



Roj: **STS 1630/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1630**

Id Cendoj: **28079120012018100210**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/04/2018**

Nº de Recurso: **1524/2017**

Nº de Resolución: **202/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 1524/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 202/2018

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral Garcia

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 25 de abril de 2018.

Esta sala ha visto recurso de casación nº 1524/2017 interpuesto por **GRIFOLS SA** representado por la procuradora Sra. Paloma Ortiz Cañavete Levenfeld, bajo la dirección letrada de D. Arnau Xumetra Subirana contra el Auto nº 146/2017 de fecha 27 de febrero de 2017 dictado por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid en causa seguida contra la Editorial Ecoprensa SA, D. Evaristo y D. Jesús María como presunta responsable civil subsidiaria la primera y autores, los demás de un presunto delito de calumnias y/o injurias. Han sido partes recurridas la EDITORIAL ECOPRENDA, SA-, D. Jesús María y D. Evaristo representados por el Procurador D. Javier Vázquez Hernández y bajo la dirección letrada de D. Tomás A. Ridruejo Barquilla. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. Uno de Madrid incoó Diligencias Previas nº 116/2016 en virtud de querrela interpuesta por Grifols SA por un delito de calumnias y/o injurias: Los hechos objeto de querrela se referían a la aparición en la edición de "El Economista" de fecha 20 de julio de 2015 de un reportaje cuyo titular viene anunciado en portada en los siguientes términos: "**GRIFOLS "compra" a 5.339 médicos en EEUU para promover sus productos**". Hay pagos que ascienden a 45.000 euros. Grifols pagó entre agosto de 2013 y diciembre de 2014 un total de 1,15 millones de euros a 5.339 médicos en EEUU por actividades de promoción y consultoría relacionados con medicamentos de su propiedad. Estos pagos incluyen conceptos como conferencias, participación en simposios o actividades de formación de la compañía, así como gastos



de alojamiento, comida y bebida en estos cursos. Farmaindustria quiere que se conozcan los pagos existentes en España...

En la pág. 7, se contiene el texto completo cuyos términos constan en la causa.

En la pág. 2 con fotografía del Presidente y Consejero Delegado de Grifols SA y con una flecha hacia abajo, aparece un comentario que reza así: "genera desconfianza" "Grifols ha pagado en el último año y medio más de un millón de euros a 5.300 médicos de EEUU en actividades para promocionar sus fármacos. Aunque allí estas prácticas son legales, **en España causan rechazo por ser poco éticas**".

Por fin en la pág. 3 aparece un breve editorial sobre el tema también obrante en autos y que aquí se da por reproducido.

SEGUNDO.- Por Auto de fecha 26 de septiembre de 2016 se acordó en tal procedimiento la "tramitación de las presentes Diligencias Previas por los trámites del Procedimiento Abreviado, por si los hechos investigados a D/Dña. Evaristo y D/Dña. Jesús María fueren constitutivos de un presunto delito de calumnias e injurias con la responsabilidad civil subsidiaria de ECOPRENSA SA".

TERCERO.- El citado auto fue recurrido en apelación por los querrelados y Editorial Eco Prensa S.A.

CUARTO.- Con fecha 27 de febrero de 2017 la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Auto estimando el recurso y acordando el sobreseimiento libre de las actuaciones, con declaración de oficio de las costas causadas.

QUINTO.- Tal auto ha sido recurrido en casación por Grifols S.A. que articula tres motivos:

Motivo primero.- Por infracción de ley del ex art. 849.1º LECrim indebida inaplicación de los ex arts. 205 y art. 206 CP . **Motivo segundo.-** Por infracción de ley del art. 849.1º LECrim por indebida inaplicación de los arts. 208 , 209 y art. 211 CP . **Motivo tercero.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim . y art. 5.4 LOPJ , (derecho a la tutela judicial efectiva y a un procedimiento con todas las garantías del art. 24.1 CE , afectados por la falta de motivación de la resolución).

SEXTO .- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, impugnando todos sus motivos. La representación legal de Editorial Ecoprensa SA, Evaristo y Jesús María igualmente los impugnó. La Sala admitió a trámite el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 5 de abril de 2018.

OCTAVO.- Pasa la resolución ya redactada por el ponente para firma del resto de componentes de la Sala el día 19 de abril siguiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de casación directo contra el sobreseimiento libre acordado *ex novo* por la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación contra el auto de prosecución de abreviado (art. 779.1.4ª LECrim) adoptado por el instructor en unas diligencias abiertas para ventilar un delito (calumnia/ injuria subsidiariamente) competencia del Juzgado de lo Penal. El procedimiento se incoó (enero 2016) estando ya en vigor las reformas de 2015 de la LECrim. Por tanto es íntegramente aplicable el derecho hoy vigente.

Hemos de despejar dos cuestiones sobre el novedoso régimen de recursos frente a un auto de esta naturaleza:

- i)* Si sería exigible antes de acceder a la casación una previa apelación ante el Tribunal Superior de Justicia.
- ii)* Si cabe casación pese a tratarse de un asunto competencia del Juzgado de lo penal.

SEGUNDO.- El art. 236 LECrim proclama que el recurso de apelación contra autos de los Tribunales de lo Penal solo es admisible en los casos expresamente previstos en la Ley.

La generalización de la doble instancia, que supone la apelabilidad de todas las sentencias, implantada por la aludida reforma de 2015 debía, por pura coherencia, extender el sometimiento a una previa apelación a todas las decisiones de fondo de la Audiencia Provincial que pongan fin el proceso. A esa elemental premisa obedece el nuevo art. 846 ter LECrim incluyendo entre las resoluciones apelables no solo las sentencias sino también ciertos autos definitivos.

Dispone:



"1 . Los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o **sobreseimiento libre** y las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional **en primera instancia** son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente, que resolverán las apelaciones en sentencia " .

El auto de sobreseimiento libre se asimila a una sentencia absolutoria. Tiene eficacia de cosa juzgada. De ahí que se admita en ciertos supuestos la casación frente a ellos (art. 848 LECrim). La simetría del sistema exigía que desde el momento en que se ha implantado la doble instancia también esos autos dictados por la Audiencia debieran ser sometidos primero al escrutinio del TSJ y solo después, en su caso, al del Tribunal Supremo mediante la casación: un régimen idéntico al que resultaría de haberse adoptado la decisión en la sentencia.

Por ello, en efecto, se ha abierto la posibilidad de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal de los TSJ de autos definitivos dictados por las Audiencias Provinciales (Sala de apelación de la Audiencia Nacional cuando los autos provengan de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional). Pero se apostilla que ha de tratarse de autos recaídos **en primera instancia** .

No son susceptibles de apelación los restantes autos y en particular aquellos dictados por las Audiencias resolviendo una previa apelación. A esa conclusión se llega desde un examen combinado de los preceptos implicados. Solo son apelables autos dictados en primera instancia por la Audiencia, no aquellos en que el Tribunal Provincial resuelve un recurso contra decisión del Juez de Instrucción o del Juzgado de lo Penal. Ni siquiera cuando se revoca esa decisión y por tanto el acuerdo se adopta primariamente por la Audiencia. En esos supuestos solo cabrá, en su caso, recurso de casación ex art. 848 LECrim .

Por tanto, no era ni exigible ni procedente una previa apelación.

TERCERO.- Descartada la apelabilidad examinemos la cuestión de la accesibilidad a casación.

Dispone el actual art. 848 LECrim , también retocado en la reforma de 2015 para incorporar a la norma lo que era doctrina jurisprudencial: "*Podrán ser recurridos en casación, únicamente por infracción de ley, los autos para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso y los autos definitivos dictados en primera instancia y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada*)".

Según el precepto es posible acudir en casación:

a) Cuando la Audiencia dicta en primera instancia un auto de sobreseimiento libre (art. 636 LECrim) (o de archivo por falta de jurisdicción) en causa de la que viene conociendo. Puede hacerlo, tratándose de un procedimiento ordinario, en la fase intermedia cuando los hechos no son constitutivos de delito (art. 637.2) según se desprende del art. 645 LECrim . Esos autos no obstante habrán de ser recurridos primeramente en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Solo si son confirmados en esa sede accederán a la casación. Así se desprende del art. 846 ter antes transcrito.

b) Cuando la Audiencia al resolver una apelación adopta *ex novo*, estimando el recurso, una de esas decisiones (archivo por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre) o confirma, desestimando el recurso, el acuerdo de idéntico sentido que había adoptado el instructor. Esto puede suceder en procedimientos abreviados competencia tanto del Juzgado de lo Penal como de la Audiencia Provincial.

Se ha producido en la reforma de 2015 un lógico ensanchamiento de las posibilidades de casación. Lo imponía la reordenación de la casación.

La tesis jurisprudencial anterior solo admitía la casación si el procedimiento por el fondo era competencia de la Audiencia Provincial con el argumento de que no tendría sentido que *lo menos* (un auto de sobreseimiento libre) pudiese ser recurrido en casación y se negase en cambio tal recurso para *lo más* , la sentencia recaída en el mismo asunto. Ese argumento ya no vale: también contra la sentencia cabrá recurso de casación aunque exclusivamente por la vía del art. 849.1º LECrim (*error iuris*): art. 847 LECrim .

En los supuestos ahora concernidos (autos de sobreseimiento), tal limitación de vía impugnatoria (solo art. 849.1º) aparece consagrada en el art. 848. Es, por otra parte, connatural al tipo de resolución fiscalizada (un auto) la exclusión del art. 849.2º LECrim (*error facti*). La infracción de ley basada en el art. 849.2º LECrim no es viable porque en rigor no se ha practicado prueba: no ha existido juicio oral y, por tanto, no se ha desplegado actividad probatoria. No puede haber error en una no producida valoración probatoria como explica la STS 665/2013, de 23 de julio : "... No puede hablarse en rigor de error en la valoración de la prueba en la medida en que solo impropiamente se habla de "prueba" antes de que comience el juicio oral, único escenario



apto en principio, con las lógicas excepciones, para desplegar actividad probatoria en sentido estricto. El art. 849.2º LECrim sólo cohonesta bien con una resolución dictada tras el juicio oral. Exige como presupuesto unos hechos probados, surgidos del juicio oral, en los que plasmará la valoración fáctica que se combate enarbolando prueba documental. b) Precisamente por ello del art. 848 LECrim se deduce con claridad que para admitir el recurso de casación contra un auto de sobreseimiento es necesario que sea libre por no ser los hechos constitutivos de delito, es decir que estemos ante el sobreseimiento libre previsto en el art. 637.2º LECrim , lo que automáticamente nos conduce a un único motivo de casación factible: el art. 849.1º LECrim ... "

En la actualidad, por tanto, cabe también casación contra un auto de sobreseimiento libre recaído en un procedimiento abreviado competencia del Juzgado de lo Penal, y dictado por la Audiencia Provincial, sin necesidad de previa apelación.

Se establece así un lógico paralelismo con el sistema de casación frente a sentencias del Juzgado de lo Penal: apelación ante la Audiencia Provincial y casación, a continuación, solo por infracción de ley ante el TS.

Se advierte de cualquier forma una cierta disfunción: para esos supuestos (autos) no rige la causa de inadmisión de falta de *interés casacional* prevista en el art. 889.2º LECrim para la casación frente a sentencias. Pese a ello algunas de las causas ordinarias de inadmisión (art. 885.1 º y 2º LECrim) permitirán establecer parámetros semejantes a la hora de admitir estos recursos de casación contra autos de sobreseimiento libre dictados por las Audiencias en asuntos competencia del Juzgado de lo Penal. Aunque siempre la decisión de inadmisión adoptará la forma de auto. Paradójicamente basta con una providencia si en lugar de un auto de la Audiencia Provincial fuese una sentencia emanada del mismo órgano.

Estamos ante la cristalización legislativa, con ese lógico correctivo, de lo que era criterio jurisprudencial: Acuerdo no jurisdiccional de 9 de febrero de 2005: " *Los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones: 1ª). Se trate de un auto de sobreseimiento libre. 2ª). Haya recaído imputación judicial equivalente a un procesamiento, entendiéndose por tal la resolución judicial en que se describa el hecho, el derecho aplicable y las personas responsables. 3ª). Se haya dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación "*.

Por lo tanto el recurso de casación es admisible en cuanto:

- a) Se dirige contra un auto de sobreseimiento libre.
- b) Ha sido adoptado por una Audiencia Provincial conociendo de un recurso de apelación,

CUARTO.- Hay que destacar otra cuestión.

Antes se exigía que el sobreseimiento libre recayese *por no ser los hechos constitutivos de delito*, es decir el auto del nº 2 del art. 637 LECrim (art. 848.2º derogado). No hay cambio significativo pese a la generalidad con que ahora la ley se refiere al sobreseimiento libre.

En relación al art. 637.1º en la medida en que el mismo contenido de esa resolución la hace inatacable a través del art. 849.1 (que exige atenerse al hecho probado, siendo así que en el caso del art. 637.1 lo que afirma la resolución es que no están probados los hechos).

Sí se detecta una variación en cuanto al nº 3º del art. 637. Si antes era discutible que cupiese en esos casos casación, hoy las dudas quedan despejadas en favor de su impugnabilidad en casación. Dejemos constancia en todo caso que también antes de la reforma en la jurisprudencia se había abierto paso un criterio flexible. Un ejemplo viene constituido por la STS 1172/2009, de 22 de octubre : " *En el presente caso se ha acordado el sobreseimiento libre conforme al artículo 637.3 LECrim ., es decir, cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores, y no por el número segundo, como solicitaba el Abogado del Estado, cuando el hecho no sea constitutivo de delito, y el mencionado artículo 848.2 LECrim . limita el recurso de casación a este segundo caso, dado que es el único de los relacionados en el artículo 637 en el que el Tribunal, aunque se le solicite la apertura del juicio oral, puede no obstante acordar el sobreseimiento de la causa ex artículo 645 LECrim . Sin embargo, como señala la STS citada 1401/05 , esta limitación de los autos recurribles a los de sobreseimiento del art. 637.2, no impide que también sean recurribles los del art. 637.3, cuando se hubiera aplicado indebidamente el nº 3 en vez del nº 2. En otras palabras, en los casos en los que la exención de responsabilidad criminal del procesado pudiera dar lugar a que se considerase que el hecho no es constitutivo de delito (por ejemplo, por aplicación de una causa de justificación: legítima defensa, obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo), debe concluirse que la resolución pudiera haber sido el nº 2 del art. 637 y en consecuencia, será recurrible. De manera que únicamente debe aplicarse el art. 637.3 en los supuestos de inimputabilidad y de inculpabilidad, en cuyo caso no será recurrible en casación (también STS 301/07). Por último, es importante subrayar en el caso que no se han solicitado nuevas diligencias de prueba por ninguna de las partes, lo que quiere decir que las mismas se*



atienden al material instructorio incorporado a la causa, y por ello se trata de resolver una cuestión de derecho a la luz de aquéllas relativa a la concurrencia o no de una causa de justificación, decisión que la Audiencia en estas condiciones está facultada para tomar, puesto que en principio los hechos no pueden variar a lo largo del juicio oral (ver también STS 301/07), y siendo esta decisión equivalente a una sentencia absolutoria, será susceptible de recurso de casación ex artículo 848.2 LECrim . como ya hemos señalado anteriormente >>.

Tiene esta última consideración singular interés en el presente supuesto en la medida en que el sobreseimiento acordado lo es en rigor por aplicación de una causa de exclusión de la antijuricidad, la libertad de información del art. 20 CE (art. 20.7 CP). Aunque el auto no encuadra el sobreseimiento dictado en ninguno de los números del art. 637, lo natural es anidarlos en el art. 637.3º (que mutaría por el art. 637.2º un partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo).

QUINTO .- Este largo excuso, absolutamente necesario, sirve no solo para convenir la admisibilidad del recurso (lo que provocó alguna vacilación en el Tribunal de Instancia que finalmente rectificó con acierto dando trámite a la casación), sino también para acotar el ámbito de lo fiscalizable en casación: nos hemos de mover estrictamente en el territorio de la infracción de ley del art. 849.1º LECrim . Toda cuestión ajena a ese cauce casacional ha de ser expulsada de la discusión: ya se han pronunciado dos instancias en un delito no grave, y es voluntad del legislador que en esos casos el Tribunal Supremo solo conozca de las cuestiones de fondo de derecho penal sustantivo.

Precisamente por ello nada deberíamos decir del tercer motivo de casación articulado (tutela judicial efectiva y falta de motivación). En ese particular la resolución no es recurrible en casación, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a otra esfera jurisdiccional (pues se invocan derechos fundamentales).

En cualquier caso no importa advertir que ese motivo, tal y como viene desarrollado, esconde, como pone de manifiesto la representante del Ministerio Fiscal, la misma desavenencia con la resolución que se plasma en los motivos anteriores aunque con ropaje constitucional. No es -como se alega- que la resolución carezca de motivación (basta observarla para comprobar que la contiene); es que la entidad recurrente considera no asumible su motivación (interesadamente caricaturizada: la Audiencia no argumenta que la imputación no es constitutiva de delito porque el querellado dice no serlo; sino que todo el contexto del reportaje -y dentro de él la rotunda aseveración de que la conducta imputada es legal en Estados Unidos- ayuda a interpretar qué se quería decir con el titular). Eso no es un defecto autónomo y separable de los recogidos en los dos motivos anteriores: una motivación supuestamente extravagante o no compartible (motivo tercero) sirve para mostrar lo errado de la decisión (motivos primero y segundo); pero no añade un nuevo punto de discusión.

SEXTO.- En otro orden de cosas y moviéndonos todavía en derivaciones de esa premisa -el estrecho espacio acotado por el art. 849.1º LECrim - hemos de partir de un relato fáctico, como requiere esa norma: *dados los hechos que se declaren probados* . Surge en este punto una dificultad: no encontramos plasmada una resultancia fáctica en la resolución judicial (como hubiera sido exigible: art. 779.1.4ª).

La Sala de apelación con buen criterio descartó tal deficiencia como causal de nulidad y constatando la objetividad de los hechos objeto del proceso en este tipo de infracciones (texto escrito) consigna ella misma al hilo de su discurso una sucinta descripción fáctica que además puede completarse con la consulta directa del texto completo (art. 899 LECrim).

La naturaleza del delito -que propicia una previsión legal de instrucción aceleradísima (arts. 806 y 807 LECrim)-, permite orillar, en efecto, ese defecto: basta la remisión a la literalidad no discutida del texto (o textos) objeto de querrela, para realizar una valoración jurídica sobre el sobreseimiento decretado.

No tienen razón los querrelados (ni la entidad presunta tercero responsable civil, también recurrida) cuando, argumentando que el recurso se aparta de los hechos probados, impetran su inadmisión (art. 884.3º LECrim). Se aparta no del hecho probado (formalmente inexistente, aunque materialmente deducible) sino solo y lógicamente de la fundamentación jurídica y de las valoraciones de esa naturaleza del auto (si hubiese que respetar los argumentos jurídicos o valorativos de una resolución sería imposible articular un recurso). Si respeta los hechos (literalidad de los textos que contienen la supuesta ofensa).

SÉPTIMO.- Por fin, advertimos que desde el momento en que lo que es susceptible de recurso es el acuerdo de decretar el sobreseimiento libre, nada podemos argumentar y deben quedar al margen de toda decisión otras cuestiones que podrían aparecer imbricadas (como la discutida autoría del titular de la portada: lo que en su caso podría dar lugar bien a la aplicación del art. 30 CP , bien a un sobreseimiento provisional del art. 641 LECrim , bien al legítimo intento de la entidad recurrente de acreditar y convencer a un Tribunal de que correspondía también de una u otra forma a los ahora querrelados). Al resolver hemos de limitarnos a verificar si es ajustada a derecho la decisión de la Audiencia estimando que el suelto periodístico está amparado por la libertad de información y por tanto queda extramuros de los arts. 205 o 207 CP .



OCTAVO.- Es ese el tema de fondo nuclear. Pero conviene despejar antes de encararlo, otra cuestión que aparece en el argumentario de la entidad recurrente: dilucidar si es propio de esta fase valorar los elementos subjetivos o la concurrencia o no de un ánimo de ofender (eludimos ahora la temática relativa a que la exigencia de unos *animi* específicos en los delitos de injuria y calumnia que representarían un plus respecto al dolo genérico es teoría poco compatible con el actual diseño legal de esas infracciones). Se dice que ese tema debe quedar reservado al plenario. Sería incorrecto anticiparlo a etapas anteriores abortando precipitadamente el proceso. Es argumento que también aflora en alguna de las resoluciones previas del Instructor dictadas en este concreto asunto.

No es compartible esa apreciación, por más que esa sea una tesis tradicionalmente defendida en nuestra doctrina y en alguna jurisprudencia que interpretaban "*los indicios racionales de criminalidad*" del art. 384 CP en clave objetiva (referencia exclusiva a la tipicidad objetiva); lo que se trasladaría al actual auto de prosecución sustitutivo en gran medida del clásico procesamiento (juicio de acusación) en el procedimiento abreviado.

Se arguye que el Instructor no debería entrar a valorar los elementos del tipo subjetivo o las causas de exclusión de la antijuricidad (como la legítima defensa). Debe ser suficiente a fin de decidir sobre la necesidad de proseguir el procedimiento constatar la concurrencia de los presupuestos objetivos de la tipicidad, lo que determinará la necesidad del procesamiento, si es un procedimiento ordinario; la conversión en procedimiento abreviado en otro caso (art. 779). La existencia o no, por ello del *animus iniuriandi*, sería algo -se ha sostenido- que sólo el Tribunal podrá apreciar en la sentencia. La inexistencia de esos elementos internos (ánimo de ofender: *animus iniuriandi* o *calumniandi*) debería dilucidarse en el juicio oral, sin que pueda erigirse en motivo para abortar prematuramente el proceso.

De este entendimiento se ha hecho eco una vieja práctica, sin sólido respaldo legal, que ha venido sosteniendo que sería suficiente con una constatación de la concurrencia, al menos indiciaria, de los elementos objetivos de la infracción, sin que en tal fase procesal previa sea dable indagar sobre cuestiones anímicas.

Ha de rechazarse rotundamente esa vieja teoría.

De aceptarla, la coherencia abocaría a procesar a toda persona que haya realizado una acción típica, aunque esté amparada por una causa de justificación (elementos subjetivos de justificación). A esta observación básica se unen otras palmarias razones de economía procesal que en el régimen constitucional constituyen algo más que un tributo a pagar al pragmatismo. Es una exigencia engarzable en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE). Alargar un proceso de forma innecesaria es dilación *no debida* . Debe por ello permitirse al Instructor valorar esas causas de exención para no postergar innecesariamente la decisión del proceso y, sobre todo, la injusticia que supondría someter a una persona a un juicio oral, cuando se puede evidenciar ya que es penalmente irresponsable. "Criminalidad" a los efectos de los arts. 384 o 783 LECrim es algo más que "tipicidad objetiva". Por «criminalidad» hay que entender la existencia de un delito con todos sus elementos. Por tanto, el Instructor, en el momento de dictar o denegar el auto de procesamiento, se encuentra a estos efectos en idéntica posición que la Audiencia a la hora de dictar sentencia. La única variante es que al Instructor le basta la existencia de una probabilidad para decretar el procesamiento (o abrir el juicio oral, o decretar la conversión en abreviado -art. 779.1.4ª-), en tanto que la Audiencia para llegar a un pronunciamiento condenatorio necesitará certeza. En lo demás, la posición es idéntica. Si el Instructor aprecia la existencia de una causa de justificación (v.gr. ejercicio legítimo de la libertad de información), razones que pueden llevar a la inculpabilidad (error sobre la falsedad de la imputación o un error de tipo) o una excusa absoluta, deberá denegar el procesamiento o la apertura del juicio oral por no existir indicios de «criminalidad».

La única salvedad que en un plano teórico hay que efectuar a este planteamiento es la relativa a las causas de inimputabilidad que llevan aparejadas medidas de seguridad. En tales casos es preceptivo entrar en el juicio oral no ya porque no pueda constatar esas circunstancias el Instructor (en muchas ocasiones contará con elementos sobrados para ello) sino porque se hace imprescindible el plenario para decidir sobre la imposición o no de medidas de seguridad, a veces más gravosas que la propia pena, dando oportunidad para una defensa plena. Y, es que, en esos casos, aunque la sentencia sea formalmente absoluta, encierra una condena al sometimiento a una medida de seguridad.

Es todo esto predicable de los supuestos de injuria y calumnia. Otra interpretación, aparte de no contar con base legal suficiente, supondría someter injustificadamente al querellado a las cargas que se derivan del juicio oral y, además, se traduciría en una vulneración indirecta del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. No sólo el derecho del querellado que tendría que esperar al juicio oral, con todas las demoras, cargas y coste social que ello puede comportar, para obtener una definitiva resolución exculpatoria cuya procedencia era constatable ya desde antes; sino también del propio querellante, que no verá expedita la vía civil hasta que esté definitivamente resuelta la causa penal.



El ATC de 20 de junio de 1988 convalida la legitimidad constitucional de esta interpretación. El auto de archivo de las diligencias previas seguidas por querrela por injurias, al estimarse que no concurría el *animus iniuriandi*, fue recurrido en amparo por el querellante. El citado ATC inadmitió a trámite la demanda por considerar que las razones esgrimidas relativas a la ausencia de ese elemento subjetivo eran suficientes para acordar la no continuación del procedimiento penal.

NOVENO.- Desbrozado de esa forma el camino estamos ya en condiciones de sumergirnos en el fondo del asunto. No es otro que indagar si la información objeto de querrela encuentra cobijo en la libertad constitucional consagrada en el art. 20 CE lo que excluiría la antijuridicidad de los hechos.

Una reseña, aunque sea apretada, de la nutrida jurisprudencia constitucional sobre esta materia, es indispensable para una adecuada inteligencia de estas infracciones. El auto de la Audiencia ya contiene una trabajada síntesis de esta doctrina con lujo de referencias jurisprudenciales.

A raíz de la consagración a nivel constitucional de las libertades de opinión, expresión e información (art. 20 CE) y la jurisprudencia constitucional recaída sobre tales derechos, se produjo un giro radical en el tratamiento de los delitos de injuria y calumnia que, pese a permanecer invariados (arts. 453 y 457 CP 1973), recibieron un alcance y una interpretación muy diversos .

Era lógico.

La jurisprudencia del TC se introduce en el ámbito penal concretando los perímetros de lo punible en los delitos de injuria y calumnia, a través de la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7ª CP) según el entendimiento más común.

Un reportaje periodístico, como es el caso, no merecerá reproche penal si la información ofensiva deshonrosa o calumniosa encuentra amparo en el art. 20 CE . No existirá injuria o calumnia por no ser antijurídica la conducta al concurrir la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho constitucional: el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones, mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción o, en este caso, el derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

En la jurisprudencia se ha hecho habitual este planteamiento: examen de la posible causa de justificación y absolución por virtud de ella si se comprueba que la conducta está resguardada por esos derechos; o condena si se han producido excesos reprochables desde la perspectiva penal (v. gr. STS de 27 de noviembre de 1989 , ó STC 2/2001, de 15 de enero).

Desde 1995, fruto de la reformulación de los tipos de injuria y calumnia en el nuevo Código Penal, algunos casos de ejercicio legítimo de estos derechos ya no necesitan de una eximente: han quedado destipificados (singularmente por la exigencia de un *temerario desprecio a la verdad* en lo que a información sobre hechos respecta).

Por eso en esta materia -así sucede aquí- la discusión ordinariamente ha de centrarse en la cuestión de si el ejercicio de las libertades constitucionales de expresión e información ha sido correcto y legítimo, si no se han rebasado sus límites y no se identifican excesos no cubiertos por tales derechos. Cuando no se ajuste el ejercicio de esos derechos a esos contornos, muy amplios por otra parte, estaremos, en principio, ante una conducta que, si es típica, será también antijurídica.

Dado el rango constitucional de estos derechos, la definición de cuáles sean sus fronteras, y contenido, cómo deben interpretarse sus límites -que aparecen ya enunciados en la propia Constitución-; y en qué condiciones han de ejercitarse para que gocen de protección constitucional, viene proporcionada fundamentalmente por la jurisprudencia del TC (art. 5.1 LOPJ).

En sus líneas maestras esa doctrina constitucional viene a exigir tres requisitos para que la difusión de ideas o informaciones objetivamente injuriosa, calumniosa o difamatoria pueda ampararse en el art. 20 CE . Habría de superar un triple test: el test de veracidad; el test de necesidad; y el test de proporcionalidad.

a) El test de veracidad es aplicable al ejercicio de la libertad de información (imputación de hechos). En ese terreno nos movemos aquí de manera principal, más allá de alguna opinión vertida en el conjunto del reportaje de forma expresa, (alusión a la confianza) que no es significativa por sí misma, y sin perjuicio de la opinión implícita que irradia de la forma de presentar la noticia: sobre esto volveremos.

La veracidad queda cumplida cuando el informador se ha atenido a su deber de diligencia. (SSTC 144/1998, de 30 de junio ; y 200/1998, de 14 de octubre ó 134/1999). No interesa tanto -que también- la adecuación a la verdad o no de la información, cuanto la actitud del informador. Importando una doctrina cuya génesis se sitúa en el Tribunal Supremo Americano la exigencia de veracidad -ha señalado nuestro TC-, no equivale



a correspondencia exacta con la realidad. La comunicación que la Constitución protege es la que trasmite información "veraz", pero de ello no se sigue que quede extramuros del ámbito garantizado la información cuya plena adecuación a los hechos no se ha evidenciado en el proceso.

"Cuando la Constitución requiere que la información sea `veraz` -explica la muy citada STC 6/1988, de 21 de enero - no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas -o sencillamente no probadas en juicio- cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como `hechos` haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse `la verdad` como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio".

Se ha subjetivizado de esa forma la condición de la veracidad de la información: *"El derecho a comunicar `información veraz`, aunque no deja de amparar las afirmaciones controvertibles, sí requiere de quien las transmita una específica diligencia, ya que el derecho constitucional no ampara no sólo ya la `información` que se sabe inexacta por quien la transmite, sino la que, difundida sin contraste alguno con datos objetivos y carente de toda apoyatura fáctica, se revela después como no acreditada en el curso de un proceso".* Insisten y precisan esa doctrina un abultado número de sentencias posteriores entre las que cabe citar las SSTC 15/1993, de 18 de enero, 123/1993, de 19 de abril, 28/1996, de 26 de febrero o la 52/1996, de 26 de marzo.

Se desplaza así el debate desde la verificación de la realidad de la información, al grado de diligencia aplicada por el informador: lo relevante no es la realidad incontrovertible de los hechos, sino la exigencia de *"una especial diligencia que asegure la seriedad del esfuerzo informativo porque el nivel de diligencia que garantiza la veracidad se ha situado por este Tribunal en el amplio espacio que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho, en un extremo, y la transmisión de suposiciones, meras invenciones, insinuaciones insidiosas o noticias gratuitas o infundadas cuando la información puede suponer el descrédito ajeno, en el otro"* (S TC 200/1998, de 14 de octubre, que a su vez cita la S 139/1995).

El TEDH utiliza parámetros parecidos. Así, la legitimidad y credibilidad de la fuente de la que se toma la información que pueda resultar ofensiva, excluye la mala fe, aunque no haya existido verificación ulterior de la noticia, y convierte en ilegítima una posible condena desde la óptica del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 20 de mayo de 1999 asunto *Bladet Tromso y Stensaas v Noruega* ó de 2 junio de 2015, asunto *Erla Hlynisdóttir v. Islandia*).

Aquí el núcleo de la información -otra cosa es la forma de presentarla- es veraz. Se recoge de una fuente oficial que se difunde por la red, presumiblemente por exigencias de transparencia. Además se acudió a un encargado de comunicación de la entidad afectada antes de su publicación. *Prima facie* no existe negligencia o quiebra de los mínimos deberes de un informador en este punto.

Hay que matizar, insistiendo en algo ya mencionado, que cuestión diferente es la manera que luego se elige para transmitir esa información de forma no neutra, con un indisimulado tono peyorativo y, sin duda, un tanto sesgada aunque sin llegar a falsearla. Eso enlaza ya más bien con la libertad de opinión.

El test de veracidad no puede proyectarse a la emisión de opiniones: los juicios de valor no permiten acreditar su exactitud (STEDH de 12 de julio de 2016, asunto *Reichman*). Basta mostrar la concurrencia de una base fáctica suficiente para justificar las opiniones, aunque éstas puedan resultar ofensivas.

Esta apreciación puede proyectarse también en relación a la discutible valoración que se hace en el artículo en cuanto a la aducida y más que cuestionable ilegalidad de prácticas semejantes en nuestro país y a la confianza del mercado español al que debería atender la entidad querellada.

b) El test de relevancia se centra en la materia sobre la que versan las opiniones o informaciones. El menoscabo del derecho al honor en aras de preservar el derecho a la información sólo estará justificado si la información tiene interés para el fin de formación de la opinión pública en materias que interesan a la Sociedad. No se cumple este presupuesto cuando la información versa sobre hechos que carecen de relevancia pública por afectar a materias estrictamente privadas (STC 154/1999, de 14 de septiembre). Si se difunde información veraz, pero ajena a la esfera de lo "noticiable", y sin relevancia pública, la conducta no queda al abrigo de las libertades del art. 20 CE . La lesión al honor solo se legitima cuando la información tiene interés para el fin de formación de la opinión pública que está en la base del privilegiado lugar constitucional de esa libertad por servir de cimiento de una sociedad pluralista y democrática. Sin información libre -ha dicho el



Tribunal Constitucional- no hay opinión pública libre, y sin ésta los valores constitucionales del pluralismo y la libertad se tambalean. Pero cuando la información veraz pero ofensiva nada aporta a ese fin general, claudica en beneficio de otros bienes constitucionales. Sólo los hechos "noticiables" -utilizando una expresiva terminología del Tribunal Constitucional (STC 6/1988, de 21 de enero antes citada)- por tener interés para la opinión pública, pueden encontrar amparo en el derecho a difundir libremente información. (STC 154/1999 de 14 de septiembre).

No hay duda de que nos enfrentamos aquí a una información de interés general, al menos para un sector de la opinión pública. Es difundida a través de un periódico especializado. La querellante es una de las empresas punteras en su campo. La información encaja dentro del marco del debate público (STEDH de 4 de mayo de 2017, asunto *Transtasoncontra Islandia*).

c) El tercero de los tests se fija en la **forma** en que son vertidas y expuestas esas informaciones u opiniones. Aunque la información sea veraz y aunque verse sobre aspectos de relevancia pública, no atraerá la tutela constitucional si las expresiones o la forma de difundir la noticia es innecesariamente ofensiva, vejatoria o insultante (STC 41/2011, de 11 de abril). Son las denominadas *injurias formales*. 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 ó 200/1998, de 14 de octubre). En todo caso, es discutible, si una información veraz pero formalmente injuriosa puede dar lugar al delito del art. 207. Los tajantes términos del art. 208.3 CP parecen excluir su relevancia penal, sin perjuicio de la posible tutela civil.

Es en esta tercera vertiente donde podemos encontrar más campo de debate en relación con el asunto examinado.

DÉCIMO.- En principio estamos ante una información veraz aunque se haya presentado de forma que hace viable el argumento -algo forzado, como se verá- de que contiene una afirmación calumniosa.

La definición legal de calumnia se encuentra en el art. 205 CP :

"Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad".

Para integrar el delito de calumnia no bastan imputaciones genéricas. Es esencial que sean tan concretas y terminantes que, en lo básico, contengan los elementos requeridos para definir el delito atribuido (SSTC de 16 de octubre de 1981 o 17 de noviembre de 1987). Por eso no es calumnia, en principio, llamar a otra persona "estafador" o "ladrón", si no se le atribuyen específicamente hechos que sean constitutivos de tales figuras penales, sin perjuicio de que podamos estar ante unas injurias. Podría ser calumnia en cierto contexto afirmar de alguien que es un "violador" (STEDH de 7 de noviembre de 2017, asunto *Egill Einarsson v. Islandia*). Pero otras expresiones como "ladrón" o "corrupto" o "defraudador" no siempre nos llevan a un tipo penal específico y, por tanto, no son suficientes por sí solas para rellenar la tipicidad del art. 205 CP . Dependerá del contexto: "El político X es un ladrón" no significa que use fuerza en las cosas o violencia en las personas para arrebatar dinero; "la empresa. Y estafa a su clientela" no significa, si no hay aclaraciones adicionales, que esté realizando la conducta descrita en el art. 248 CP .

La querellante sostiene que se le está imputando un delito (corrupción entre privados). En realidad no es así.

No es eso lo que un lector medio interpreta al leer completamente la noticia y el reportaje. El entrecorillado del verbo usado en el titular -"comprar"- evidencia que se quiere decir algo no coincidente con un puro y simple soborno; que se está pensando en agasajos o contribuciones a actividades de formación o similares, asumiendo gastos o con abono de subvenciones o ayudas que, además, no han de ser muy elevadas como el lector más avezado deducirá si se entretiene en dividir la cifra total entre el número de médicos "comprados". Es más, eso queda aclarado en las primeras líneas del texto que alude a conferencias, simposios, formación y participación en cursos. La noticia está presentada con cierta "malicia" o "sesgo". Eso no basta para activar la tutela judicial, ni para dar vida al delito de calumnia.

Esa manera insidiosa de presentar los hechos no es ya tanto información como opinión.



Las comillas que enmarcan el vocablo "comprar" del titular -y cuya autoría niegan los querellados (lo que ahora no nos interesa)- no son irrelevantes. Ponen bien a las claras que se está utilizando el verbo en un sentido figurado. La entidad recurrente se empeña en ver ahí la palmaria atribución de un delito de corrupción entre privados: Grifols a través de sobornos lograría el favor de los médicos "comprados".

Es exagerado y poco armónico con las reglas de la comunicación llegar a esa exégesis, como si fuese inequívoca. En absoluto. Sin necesidad de enzarzarse en un innecesario debate filológico, podemos afirmar que el lector medio de esa noticia (al que hay que suponer un cierto nivel cultural dado el tipo de publicación) no entiende eso. Al igual que quien lee un titular del tipo "*El gobierno compra el voto del diputado del partido XXX*" tampoco interpreta que se está sobornando a ese representante político, sobre todo si tras ese titular, que quiere reclamar la atención del lector, se explica que se han incluido en los presupuestos determinadas inversiones para determinado territorio al que representa el parlamentario aludido "comprado". Ni cuando se proclama que Hacienda "roba" a las clases medias, es lícito imaginar a inspectores de tributos embozados y provistos de un arma para intimidar a los contribuyentes.

El lenguaje es algo más que palabras. Es contexto literario, y es contexto cultural y social; y silencios y sobreentendidos; y estilo según el continente (discusión verbal, reportaje periodístico, informe, exposición académica...)

La lectura del titular objeto de querella lleva a entender, en lo que es práctica conocida y asumida por unos y reprobada por otros, que con fines que pueden ser también de promoción, la querellante invierte ciertas cantidades en subvencionar la formación de profesionales de la medicina a través de ayudas para congresos, dotación de libros o actividades semejantes. Como sucede también en España, sin que en principio eso sea actividad delictiva, aunque sí cuestionada desde el punto de vista deontológico cuando sobrepasa un marco de *adecuación social* o no se atiene a ciertas reglas. Es conocida la elaboración de algunos códigos éticos al respecto.

El periodista partiendo de unos datos veraces, los presenta con actitud muy crítica, poniendo de manifiesto de esa forma su *opinión*, contraria a esas prácticas, pero sin faltar groseramente a la verdad.

Los mismos hechos -en su esencia, verdaderos- se podrían presentar en la forma justamente opuesta: "*Grifols preocupada por la formación de los sanitarios americanos contribuye altruistamente con ella mediante colaboraciones económicas*". Tampoco sería falsa esa noticia.

El hecho es el mismo. La forma de presentarlo obedece a opiniones encontradas sobre la realidad que puede ofrecerse a la opinión pública de forma versallesca, complaciente, laudatoria, publicitaria; o de forma hiriente, agria, insidiosa, incisiva, e incluso, si se quiere, con algunas dosis de *amarillismo* e incluso tergiversación por insinuaciones que parece contener. Nos movemos en todo caso ya en el terreno de las opiniones, donde las fronteras de lo constitucionalmente tolerable son todavía más laxas.

Se ha llamado gráficamente a la libertad de expresión *perro guardián* de la democracia. Esa metáfora evoca agresividad: un animal entrenado para intimidar y morder; no una amable mascota doméstica. La imagen es muy plástica y no desatinada: algunos excesos han de ser tolerados en este campo. El derecho penal no es herramienta apta para limar asperezas o imponer un estilo periodístico más plano, menos escandaloso, más objetivo o neutro en la forma de presentar unos hechos sustancialmente verdaderos; o para acallar una opinión agria aunque pueda ser injusta. El Derecho penal es instrumento demasiado tosco para corregir con él formas de expresión, o formas de presentar una noticia. A esos fines bastan otros remedios jurídicos (rectificación, acciones amparadas en la LO 1/1982, v.gr.)

UNDÉCIMO.- Recapitulando: es claro, en sintonía con los razonamientos de la Audiencia que los hechos quedan amparados por la causa de justificación del art. 20.7 CP, al menos a nivel de derecho penal. No se detecta un exceso que merezca la desproporcionada reacción que supone activar el *ius puniendi* estatal que en este campo ha de ser manejado con especial cautela y contención pues tiene un efecto inhibitorio o desalentador de la libertad de información (STEDH de 4 de mayo de 2017, ya citada) Los aspectos criticables o quizás tendenciosos en la forma de presentar una noticia que, en su esencia, es veraz, han de encontrar respuesta -si la merecen en un marco distinto del derecho penal.

DUODÉCIMO.- Habiéndose desestimado el recurso las costas han de correr a cargo de la entidad recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

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



1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **GRIFOLS S.A** . contra el Auto nº 146/2017 de fecha 27 de febrero de 2017 dictado por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid en causa seguida contra la Editorial Ecoprensa SA, D. Evaristo y D. Jesús María como presuntos responsables civiles subsidiarios y autores, respectivamente de un presunto delito de calumnias y/o injurias.

2.- IMPONER el pago de las **costas** a la entidad **Grifols S.A.**

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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.

Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia

Ana Maria Ferrer Garcia Pablo Llarena Conde

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ