

# TRIBUNAL SUPREMO

## Sala de lo Penal

### Sentencia núm. 627/2022

Fecha de sentencia: 23/06/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2205/2020

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 22/06/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: OVR

Nota:

#### Resumen

**DELITO DE CALUMNIAS CON PUBLICIDAD:** arts. 205 y 206 del CP.

Imputación a agentes de policía de distintas actuaciones delictivas inveraces.

**LÍMITES LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN:** hemos de coincidir, en línea con la jurisprudencia constitucional y del TEDH, en que la honorabilidad de los funcionarios públicos -los agentes de policía lo son- está expuesta a la difusión de datos e informaciones que pueden erosionar los derechos constitucionalmente asociados a la privacidad. Ese sacrificio estará siempre justificado cuando permita a terceros conocer una realidad sobre cuya existencia converge un interés público. Las personas conocidas socialmente y, en general, todo aquel que ejerza una actividad pública no gozan del blindaje que cualquier otro ciudadano puede tener frente a informaciones inveraces que le afectan. El juicio de balanceo se verifica -valga la expresión- sobre platillos de distinto peso específico. La trascendencia de lo privado en

personajes públicos no puede neutralizar la prevalencia del interés colectivo en conocer la verdad sobre cualquier cuestión de relevancia social.

Pero es más que evidente que esa prevalencia del interés público y el resignado sacrificio de la privacidad de los afectados ha de vincularse necesariamente a la veracidad de lo divulgado. Puede no ser exigible que la verdad impregne todos y cada uno de los contenidos de la información publicada. Pero la veracidad, aun parcial, de lo difundido actúa como presupuesto de la legitimidad constitucional de información.

Y nada de esto concurre en el presente caso. El recurrente atribuyó a dos agentes de policía la condición de torturadores, les imputó públicamente un delito contra la privacidad -acceso a los dispositivos móviles para borrar unas imágenes obtenidas por los testigos de la actuación policial- y la falsificación de certificados médicos que dieran cobertura a heridas que -según alega la defensa- no existieron.

Como hemos apuntado supra, los dos agentes de policía que actuaron en el legítimo ejercicio de sus funciones fueron acusados en la página de Facebook del querellante de un inexistente historial de tortura, de golpear a una anciana y a su familia, de entrometerse sin autorización en los móviles de los que presenciaban los hechos y de actuar bajo los efectos de la cocaína -afirmación esta última incorporada también a Facebook por el coacusado no recurrente.

Es incuestionable que toda actuación de los poderes públicos está sometida a la crítica de cualquier espectador que detecte una acción contraria a los principios constitucionales que hacen legítima la función de los agentes de la autoridad encaminada a la prevención e investigación de los delitos. Está también fuera de dudas que una interpretación restrictiva de la capacidad del ciudadano para oponerse a la actuación de los poderes públicos podría generar un indeseable efecto inhibitorio en el ejercicio legítimo del círculo de derechos que la Constitución reconoce como barrera de protección de los ciudadanos frente a los poderes públicos. Tampoco puede cuestionarse que el

ejercicio del derecho de defensa que constituye la pieza angular del proceso penal puede invitar al imputado -no obligado a decir verdad- a poner en tela de juicio la versión oficial de los hechos reflejados en un atestado. Nada esto es objetable.

Pero en el presente caso, sin embargo, el acusado no vierte sus imputaciones en el marco de un proceso penal, lo hace en una red social -Facebook- a sabiendas de la absoluta desconexión de la verdad respecto de todo aquello que dijo de los dos agentes que habían intervenido en cumplimiento de una resolución judicial.

RECURSO CASACION núm.: 2205/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

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

### **Sentencia núm. 627/2022**

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 23 de junio de 2022.

Esta Sala ha visto recurso de casación con el nº 2205/2020, interpuesto por la representación procesal de **D. GABRIEL DE LA MORA GONZÁLEZ** contra la sentencia dictada el 18 de febrero de 2020 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Salamanca, en el Rollo de Sala nº 40/2019, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2018 dictada en el procedimiento abreviado nº 102/2018 dimanante del Juzgado de lo Penal nº 2 de Salamanca, por la que fue condenado el recurrente como autor responsable de un delito de calumnia con publicidad, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente representado por la procuradora D<sup>a</sup>. Elena Jiménez-Ridruejo Ayuso; y defendido por el letrado D. Javier Díez Vicario, y como parte recurrida D. Julio Alberto Bautista González, representado por la procuradora D<sup>a</sup> Cristina Palma Martínez, bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup> María Nieves Sánchez Biezma Díaz; el Policía Nacional nº 88802, representado por el procurador D. Miguel Ángel Gómez Castaño, bajo la dirección letrada de D. Rubén Sutil Albarrán; y el Policía Nacional nº 93859 representado por el procurador D. Miguel Ángel Gómez Castaño, bajo la dirección letrada de D. Julio Alberto Bautista González, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 1 de Salamanca, tramitó Diligencias Previas núm. 4896/2015 por delito de calumnia con publicidad, contra D. Gabriel de la Mora González; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal nº 2 de Salamanca, (proc. abreviado nº 102/2018) y dictó Sentencia en fecha 20 de noviembre de 2018 que contiene los siguientes hechos probados: «El día 31 de agosto de 2015 se produjo un tumulto o altercado durante la detención de un menor de edad fugado del centro de menores de Zambrana y que tras ser localizado en la ciudad de Salamanca, dio lugar a que se encomendara la detención a una

dotación policial integrada por los agentes del Cuerpo Nacional de Policía con los numero identificativos 88802 y 93859. Varias personas que integraban el grupo familiar o de vecindad del joven detenido, apoyaron a éste y a su familia en contra de la detención y consecuencia de la resistencia que ofrecieron diferentes personas a la detención de dicho menor, se tuvieron que pedir refuerzo, saldándose la actuación con cuatro personas detenidas por delito de atentado a Agentes de la autoridad, resistencia , desobediencia y lesiones.

Por este incidente se siguió en el Juzgado de lo Penal nº 2 de Salamanca, Procedimiento Abreviado nº 108/2017, que terminó con sentencia aún no firme, dictada por dicho juzgado de fecha 28 de marzo de 2018, condenando al acusado Julio Alberto Bautista González , mayor de edad y con antecedentes penales cancelados o susceptibles de cancelación, y Aroa Rey Lucas, por un delito de atentado del art. 550 del C. Penal y dos delitos leves de lesiones

El 2 de septiembre de 2015, a las 00:03 horas, el acusado GABRIEL DE LA MORA GONZÁLEZ, mayor de edad y sin antecedentes penales, abogado y representante institucional en el Ayuntamiento de Salamanca, publicó en su cuenta de Facebook [www.facebook.com/Coconopp](http://www.facebook.com/Coconopp) el siguiente comentario a la vista de una noticia publicada en Salamanca24horas, y tras haberle comentado el incidente anteriormente relatado por el acusado Julio Alberto Bautista González:

“Es la policía, más bien dos concretos policías con antecedentes de tortura, los que se han jartado a pegar a una anciana y su familia, lo que ha desencadenado la legítima defensa y que todo el barrio se acercara a gravar en vídeo lo que estaba pasando. Luego los polis se han dedicado a cortar las calles para obligar a la gente a borrar sus móviles y así poder ocultar las pruebas de sus delitos y fechorias. A continuación se van al hospital amigo a que les prepare el consiguiente parte de lesiones para así justificar las detenciones ilegales que practican, y por supuesto mandar el consiguiente comunicado oficial con su peculiar versión de los hechos y que la acomodaticia prensa ni siquiera se planteara contrastar”.

Treinta y cinco personas manifestaron les gustaba el comentario y fue compartido al menos en 16 veces.

Posteriormente el 23 de septiembre de 2015, Gabriel de la Mora González escribió un artículo en Tribuna Salamanca.com bajo el título “No mentirás. Una ciutat morta”, en el que se hace referencia al incidente y manifiesta que transmitió la versión de los afectados en una red social, añadiendo más abajo (párrafo 7º) que no hizo otra cosa que transmitir la versión directa de los afectados.

El otro acusado JULIO ALBERTO BAUTISTA GONZÁLEZ bajo el nombre de Alberto Salerno, publicó el 2 de septiembre a las 00:36 horas en su cuenta de Facebook, con nombre de usuario [www.facebook.com/alberto.salerno.520](http://www.facebook.com/alberto.salerno.520) lo siguiente:

“esto es lo que cuenta Salamanca 24h...y esto es lo que de verdad sucedió, una brutal agresión a una señora de 61 años, 40kg que intentaban que no agrediera a su nieto un par de psicópatas que son lo que en teoría no deberían proteger y que deberían dejar la

cocaína, ahora ven bien donde está la agresión de la marabunta a la policía. Compartir porfa a ver si inhabilitan a estos criminales disfrazados de policías en el video entero que tenemos se ve como la tiran la suelo, le pegan rodillazos... aquí van unas pocas fotos de muchas mas que hay, el vídeo ya lo compartiré después de que lo vea un juez". Acompañaba tres fotografías , en una de las cuales puede apreciarse a los dos policías, perfectamente identificables. Este comentario ha tenido al menos 48 me gusta y ha sido compartido al menos 185 veces.

A las 00:47 horas vuelve a escribir:

"Ya y encima nos detienen más de 24 horas sin leernos los derechos y sin saber porque estábamos detenido con la paliza previa a meternos en el calabozo".

Y a las 00:52 horas nuevamente escribe:

"Si tía , además estos personajes ya tienen varias denuncias por agresiones y brutalidad policial".

Por los hechos inicialmente indicados el menor fue condenado por el Juzgado de Menores por sentencia firme de conformidad ,de 18 de mayo de 2016, por un delito de atentado y dos delitos de lesiones leves.» (sic)

**SEGUNDO.-** En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: «CONDENO a **GABRIEL DE LA MORA GONZÁLEZ Y JULIO ALBERTO BAUTISTA GONZÁLEZ** como autores responsables de un DELITO DE CALUMNIA CON PUBLICIDAD de los artículos, 205,206 y 211 del C.Penal, a la pena a cada uno de **QUINCE MESES DE MULTA CON UNA CUOTA DIARIA DE 15 € ( para Gabriel de la Mora) y de 6 € (para Julio Alberto)**, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de la multa no abonadas. Y que indemnicen conjunta y solidariamente al Policía Nacional nº 88802 en **SEIS MIL EUROS (6.000 €)** y al Policía Nacional nº 93859 en **SEIS MIL EUROS (6.000 €)**, cantidades que devengarán el interés legal del dinero art. 576 LEC. Al pago de las costas incluidas las de las acusaciones particulares.

Asimismo una vez firme ,se procederá a la publicación de la sentencia en el medio de difusión que se determine en ejecución de sentencia oídas las partes.

Esta sentencia no es firme y contra la misma podrá interponerse Recurso de Apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Salamanca, en el plazo de diez días a contar desde el siguiente a su notificación.» (sic)

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado, oponiéndose al mismo en Ministerio Fiscal, y la representación legal de los Agentes de Policía nº 88802 y 93859 dictándose sentencia núm. 18/2020 por la Sección Primera

de la Audiencia Provincial de Salamanca en fecha 18 de febrero de 2020, en el rollo de apelación núm. 40/2019, cuyo Fallo es el siguiente: «Que **desestimando** los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de **Gabriel de la Mora González y Julio Alberto Bautista González**, contra la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2018, dictada por la Magistrado-Juez titular del Juzgado de lo Penal nº 2 de Salamanca, en la causa nº 102/2018, de que este rollo dimana, debemos **confirmar y confirmamos** esta resolución en todos sus particulares y **declaramos de oficio las costas causadas en esta alzada**.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas e interesadas haciéndoles saber que contra la misma **cabe interponer recurso de casación, en los términos establecidos en el art. 792.4 de la L.E.Crim. en relación con el 847 y 849.1 del mismo texto legal, de conformidad con la interpretación que da el T.S. a la admisibilidad del mismo de acuerdo con la disposición transitoria única de la Ley 41/15 de 5 de octubre, de modificación de la L.E.Cr.** y, hecho, remítase certificación de la presente sentencia al Juzgado de procedencia, junto con los autos al objeto de proceder.» (sic)

**CUARTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Gabriel de la Mora González que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**QUINTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo primero.- Por vulneración de precepto constitucional (art. 20 a) y d) CE), derechos fundamentales de comunicación de información veraz y de libre expresión de opiniones, al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, en relación con los arts. 205 y 211 CP (delito de calumnias con publicidad).

Motivo segundo.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º LECrim, concretamente del art. 205 CP. Asimismo puesto en relación con el principio de personalidad penal (art. 25 CE) y el derecho a la presunción de inocencia (art. 24 CE).

Motivo tercero.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º LECrim, concretamente del art. 205 CP.

Motivo cuarto.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º LECrim, concretamente por indebida aplicación del art. 211 CP que requiere que la publicidad del mensaje lo sea por medios generalistas o de eficacia semejante, debiendo ajustar la extensión de la pena al delito sin publicidad (art. 206 CP), y la indemnización por responsabilidad civil según el alcance efectivamente acreditado.

**SEXTO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 5 de octubre de 2020, y las representaciones de los recurridos D. Julio Alberto Bautista González, y de los Agentes de Policía nº 88802 y 93859 por escritos de 25 y 29 de septiembre de 2020 respectivamente, interesaron la desestimación de los motivos y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 26 de abril de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 386/2018, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Salamanca, condenó a los acusados Gabriel de la Mora González y Julio Alberto Batista González como autores de un delito de calumnia con publicidad de los arts. 205, 206 y 211 del CP a la pena a cada uno de ellos de 15 meses de multa con una cuota diaria de 15 € para Gabriel de la Mora y de 6 € para Julio Alberto Batista, con responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad por cada 2 cuotas de la multa no abonadas.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación que fue desestimado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Salamanca mediante la sentencia 15/2020, 18 de febrero.

Se hace valer ahora recurso de casación por el acusado Gabriel de la Mora. Se formalizan cuatro motivos.

2.- El primero de ellos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia vulneración de precepto constitucional (art. 20.a y d de la CE), a saber, violación de los derechos fundamentales de comunicación de información veraz y de libre expresión de opiniones, en relación con los arts. 205 y 211 del CP.

Razona la defensa que el comentario de Gabriel no ha sido analizado en su contexto y circunstancias, *«...atendiendo a sus partes jurídicamente relevantes desde la perspectiva de aquellos derechos fundamentales, pues aunque se trate de un único texto, directo, impulsivo incluso, y con un estilo propio de las redes sociales, lo cierto es que se debe distinguir la parte que difunde la versión de los hechos de Alberto, y otros vecinos que los presenciaron directa y personalmente, de la parte donde Gabriel vierte sus opiniones sobre conductas policiales abusivas y periodísticas reprochables»*.

Añade el recurrente que existen otras alternativas al castigo penal que también estaban a disposición de los querellantes.

**2.1.-** Tiene razón el Fiscal cuando apunta que la alegada vulneración de derechos fundamentales desborda el marco casacional habilitado en el art. 847.2.b) de la LECrim, en la redacción fijada por la reforma de la Ley 45/2015, 5 de octubre. Como hemos tenido ocasión de reiterar en numerosos precedentes -por todos, cfr. STS 323/2021, 21 de abril- esta Sala ha mantenido una interpretación restrictiva de la vía que habilita el art. 847 de la LECrim, cuando permite el recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, limitando su viabilidad al cauce previsto en el art. 849.1 de la LECrim.

Se excluye, por tanto, la posibilidad de invocar vulneración de precepto constitucional, de suerte que la impugnación sólo adquiere sentido *«...cuando el objeto del recurso gira en torno a la discusión acerca del acierto en el juicio de subsunción»* (SSTS 137/2018, 22 de marzo; 255/2020, de 28 de mayo y 519/2019, 29 de octubre, entre otras muchas). En este sentido se pronuncian también el ATS 21 de junio de 2018 (recaído en el recurso de queja núm. 20190/2018) y el ATS 29 de junio de 2018 (recurso de queja 20468/2018), en los que se señala que *«...una cosa es que se admita, siguiendo los dictados del acuerdo plenario, la invocación de normas constitucionales para reforzar el alegato de infracción de norma sustantiva, y otra bien distinta es que se permita el anuncio de motivos autónomos por vulneración de derechos fundamentales en los que se prescinde del relato de hechos probados para combatir directamente la valoración probatoria»*.

Esta interpretación restrictiva, acorde con la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y, sobre todo, con la generalizada extensión del recurso de apelación a raíz de la reforma de 2015, fue respaldada por el Tribunal Constitucional, que en su ATC 40/2018, de 13 de abril, inadmitió el recurso de amparo frente a una providencia de inadmisión del Tribunal Supremo, acogiendo como fundamento de su decisión el tenor literal de los arts. 847.1 b) y 792.4 LECrim, el preámbulo de la Ley 41/2015, el propio Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 9 de junio de 2016, y la jurisprudencia de esta Sala, citando la primera STS 210/2017, de 28 de marzo; razones a las

que añade la integración sistemática de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim en la nueva regulación de la casación penal.

En el presente caso, sin embargo, el propio Fiscal sugiere -con razón- que la invocación del derecho a la libertad de expresión, si bien se mira, puede operar como una causa de justificación prevista en el art. 20.7 del CP, que exime de responsabilidad criminal a quien obra en el ejercicio legítimo de un derecho. De ahí que la Sala deba abordar si el juicio de tipicidad proclamado en la instancia adolece de alguna grieta estructural que conduzca a concluir la exclusión de la antijuridicidad de la conducta, que estaría amparada por el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido.

Y ya anticipamos que la queja es inatendible.

**2.2.-** Para respaldar la línea argumental que late en el motivo, la defensa sostiene que el mensaje del acusado, en realidad, sólo buscaba negar frontalmente la versión policial de los hechos que había sido difundida en una publicación periodística. Alude también al conocimiento erróneo sobre los antecedentes de tortura y sostiene que algunas de las afirmaciones no están vinculadas a los policías querellantes, sino a la *“los polis”* en general. En definitiva, los extremos que fueron afirmados por Gabriel *“...salvo la referencia a los antecedentes de tortura, proceden de la versión de Alberto -el coacusado- y están corroborados en las actuaciones”*.

Los hechos no pueden desconectarse de la condición de concejal de la oposición en el ayuntamiento de Salamanca y de *“...abogado y activista que ha intervenido en asuntos con actuaciones policiales abusivas o desproporcionadas”*.

Añade la defensa -con precisa y elaborada cita de la jurisprudencia del TEDH, del TC y de esta Sala- que en supuestos de esta naturaleza se impone un máximo nivel de eficacia justificadora del ejercicio de la libertad de

expresión frente al derecho al honor cuando los titulares de éste ejercen funciones públicas o resultan implicados en asuntos de relevancia pública.

También cuestiona el recurrente la proporcionalidad de la respuesta ofrecida en la instancia, pues *“...la sentencia impugnada tampoco pondera el estilo propio de las redes, directo, incluso vulgar, el machismo discursivo del comentario afirmando opiniones de manera categórica, o el tono y estilo expresivo de réplica provocadora, exagerada e incluso deformadora de la realidad que Gabriel utiliza en su perfil personal de Facebook” (sic).*

Entender lo contrario conduciría a un efecto disuasorio hacia la crítica de actuaciones policiales, con grave perjuicio del derecho constitucional que habría permitido considerar la acción imputada al recurrente como una actuación amparada en el legítimo ejercicio de un derecho (art. 20.7 del CP).

**2.3.-** No existe el error de subsunción que denuncia el recurrente. Concurren los elementos objetivos y subjetivos que definen la estructura del tipo previsto en el art. 205 del CP y las afirmaciones vertidas por el recurrente no pueden, en ningún caso, estar amparadas por el ejercicio legítimo del derecho constitucional a la libertad de expresión o de comunicación de información veraz.

**2.3.1.-** Está fuera de dudas -y así lo ha proclamado de forma reiterada la jurisprudencia constitucional- que el art. 20.1 de la CE *«... significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático. El art. 20 defiende la libertad en la formación y en el desarrollo de la opinión pública, pues la libertad de expresión de las ideas y los pensamientos y en la difusión de noticias es necesaria premisa de la opinión pública»* (cfr. SSTC 12/1982 y 107/1988, entre otras muchas).

En la misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la libertad de expresión, consagrada en el apartado 1 del art. 10, «... constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del pleno desarrollo de toda persona. A reserva de lo dispuesto en el apartado 2, el contenido del derecho a la libertad de expresión alcanza no solamente a las "informaciones" o "ideas" acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que contraríen, choquen o inquieten. Así lo exige el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe "sociedad democrática"» (sent. Çetin v. Turquía, 13 febrero 2003).

Hemos dicho también -cfr. STS 202/2018, 25 de abril-, que «las frases formalmente injuriosas e imbuidas de una carga ofensiva innecesaria para el cumplimiento de las finalidades a que responden tales libertades, no pueden encontrar protección en las mismas (SSTC 165/1987 o 107/1988). La libertad de expresión no ampara el insulto. Esto no significa que no deban tolerarse ciertas expresiones o frases, aunque sean formalmente injuriosas o estén imbuidas de una innecesaria carga vejatoria o despectiva, cuando del conjunto del texto quepa detectar el predominio de otros aspectos que otorguen una eficacia prevalente a la libertad de expresión (STC 20/1990, de 15 de febrero). Ciertos excesos son permisibles siempre que aparezcan como una forma de reforzar la crítica, aunque sea destemplada, exagerada, abrupta o ácida. Los puros insultos desvinculados de la materia sobre la que versa la crítica no merecen el amparo del art. 20 de la CE (SS TC 105/1990, de 6 de junio, 42/1995, de 13 de febrero, 76/1995, de 22 de mayo o 200/1998, de 14 de octubre)».

En el desarrollo del motivo, la defensa hace suya la doctrina proclamada por el TEDH, que ha tenido ocasión de precisar el alcance del derecho de crítica que deben soportar los funcionarios públicos. Por un lado, ha declarado que si bien los funcionarios deben estar protegidos cuando actúan en el ejercicio de su cargo, también deben soportar un grado mayor de crítica que los particulares respecto de la actuación realizada en el ejercicio de

sus funciones. En este sentido, ha estimado, por ejemplo, que el abogado del acusado dispone de una mayor amplitud a la hora de criticar la actuación del fiscal (STEDH de 21 de marzo de 2002, *Caso Nikula contra Finlandia*, párrafo 50) o del policía que instruyó el expediente sancionador (STEDH de 28 de octubre de 2003, *caso Steur contra Países Bajos*, párrafo 39). También ha sostenido -sentencia de 23 de abril de 2015, *caso Morice contra Francia*) que la libertad de expresión goza de la más alta protección, sobre todo en asuntos de interés público. Por ello, el margen para restringirla es muy estrecho y sólo justificable si resulta necesario en una sociedad democrática.

**2.3.2.-** Hemos de coincidir, por tanto, en que la honorabilidad de los funcionarios públicos -los agentes de policía lo son- está expuesta a la difusión de datos e informaciones que pueden erosionar los derechos constitucionalmente asociados a la privacidad. Ese sacrificio estará siempre justificado cuando permita a terceros conocer una realidad sobre cuya existencia converge un interés público. Las personas conocidas socialmente y, en general, todo aquel que ejerza una actividad pública no gozan del blindaje que cualquier otro ciudadano puede tener frente a informaciones inveraces que le afectan. El juicio de balanceo se verifica -valga la expresión- sobre platillos de distinto peso específico. La trascendencia de lo privado en personajes públicos no puede neutralizar la prevalencia del interés colectivo en conocer la verdad sobre cualquier cuestión de relevancia social.

Pero es más que evidente que esa prevalencia del interés público y el resignado sacrificio de la privacidad de los afectados ha de vincularse necesariamente a la veracidad de lo divulgado. Puede no ser exigible que la verdad impregne todos y cada uno de los contenidos de la información publicada. Pero la veracidad, aun parcial, de lo difundido actúa como presupuesto de la legitimidad constitucional de información.

Y nada de esto concurre en el presente caso. El recurrente atribuyó a dos agentes de policía la condición de torturadores, les imputó públicamente un delito contra la privacidad -acceso a los dispositivos móviles para borrar

unas imágenes obtenidas por los testigos de la actuación policial- y la falsificación de certificados médicos que dieran cobertura a heridas que -según alega la defensa- no existieron.

A la vista de este desarrollo jurisprudencial del derecho a la libertad de expresión, recogido en los arts. 20.1 de la CE y 10 del CEDH, es incuestionable que los hechos que se declaran probados no implican la negación de la capacidad del acusado para expresar libremente sus ideas.

El juicio histórico refleja que Gabriel de la Mora publicó en su cuenta de *Facebook* el siguiente comentario: «... es la policía, más bien dos concretos policías con antecedentes de tortura, los que se han jartado (sic) a pegar a una anciana y su familia, lo que ha desencadenado la legítima defensa y que todo el barrio se acercara a gravar (sic) en vídeo lo que estaba pasando. Luego los polis se han dedicado a cortar las calles para obligar a la gente a borrar sus móviles y así poder -ocultar las pruebas de sus delitos y fechorías. A continuación se van al hospital amigo a que les prepare el consiguiente parte de lesiones para así justificar las detenciones ilegales que practican, y por supuesto mandar el consiguiente comunicado oficial con su peculiar versión de los hechos y que la acomodaticia prensa ni siquiera se planteara contrastar».

La libertad de expresión no ampara la difusión de una información inveraz que atribuye a los agentes de policía unos antecedentes por torturas que no existen, que les imputa el acceso delictivo a los dispositivos móviles de los testigos que grabaron los hechos, así como la falsificación de certificaciones médicas para así autoencubrir el delito de detención ilegal que también habrían cometido.

El derecho constitucional a la libertad de expresión como vehículo para la comunicación de información (art. 20.1 de la CE) no incluye en su contenido material la capacidad para alterar, con consciente falsedad, una legítima actuación policial.

**2.3.3.-** La imputación a los querellantes -agentes de policía- de una actuación delictiva con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad queda claramente reflejada en el tipo.

Como hemos apuntado *supra*, los dos agentes de policía que actuaron en el legítimo ejercicio de sus funciones fueron acusados en la página de *Facebook* del querellante de un inexistente historial de tortura, de golpear a una anciana y a su familia, de entrometerse sin autorización en los móviles de los que presenciaban los hechos y de actuar bajo los efectos de la cocaína -afirmación esta última incorporada también a *Facebook* por el coacusado no recurrente.

Es incuestionable que toda actuación de los poderes públicos está sometida a la crítica de cualquier espectador que detecte una acción contraria a los principios constitucionales que hacen legítima la función de los agentes de la autoridad encaminada a la prevención e investigación de los delitos. Está también fuera de dudas que una interpretación restrictiva de la capacidad del ciudadano para oponerse a la actuación de los poderes públicos podría generar un indeseable efecto inhibitorio en el ejercicio legítimo del círculo de derechos que la Constitución reconoce como barrera de protección de los ciudadanos frente a los poderes públicos. Tampoco puede cuestionarse que el ejercicio del derecho de defensa que constituye la pieza angular del proceso penal puede invitar al imputado -no obligado a decir verdad- a poner en tela de juicio la *versión oficial* de los hechos reflejados en un atestado. Nada esto es objetable.

Pero en el presente caso, sin embargo, el acusado no vierte sus imputaciones en el marco de un proceso penal, lo hace en una red social -*Facebook*- a sabiendas de la absoluta desconexión de la verdad respecto de todo aquello que dijo de los dos agentes que habían intervenido en cumplimiento de una resolución judicial.

**2.3.4.-** Ya en el ámbito del tipo subjetivo, la vigencia del CP de 1995, la redacción del art. 205 del CP (*“es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”*) ha traído consigo una práctica unanimidad doctrinal que excluye la exigencia de un elemento subjetivo que vaya más allá del dolo exigido por la figura. Y este entendimiento del tipo subjetivo ha tenido también acogida en algunas resoluciones que de forma directa, al enumerar los elementos del delito, excluyen en el análisis del tipo subjetivo el *animus difamandi*. Es el caso del ATS 9 septiembre 2009 –recaído en la causa especial núm. 67/2004-. En él puede leerse: *“...en primer lugar es preciso que se haya realizado la imputación de un delito. Por tal hay que entender acusar, atribuir, achacar o cargar en cuenta de otro la comisión de un hecho delictivo. En segundo lugar, la acusación ha de ser concreta y terminante, de manera que, como ha dicho esta Sala «no bastan atribuciones genéricas, vagas o analógicas, sino que han de recaer sobre un hecho inequívoco, concreto y determinado, preciso en su significación y catalogable criminalmente», añadiendo, «lejos de la simple sospecha o débil conjetura, debiendo contener la falsa asignación los elementos requeridos para la definición del delito atribuido, según su descripción típica, aunque sin necesidad de una calificación jurídica por parte del autor» (STS núm. 856/1997, 14 de junio). Y, en tercer lugar, desde el punto de vista subjetivo, la imputación ha de hacerse con conocimiento de su falsedad o con temerario desprecio hacia la verdad”*. En la misma línea, aunque de forma implícita, otras resoluciones excluyen en el análisis del tipo subjetivo la exigencia de ese especial propósito de difamar al ofendido (cfr. STS 192/2001, 14 de febrero).

En efecto, la descripción típica actual configura el delito de calumnias como una infracción eminentemente dolosa, que ya sea en la forma de dolo directo –*conocimiento de la falsedad de la imputación*- o en la modalidad de dolo eventual –*temerario desprecio hacia la verdad*-, agotan el tipo subjetivo, sin necesidad de exigir un *animus difamandi* que necesariamente está abarcado ya por el dolo. No existen razones dogmáticas ni derivadas de la literalidad del precepto para defender lo que en expresión bien plástica se ha

calificado como un tipo subjetivo tan robusto y pleno de exigencias que conducía a debilitar la protección penal del honor.

Según refleja la sentencia dictada en la instancia -avalada en apelación- el recurrente no había presenciado los hechos y admitió «...*que su escrito contenía expresiones y palabras malsonantes y graves, son duras*».

Colmado el tipo objetivo y subjetivo del tipo por el que se ha formulado condena, procede la desestimación del motivo (art. 884.1 LECrim).

**3.-** El segundo de los motivos, con cita del art. 849.1 de la LECrim, denuncia indebida aplicación del art. 205 del CP, en su tipo o elemento objetivo que requiere -razona la defensa- la precisa identificación del sujeto pasivo del delito, “...*en relación con el principio de personalidad penal (art. 25 CE) y el derecho a la presunción de inocencia (art. 24 CE)*”.

Como hemos apuntado en el FJ 2.1 de esta misma resolución, la reforma operada en la casación penal por la Ley 41/2015 dejó fuera del ámbito impugnativo las alegaciones vinculadas a la vulneración de derechos fundamentales. Y no basta con una cita nominal del art. 849.1 de la LECrim para subvertir la funcionalidad de la vía impugnativa que ofrece el art. 847.1.b) de la LECrim.

Pues bien, todas las alegaciones que dan vida a este motivo contradicen frontalmente el juicio histórico en el que, con toda claridad, refiere como sujetos pasivos de las imputaciones calumniosas a los agentes con los números identificativos 88802 y 93859, ambos integrantes de la dotación policial a la que fue encomendada la actuación que degeneró en incidentes. Es a estos agentes -no a otros- a los que se dirigen los comentarios inveraces referidos a supuestos antecedentes de tortura, a la ocultación de pruebas y a la manipulación de los certificados oficiales de las heridas sufridas en la refriega. Es también a estos policías -no a otros- a los que se imputa la

condición de adictos a la cocaína y a los que se etiqueta como «*criminales disfrazados de policías*».

La identificación mediante la placa profesional de los agentes de policía no produce el caprichoso efecto de convertirlos en inermes destinatarios de afirmaciones calumniosas que menoscaban su integridad personal y el círculo de derechos reconocidos a cualquier ciudadano.

Frente a lo que parece sugerir el argumento de la defensa, la calumnia no pierde su potencial efecto erosivo de la honorabilidad de la víctima por el hecho de que ésta no se identifique con nombres y apellidos. Lo verdaderamente definitivo es que el destinatario de las frases que menoscaban la honorabilidad quede inequívocamente identificado. Y para ello puede ser suficiente que quede acreditado, como sucede en el presente caso, un contexto o unas imágenes que individualicen a quien el autor quiere convertir en receptor de la afrenta. Aunque ya sin vigencia efectiva, el art. 462 del CP castigaba lo que dogmáticamente eran llamadas las *calumnias encubiertas*, esto es, aquellas que no se cometían «...*manifiestamente, sino por alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones*». No se olvide, además, que la identificación de cualquier agente de policía «...*por el número de su registro personal y la unidad administrativa a la que está adscrito*» no es ajena al proceso penal. De hecho, constituye el medio de identificación que la propia LECrim impone en las comparecencias como testigos de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (cfr. art. 436).

El motivo decae por su falta de fundamento (art. arts. 884.3 y 4 y 885.1 de la LECrim).

4.- El tercero de los motivos, con la cobertura del art. 849.1 de la LECrim, denuncia indebida aplicación del art. 205 del CP, ahora desde la perspectiva de la ausencia del elemento subjetivo que -según se alega- «...*precisa al menos la concurrencia de un temerario desprecio hacia la verdad*».

Tiene razón el recurrente cuando afirma que el delito de calumnias exige la concurrencia de ese elemento del tipo. Así lo hemos proclamado en el FJ 2º, al resolver el primero de los motivos. Sin embargo, la reivindicación que anima el motivo desborda los angostos términos en lo que ha de discurrir la impugnación casacional frente a sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Provincial (cfr. art. 847.1.b de la LECrim). Basta una lectura del núcleo argumental que incluye el desarrollo del motivo para concluir que lo que se cuestiona no es el error en el juicio de tipicidad, sino la valoración probatoria. Así se deduce con nitidez del siguiente pasaje: «... *la sentencia de apelación argumenta la concurrencia del elemento subjetivo calificando la actuación de Gabriel previa al comentario, como no verdadera o auténtica comprobación, confiando en la versión de Alberto a pies juntillas y creyendo igualmente en el vídeo que le mostró, que se califica como preparado ad hoc. (...) Pero la sentencia no aporta los elementos fácticos ni muestra la inferencia lógica para llegar a esta conclusión, como tampoco lo hace para el añadido que afirma que la actuación de Gabriel presumió culpa y responsabilidad en los agentes “por el mero hecho de ser policías”. (...) Nada de esto está acreditado, no sirviendo aquí la verdad judicial declarada varios años después (...) En el caso que nos ocupa la versión alternativa ofrecida no era menos plausible, al menos en el momento de producirse los hechos, teniendo en cuenta que la misma provenía de las mismas personas intervinientes, testigos directos y presenciales de las actuaciones policiales».*

La vía casacional seleccionada no autoriza cuestionar la valoración probatoria verificada en la instancia ni, por supuesto, sugerir una opción por la mayor credibilidad de unos testigos frente a otros.

5.- El último de los motivos sostiene, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, aplicación indebida del art. 211 del CP, que requiere que la publicidad del mensaje lo sea por medios generalistas o de eficacia semejante, debiendo ajustar la extensión de la pena al delito sin publicidad (art. 206 del CP) y la indemnización por responsabilidad civil, según el alcance efectivamente acreditado.

El motivo no puede ser acogido.

No nos es posible rectificar la responsabilidad civil declarada en sentencia a partir de nuestra valoración acerca de qué es lo que efectivamente quedó acreditado. Se pretende, también ahora, ensanchar injustificadamente nuestro ámbito de conocimiento que, en ningún caso, puede extenderse a valorar las bases fácticas que han determinado la cuantificación de la responsabilidad civil.

Es también obligada la desestimación de la otra línea argumental que incorpora el motivo, basada en la idea de que *«...si bien el medio usado, la red social facebook es potencial o virtualmente universal, en este caso no incorpora un contenido potencialmente difamatorio sino para quienes además de leer el comentario, hubieran presenciado personalmente la actuación de los querellantes, ya que solo este grupo indeterminado y desconocido de personas podía identificarlos, como se argumenta en la sentencia impugnada»*.

La Sala entiende y valora -como no podía ser de otra manera- el legítimo esfuerzo de la defensa para sostener la no aplicación del tipo agravado, referido a las calumnias con publicidad (art. 211 del CP). Sin embargo, la idea de que cualquier red social -en el presente caso *Facebook*- sólo es capaz de generar el efecto dañino para quienes, además de leer el comentario inveraz, fueron testigos presenciales de la trifulca que generó la imputación calumniosa, no puede ser avalada por esta Sala.

De hecho, es difícil imaginar un medio de comunicación más expansivo de la ofensa a la honorabilidad de los querellantes que el que ofrece *Facebook* o cualquier otra red social. En nuestra STS 4/2017, 18 de enero, decíamos que *«... la extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos*

*efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios. Quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad. Además, carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión. Los modelos comunicativos clásicos implicaban una limitación en los efectos nocivos de todo delito que hoy, sin embargo, está ausente. Este dato, ligado al inevitable recorrido transnacional de esos mensajes, ha de ser tenido en cuenta en el momento de ponderar el impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico-penal».*

El motivo carece de fundamento y no se ajusta a las exigencias impuestas por el art. 847.2.b) de la LECrim. Procede su desestimación (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

**6.-** La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de **D. GABRIEL DE LA MORA GONZÁLEZ** contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Salamanca mediante la sentencia 15/2020, 18 de febrero, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 386/2018, dictada por el Juzgado de los Penal núm. 2 de Salamanca,

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente    D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca    D. Andrés Palomo Del Arco

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián