado al Ministerio Fiscal para informe sobre la ampliación de la querella presentada ejercitando la acusación particular o subsidiariamente la acción popular.

**SÉPTIMO.-** El Ministerio Fiscal por informe fechado el 15-10-2020, interesó que dada la coincidencia en la calificación jurídica de los hechos del escrito de ampliación con lo expresado por el Ministerio Fiscal, procedía tener por ampliada la querella en lo relativo al delito del art. 510 CP, y en atención a la naturaleza y bien jurídico protegido en el tipo de este delito, la personación de

los querellantes, caso de ser admitida la querrela, habría de ser como acusación popular.

**OCTAVO.-** Por diligencia de ordenación de 23-10-2020 se tuvo por evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal y pasar las actuaciones al Magistrado Ponente para que proponga a la Sala la resolución que corresponda.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En cuanto a los delitos de calumnia e injuria se comparte el criterio del Ministerio Fiscal que interesa la inadmisión de la querrela por falta de legitimación activa.

En efecto, el art. 466 CP de 1973 permitía el ejercicio de la calumnia e injuria, además de ciertos parientes del agraviado difunto si trascendieran a ellos las imputaciones, a sus herederos en todo caso. El ejercicio de la acción civil de protección del honor, sin embargo, está permitido a quien la persona fallecida "haya designado a tal efecto en su testamento, y no existiendo tal designación "al cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos" que viviesen al tiempo del fallecimiento del agraviado, e incluso, a falta de todos ellos, al Ministerio Fiscal, que podría actuar de oficio o a instancia de persona interesada, conforme al art. 4 de la LO 1/82, señalándose en su art. 6 que las personas nombradas en el art. 4 pueden ejercitar la acción si el ofendido falleciera sin haberlo podido hacer, así como continuar la acción ya entablada al fallecimiento.

Pero ante el silencio del Código Penal vigente en este punto, se puede concluir que la acción penal por estos delitos se extingue con el fallecimiento del ofendido, de suerte que producido tal evento, solo queda a sus deudos y herederos la acción de protección civil.

En efecto, partiendo de la premisa de que el honor es un derecho de la personalidad, huelga decir que se extingue con el fallecimiento de su titular, quien, en consecuencia, no puede ser sujeto pasivo de este delito, la legitimación procesal para ejercitar la acción por calumnias o injurias que, bajo la normativa anterior se otorgaba a determinados parientes o al heredero del difunto, siempre que el atentado a su honor trascendiera a ellos, ha desaparecido con la reforma de 1995 del contexto de las Disposiciones Generales del Capítulo III aplicables a ambos delitos.

**SEGUNDO.-** En cuanto a la posible comisión de un delito de incitación al odio del art. 510, este precepto en su apartado 1º sanciona a "quienes públicamente fomenten, promuevan o incitan directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología ...".

Y el mismo art. 510.2 se refiere a "quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas y otros referentes a la ideología."

Entienden los denunciante que las manifestaciones vertidas suponen unas graves calumnias e injurias vertidas sobre estas figuras históricas fallecidas ... haciéndolas objeto de humillación, menosprecio o descrédito como acciones catalizadores de mensajes y conductas que pueden fomentar, provocar o incitar de manera directa o indirectamente el odio, hostilidad, discriminación o incluso violencia contra aquellos que defienden, representan o se identifican con el pensamiento e ideología socialista, lesionando por ello la dignidad de éstos, por lo que pudieran ser tales expresiones constitutivas de un delito de odio o un ataque del derecho fundamental al honor de las personas fallecidas.

En la misma línea incide el Ministerio Fiscal en su informe de 24-7-2020 y los querellantes en la ampliación de la querrela de 4-8-2020 por un delito de odio formulada por la representación de la Asociación sin ánimo de lucro "Trece Rosas Asturias", D. Antonio Paje Conesa y D<sup>a</sup>. Constanza Paje García. Y señalar que ciertamente, las afirmaciones de que las trece rosas lo que hacían era torturar, violar y asesinar vilmente, tiene aptitud y seriedad suficientes para conformar un sentimiento lesivo para la dignidad de las personas así calificadas y de las que en el día de hoy participan de la misma ideología, de quienes teniendo ideología socialista en absoluto se han manifestado conformes con lo sucedido en las checas.

Las manifestaciones realizadas por el Sr. Ortega Smith-Molina, más allá de referirse a los crímenes sucedidos en las checas, achaca a las llamadas "Trece Rosas", no una ideología, sino hechos concretos: asesinar, torturar y violar. Tampoco dice que esa época se torturó, violó y asesinó, haciendo responsable de tal conducta a la ideología de las procesadas, sino que les achaca personalmente tales crímenes ... algunas de las que llamaban las trece rosas que resulta que lo que hacían era torturar, violar y asesinar vilmente ... afirmación que queda refrendada ante la pregunta del entrevistador ¿las trece rosas violaron? contestando: "Sí, sí, cometieron crímenes brutales en las checas".

Todo ello supone no solo un ataque a la dignidad de las personas que mantienen tal ideología, sino también un peligro potencial, pero real, para las mismas, al incitar a terceras personas al odio sobre un colectivo basado en su ideología, creando o incrementando un peligro para tal colectivo o sus componentes.

**TERCERO.-** El delito del art. 510.1 en su primitiva redacción sancionaba a quienes provocaren al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos recogidos en el precepto. En la actual redacción reforma LO 1/2015, de 30-3, se ha producido una ampliación del mismo, al comprender a "quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del

mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél...".

La utilización en su redacción original del término provocación y ahora fomento, promoción o incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que puede predicarse ese odio, hostilidad o discriminación contra aquellos grupos o personas.

Es claro, sin embargo, que las medidas de reacción contra esta clase de planteamientos y conductas, pueden colisionar con otros derechos y que, además, resultan de especial relevancia para el correcto desarrollo del sistema democrático. Efectivamente, los derechos a la libertad ideológica y a la libertad de expresión permiten, inicialmente, no solo asumir cualquier idea, sino expresarla e incluso, difundirla, y acomodar a ella el desarrollo de la vida propia, siempre con los límites que impone la convivencia respetuosa con los derechos de los demás. La restricción de tales derechos, pues, y más aún el recurso a la sanción penal, requiere de una justificación que solo se encuentra, en palabras del TC, cuando colisiona con otros bienes jurídicos defendibles que se revelen acreedores de una mayor protección, tras la necesaria y previa labor de ponderación. Y no solo eso, sino que será preciso que las características de la colisión sean tales que justifique la sanción penal. La STS 72/2018, de 9-2, en un caso de enaltecimiento del terrorismo del art. 578.2 CP, y de incitación al odio del art. 510 CP, recordó como este último delito sanciona a quienes fomentan, promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos que son recogidos en el precepto (redacción anterior LO 1/2015). El elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en mensaje con un contenido propio del "discurso de odio".

Añade la citada STS 72/2018, que ambos delitos presentan una estructura similar, de lo que el delito de enaltecimiento es la especie del

genérico art. 510 CP y una problemática parecida, relacionada con la colisión de su punición con el derecho a la libertad de expresión. El TC en sentencia 112/2016, de 20-6, perfiló los límites de esa colisión. Tras destacar el carácter fundamental y preeminente que tiene la libertad de expresión, señala el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión, singularmente por las manifestaciones que alienten la violencia, afirma que puede considerarse necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir formas de expresión que propaguen, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia. La función jurisdiccional consiste, en estos casos, en valorar, atendiendo a las circunstancias concurrentes, y la expresión de las ideas vertidas, si la conducta que se enjuicia constituye el ejercicio legítimo lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad o, por el contrario, la expresión es atentatoria a los derechos y a la dignidad de las personas a que se refiere, situación que habrá de examinarse en cada caso concreto.

Bien entendido que con independencia de la protección del derecho al honor, la superación de los límites de los ámbitos protegidos por las libertades ideológicas y de expresión no implica directamente la tipicidad de las conductas. En este sentido debe exigirse para considerar legítima la sanción penal, además de la difusión de ideas, que ello implique una incitación o una provocación al odio a determinados grupos que se detallan en el precepto, de manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación contra aquellos grupos o sus integrantes como tales.

Por lo tanto, los actos de difusión de esta clase de ideas o doctrinas son perseguidos penalmente en cuanto que suponen, en la forma antes dichas, un peligro real para los bienes jurídicos protegidos. No es preciso un peligro concreto, siendo suficiente el peligro abstracto, si bien puede entenderse que es suficiente el peligro potencial o hipotético a medio camino entre aquellos, según el cual lo que importa es la capacidad de la conducta para crear el peligro relevante.

**CUARTO.-** Pues bien, en el caso presente las declaraciones del querellado se producen en el curso de un programa televisivo dedicado a una habitual tertulia de diversos periodistas y analistas políticos en relación con la exhumación de los restos de Franco y su traslado del Valle de los Caídos y la intervención de Ortega Smith se inicia con un alegato a que se debe mirar al futuro "tras una guerra fratricida hubo una reconciliación. Parece que algunos quieren acabar con la transición, con la reconciliación entre los españoles".

A los pocos minutos se vuelve al tema de la memoria histórica, produciéndose entre el entrevistador y el querellado un intercambio de palabras del siguiente tenor:

"- ORTEGA SMITH-MOLINA: "Si hablamos de memoria histórica, hablemos de toda la memoria histórica, no solo de una parte.

Contemos a las generaciones actuales y a las futuras todo lo que ocurrió en esa guerra, para que nunca vuelva a ocurrir

- ENTREVISTADOR: Está documentado en todos los libros de historia

- ORTEGA SMITH-MOLINA: "No, no, ¿A que Vd. ha visto pocos reportajes?, seguramente ha visto pocos reportajes hablando de las checas de Madrid, por ejemplo.

- ENTREVISTADOR: Bueno, unos cuantos hay

- ORTEGA SMITH-MOLINA: ¿Sabe Vd. las torturas que se hacían en las checas? ¿sabe Vd. cómo se ha mentado en la historia hablando de algunas de las que llamaban las trece rosas que resulta que lo que hacían era torturar, violar y asesinar vilmente... ?

- ENTREVISTADOR: ¿Las trece rosas violaron?

- ORTEGA SMITH-MOLINA: Sí, sí, cometieron crímenes brutales en las checas."

-Esta Sala no puede compartir que tales expresiones puedan incardinarse en el delito del art. 510 CP.

En efecto, hemos de partir de la proporcionalidad de la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión. La STC 177/2015, de 22-7

pone de manifiesto los riesgos derivados de la utilización del ius puniendi de la respuesta estatal ante un eventual ejercicio, extralimitado o no, del derecho a la libertad de expresión por la desproporción que puede suponer acudir a esta potestad y el efecto desaliento que ello puede generar. Así, en dicha resolución se afirma que los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser siempre ponderados con exquisito rigor, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, cuando esta liberta entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal. A este respecto se incide en que, cuando esto suceda, esas limitaciones siempre han de ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado, lo que obliga al juez penal a tener siempre presente su contenido constitucional 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 el Estado democrático.

Desde esta perspectiva entender que las afirmaciones del querellado sobre la actuación de las Trece Rosas pueden constituir un sentimiento lesivo para la dignidad de estas personas podría aceptarse -aunque ya se ha anticipado la falta de legitimación activa de los querellantes- pero debe rechazarse la extensión que realizan tanto el Ministerio Fiscal como los querellantes a la de las personas que en el día de hoy participan de la misma ideología que aquellas, y menos aún como una incitación al odio con una capacidad de peligro relevante.

La existencia de este peligro -como ya hemos señalado con anterioridad- depende tanto del contenido de lo difundido como de la forma en que se hace la difusión, sin que pueda dejar de valorarse la sociedad o ámbito social al que se dirigen las expresiones cuestionadas. No se trata de exigir la concurrencia de un contexto de crisis en el que los bienes jurídicos ya estuvieran en peligro que resultaría incrementado por la conducta cuestionada, sino de examinar la potencialidad de la conducta para la creación del peligro, y

en la sociedad española actual -más de 80 años después de los hechos- presenta ya un claro rechazo.

Sin olvidar, y debe también ser destacado, que el querellado, al término de su intervención pronuncia un mensaje que puede calificarse de conciliador: "¿Sabe Vd. lo que ocurre? Al final una guerra es una situación terrorífica en la que se pierde cualquier concepto de justicia y se prima la fuerza cuando se comete este, esta situación en un país, lo que hay que hacer, lo que hay que hacer es buscar la fraternidad, curar heridas e intentar evitar que las generaciones futuras vuelvan a (sentir). Hay jóvenes que no han conocido la guerra...".

## PARTE DISPOSITIVA

**LA SALA ACUERDA:** 1º) Declarar la competencia para conocer de la querella interpuesta contra D. Francisco Javier Ortega Smith-Molina. 2º) Inadmitir la misma por no ser los hechos constitutivos de ilícito penal alguno, decretándose el archivo de las actuaciones.

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

Manuel Marchena Gómez, presidente

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García

Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet

