



Roj: **STS 745/2021 - ECLI:ES:TS:2021:745**

Id Cendoj: **28079120012021100157**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/03/2021**

Nº de Recurso: **1687/2019**

Nº de Resolución: **176/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJP 52/2018,**
SAP CA 1/2019,
STS 745/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 176/2021

Fecha de sentencia: 01/03/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1687/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/02/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Procedencia: AP de Cádiz, Sección 4ª

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

Transcrito por: ARB

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1687/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 176/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Dª. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

Dª. Susana Polo García



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 1 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 1687/2019, por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, interpuesto por el acusado **D. Justo y por el Ministerio Fiscal**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Cuarta, de fecha 28 de enero de 2019, en recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Cádiz, en Juicio Rápido nº 355/2017, por delito de calumnias e injurias. en causa seguida contra el referido y otros dos más, por delito de calumnias e injurias. Estando el recurrente representado por la procuradora D^a. Rosa Jaén Sánchez de la Campa, bajo la dirección letrada de D. Juan Domingo Valderrama Martínez. En calidad de parte recurrida, la acusación particular D.^a Rosario y D. Marino, representados por el procurador D. Carlos Blanco Sánchez de Cueto, bajo la dirección letrada de D. Juan José Ortiz Quevedo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 3 de los de Cádiz, instruyó Juicio Rápido nº 355/2017, dimanante de las Diligencias Previas nº 703/2016, contra D. Justo, D. Paulino y D. Ricardo, por delito de injurias y calumnias; y una vez declarada la apertura del Juicio Oral, lo remitió al Juzgado de lo penal nº 5 de Cádiz, que con fecha 30 de julio de 2018, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

«ÚNICO: Ha quedado acreditado que el día 7 de marzo de 2016 en la sede de la Confederación de Empresarios de Cádiz, sita en el edificio Ma'arifa, en la calle Marconi de Cádiz, Justo, Alcalde de Cádiz, Ricardo, entonces Teniente de Alcalde y Presidente de Aguas de Cádiz SA y Paulino, Asesor de Gabinete de Alcaldía, en una reunión con vecinos y periodistas expusieron las conclusiones del informe realizado por Aguas de Cádiz SA sobre lo ocurrido entre el 29 de septiembre de 2014 al 25 de octubre de 2014 en el barrio de Loreto de Cádiz y que provocó el corte de suministro de agua en dicho barrio.

En dicha asamblea, Justo manifestó *"pero mas aún que el error, que se puede entender o no, lo que nos parece absolutamente cuestionable es la gestión de la situación por parte de la entonces dirección de Aguas de Cádiz, es lamentable, no hay explicación que justifique dejar a sabiendas a un barrio consumir agua contaminada durante vados días, no hay explicación que justifique que se haya ocultado a sabiendas tanta información a la ciudadanía, no hay explicación que justifique, que tras este lamentable episodio no se hayan depurado responsabilidades políticas. Nosotros por lo pronto vamos a llevar este informe a la fiscalía, por si la fiscalía considera que alguna de las decisiones tomadas por los entonces mandos de aguas de Cádiz son constitutivas de delito"..... "no os podéis hacer una idea de los modales, de la educación, del trato, de la actitud de los miembros, de determinados miembros que curiosamente pertenecen todos al PP durante la celebración de esta Comisión informativa, el insulto, la mentira, la humillación, son las herramientas, son los elementos discursivos en los que los miembros del Partido Popular que entonces ocupaban cargos de representación y dirección en la empresa Aguas de Cádiz han utilizado no solamente contra los miembros del equipo de gobierno si no además con los técnicos"*.

En dicha asamblea también intervino Paulino, que hizo referencia a Rosario y a Marino y manifestó que desde el PP se estaba intentando *"contaminar a la opinión pública"*.

Las declaraciones de Justo y Paulino, efectuadas ante los medios de comunicación que acudieron a la asamblea, fueron recogidas entre otros por el Diario de Cádiz de 8 de marzo de 2016, la Voz de 8 de marzo de 2016, Viva Cádiz de 8 de marzo de 2016, La Voz de 9 de marzo de 2016 y el Mundo de 9 de marzo de 2016.

El día 9 de marzo de 2016, Ricardo, se personó en el Palacio de Justicia sito en la Cuesta de las Calesas de Cádiz, para presentar en Fiscalía el informe de resultados elaborado por la Comisión Técnica, y manifestó *"estamos aquí para entregar en fiscalía el informe elaborado por los técnicos de forma objetiva e imparcial, sobre lo acontecido durante el corte de agua en el barrio de Loreto, y lo hacemos porque queremos que sea el órgano judicial quien determine si hay indicio de delito en la gestión de este suceso. Deben depurarse responsabilidades políticas y si las hubiere también judiciales, sin pretextos, no hay explicación posible que justifique dejar a un barrio consumir agua contaminada durante días, es intolerable, no hay explicación posible que justifique que se haya ocultado esta información a la ciudadanía y a las autoridades sanitarias, no hay explicación que justifique el hecho de que no se hayan depurado todavía esas responsabilidades políticas. Estamos cansados de que intenten enredar, que no asuman las consecuencias de sus actos, de que hagan discursos amenazantes, nosotros somos de hechos, dijimos que íbamos a encargar el informe y aquí está, dijimos que íbamos a ponerlo en manos de la fiscalía y aquí estamos, no nos entretenemos en lanzar acusaciones al aire, actuamos cuando creemos que hay que actuar y no nos quedamos en la amenaza, no nos sorprende la actuación del Partido Popular en este caso, puesto que ya nos tienen acostumbrados, solo han lanzados descalificaciones, han intentado desprestigiar*



tanto la figura del alcalde como la de los técnicos a pesar de que uno de ellos ha trabajado en una veintena de casos como perito judicial. Ellos que dicen respetar tanto a los técnicos ahora ponen en duda la capacidad de los mismos porque no comparten su visión. Dicen que el alcalde es un miserable pero saben que lo realmente es miserable es esto, que hayan ocultado información. Estamos cansados de escuchar al Señor Marino lanzar preguntas al aire para evitar posibles querellas, se mueve en esa línea delgada entre la insinuación y la acusación y se cree que con preguntar en lugar de afirmar se libra de la responsabilidad. Esta es su forma de actuar, tirar la piedra y esconder la mano. Aquí estamos para que la fiscalía estudie si pudo cometer algún delito en la gestión del corte de agua de Loreto, nada de insinuar hechos y llevar los datos al lugar donde se debe estudiar si puede existir alguna responsabilidad jurídica. El Partido Popular y Marino escondieron la mano cuando al presentar los análisis ocultaron el resultado de varios días, mas de medio centenar de analíticas dieron positivo entre el 29 de septiembre y el 13 de octubre y no se informó a las autoridades sanitarias como corresponde, qué estuvieron haciendo durante esos días? Nosotros no vamos a caer en el insulto porque el verdadero insulto se hizo con la ciudadanía al no contar toda la verdad del corte de agua. Tampoco hemos entrado en descalificaciones personales, el informe está ahí, y será la justicia quien determine si hay indicios de delito, y será la comisión de sostenibilidad quien determine si hay responsabilidad política".

Las manifestaciones de Ricardo fueron recogidas por los medios de comunicación y publicadas en el Diario de Cádiz de 10 de marzo de 2016, La Voz de 10 de marzo de 2016 y Viva Cádiz de 10 de marzo de 2016(sic)».

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Penal en la citada sentencia, dictó la siguiente parte dispositiva:

«DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a Justo , Paulino y Ricardo , del delito continuado de calumnia y del delito continuado de injurias, de que se les acusaba, con declaración de las costas de oficio(sic)».

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por parte de la acusación particular; dictándose sentencia por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 4ª, con fecha 28 de enero de 2019, cuya parte dispositiva es la siguiente:

«Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso interpuesto por la acusación particular contra la sentencia dictada por la Il.tra Sra. Magistrada-Juez el Juzgado de lo Penal nº 5 de Cádiz, de fecha 30/7/2018 en los términos que siguen:

Que debemos condenar y CONDENAMOS a Justo , como autor criminalmente responsable de un delito de CALUMNIAS CON PUBLICIDAD, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de MULTA DE DIECIOCHO MESES A RAZÓN DE CUOTAS DE DIEZ EUROS, POR UN TOTAL DE 5.400€ CON NUEVE MESES DE PRISION SUSTITUTORIA EN CASO DE IMPAGO E INSOLVENCIA. Asimismo lo condenamos a indemnizar a Rosario y a Marino en 3.000€ a cada uno, a la publicación a su costa de la presente en los mismos medios en que se publicó la noticia que dieron lugar sus declaraciones concretamente los diarios La Voz de Cádiz, Diario de Cádiz y Viva Cádiz, y al pago de 1/3 de las costas procesales incluidas las de la acusación particular.

Que debemos desestimar y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la acusación particular en relación con los acusados Paulino y Ricardo , manteniendo los pronunciamientos a ellos referidos.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia para su ejecución(sic)».

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, por el **Ministerio Fiscal** y por la representación procesal del acusado **D. Justo** , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el presente recurso.

QUINTO.- El recurso interpuesto por la representación procesal del recurrente **Ministerio Fiscal**, se basó en los siguientes motivos de casación:

Único.- Por infracción de Ley, al amparo de los artículos 848.1.b) y 849.1º de la LECrim, por aplicación indebida de los artículos 205, 206 y 211 del Código Penal, por infracción penal de precepto de carácter sustantivo.

SEXTO.- El recurso interpuesto por la representación procesal del recurrente **D. Justo** , se basó en los siguientes motivos de casación:

Único.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 847.1. b) de la LECrim, por la infracción de precepto legal prevista en el número 1º del artículo 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, y conforme al acuerdo de pleno no jurisdiccional de esta misma sala de fecha 9 de junio de 2016, por entender que la Sentencia impugnada se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial de las normas sustantivas que se argumentaran en este recurso.



SÉTIMO.- Instruida la parte recurrida de los recursos de casación presentados, por la misma se interesa la inadmisión a trámite de los recursos interpuestos por los recurrentes, por las razones vertidas en el escrito que obra unido a los presentes autos y subsidiariamente su desestimación; por la representación procesal del recurrente D. Justo se manifiesta se le tenga por adherida al recurso presentado por el Ministerio Fiscal, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día 17 de Febrero de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal nº 5 de Cádiz absolvió al acusado Justo de los delitos por los que venía acusado. La Audiencia Provincial, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la acusación particular acordó su condena como autor de un delito de calumnias con publicidad a la pena de 18 meses de multa con cuota diaria de 10 euros. Contra esta sentencia interponen recurso de casación el Ministerio Fiscal y el citado acusado.

El Ministerio Fiscal formaliza un único motivo, al amparo de los artículos 847.1.b) y 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), denuncia la infracción, por aplicación indebida, de los artículos 205, 206 y 211 del Código Penal (CP). Sostiene que los hechos declarados probados no son constitutivos de delito al no reunir los requisitos legales y jurisprudenciales de la calumnia. Entiende que las frases atribuidas al acusado que, en la sentencia de apelación, son consideradas delictivas no pueden ser consideradas constitutivas de un delito de calumnia, y, con cita de la STS de 1 de febrero de 1995, repasa los requisitos que la jurisprudencia ha exigido para la apreciación de esa infracción penal, aunque precisando que, tras la entrada en vigor del actual Código Penal, al tratar de los elementos del delito, se excluye el animus infamandi en el estudio de tipo subjetivo. Parte el Ministerio Fiscal de que Justo, Alcalde de Cádiz, en la sede de la Confederación de Empresarios expuso ante vecinos y periodistas las conclusiones de un informe realizado por Aguas de Cádiz S.A. Sobre lo ocurrido entre el 29/9/2014 al 25/10/14 en el Barrio de Loreto de Cádiz que dio lugar al corte de suministro de agua al barrio citado. en dicha asamblea. Entre otras palabras, al Alcalde luego acusado dijo: "...lo que nos parece absolutamente cuestionable es la gestión de la situación por la entonces dirección de Aguas de Cádiz, es lamentable, no hay explicación que justifique dejar, a sabiendas, a un barrio consumir agua contaminada durante verlos días.." Dos días después, sigue diciendo el relato de hechos probados, el acusado se presentó el informe a la Fiscalía, "para que la Fiscalía estudie sí pudo cometer algún delito en la gestión del corte de agua en Loreto...".

Se sostiene en el recurso que la atribución de los hechos a la "dirección de Aguas de Cádiz" no permite identificar con suficiente claridad a los querellantes, pues, aunque formaban parte de esa dirección como Alcaldesa y Concejales y podían tener responsabilidad política, la dirección de Aguas es más compleja y forman parte de ella técnicos que realmente son quienes llevan directamente la gestión. En los hechos no se dice que la atribución se dirigiera concretamente contra los querellantes Rosario e Marino como personas responsables de los hechos.

En cuanto a los hechos, se sostiene que la acusación tiene que ser concreta y terminante y recuerda, con cita de la STS nº 174/2019, de 2 de abril, que no se trata de imputar un delito, sino, más exactamente, un hecho, que ha de ser inequívoco, concreto y determinado. Argumenta, además, que la atribución no contiene los elementos del artículo 365 CP, que se refiere a quienes envenenaren o adulteraren las aguas potables, pues ni se les imputa esa conducta ni tampoco ninguna omisión que hubiera dado lugar a que otro ejecutara esa conducta.

Añade el Fiscal que falta el conocimiento de la falsedad de lo imputado o el actuar con temerario desprecio por la verdad, pues es un hecho contrastado que existió un problema de contaminación del agua suministrada por Aguas de Cádiz, y que la cuestión fue trasladada inmediatamente a la Fiscalía para que la investigara.

Por ello, entiende el Ministerio Fiscal, que "*la cuestión no se puede sacar del marco de una información realizada por un cargo político en el ejercicio de sus funciones, poniendo de manifiesto ante la opinión pública unas irregularidades, todo ello de forma tal vez áspera e incluso sesgada, pero no constitutiva de delito*" (sic).

También interpone recurso el acusado, condenado por la sentencia de apelación. Formaliza también un único motivo en la misma línea que el Ministerio Fiscal, por aplicación indebida de los artículos 205, 206, 207, 211 y 212 CP, y entiende que la sentencia impugnada es contraria a la jurisprudencia sobre la libertad de expresión, sobre los elementos del delito de calumnia, sobre los elementos del delito del artículo 365 CP y sobre la determinación y designación de las personas a quienes se atribuye el delito por el autor. Destaca la coincidencia sustancial de sus manifestaciones con las de otro de los acusados, Ricardo, quien afirmó que "*no hay explicación posible que justifique dejar a un barrio consumir agua contaminada durante días, es intolerable, no hay explicación posible que justifique que se haya ocultado esta información a la ciudadanía y a*



las autoridades sanitarias, no hay explicación que justifique el hecho de que no se hayan depurado todavía esas responsabilidades políticas", y, sin embargo, fue absuelto. Destaca, con cita del Auto de esta Sala de 28 de junio de 2013, que la jurisprudencia constitucional, en línea coincidente con resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vid. STEDH Lingens c Austria, 8 julio 1986 (TEDH 1986, 8) viene reiterando que cuando los afectados son titulares de cargos públicos, los límites de la crítica admisible son más amplios, hasta el punto de llegar a afirmar que éstos han de soportar las críticas o las revelaciones aunque « duelan, choquen o inquieten », (STC 76/1995, 22 de mayo) o sean « especialmente molestas o hirientes » (SSTC 216/2006, 3 de julio, 192/1999, 25 de octubre y 110/2000, 5 de mayo).

Señala que el acusado es contrincante político de los querellantes y que las declaraciones consideradas delictivas son la expresión de su opinión respecto del informe elaborado sobre lo sucedido en relación a un caso de especial alarma social; que las expresiones no son vejatorias; que no se refiere nominalmente a ninguna persona; que no se concreta un presunto delito, y que están avaladas por el derecho a la libertad de expresión en el contexto político en el que se realizaron. Especifica que afirmar que durante unos días se permitió a sabiendas el suministro de agua contaminada, no es subsumible en el artículo 365 CP, ni tampoco en comisión por omisión, ya que envenenar o adulterar o permitir que otro lo haga no es equivalente a no informar a la opinión pública que las aguas que se suministran para el consumo están contaminadas.

Argumenta igualmente que, en los hechos probados de la sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal, se refirió a los mandos de Aguas de Cádiz, pero ni la recurrente en apelación Sra. Rosario , ni el recurrente Sr. Marino , eran mandos de Aguas de Cádiz, como bien manifiesta dicha sentencia del Juzgado de lo Penal. En la sentencia de apelación, pues, se produce una rectificación de los hechos declarados probados en la de instancia en sentido contrario a los intereses del acusado.

La acusación particular se ha mostrado contraria a la estimación de los recursos y entiende que la atribución se dirigió a personas concretas e identificables, como resulta de la información de prensa que siguió a estos hechos; que los hechos imputados serían constitutivos de delito contra la salud pública del artículo 365, que es perseguible de oficio; que no se trata del derecho a la libertad de expresión, sino del derecho a la libertad de información y que el acusado transmitió una información falsa e inveraz.

Ambos recursos pueden ser examinados conjuntamente.

1. El artículo 205 CP considera calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o con temerario desprecio hacia la verdad. La jurisprudencia ha venido aclarando que lo que exige el tipo no es propiamente la imputación de un delito, sino la atribución de un hecho delictivo; que ha de realizarse a una persona o personas concretas o, al menos, bien identificables; que ha de contener los elementos propios de una infracción delictiva, aunque no sea preciso que el autor la califique según el CP; y que, desde el tipo subjetivo, se requiere el dolo directo (con conocimiento de su falsedad), o bien el dolo eventual (con temerario desprecio hacia la verdad). No es preciso, desde la aprobación del CP de 1995 la concurrencia de lo que se denominaba animus infamandi.

2. La protección del derecho al honor colisiona en numerosas ocasiones con los derechos a la libertad de expresión y de información (artículo 20 de la Constitución). La jurisprudencia constitucional ha subrayado repetidamente la "peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión", en cuanto que garantía para "la formación y existencia de una opinión pública libre", que la convierte "en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática" (STC 6/1981, STC 12/1982, STC 41/2001 y STC 50/2010). Ha señalado también que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica "aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática" (SSTC 174/2006). En la STC nº 177/2015, de 22 de julio, el Tribunal Constitucional recuerda que "el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que la libertad de expresión adquiere unos márgenes especialmente valiosos cuando se ejerce por una persona elegida por el pueblo (STEDH de 15 de marzo de 2011, caso Otegi c. España , §50), que representa a sus electores, señala sus preocupaciones y defiende sus intereses, estándole "permitido recurrir a una cierta dosis de exageración, o incluso de provocación, es decir, de ser un tanto inmoderado en sus observaciones" (caso Otegi c. España , § 54), por lo que en ese contexto el control debe ser más estricto (STEDH de 23 de abril de 1992, caso Castells c. España , § 42)".

Con ello no se quiere decir que estos derechos no tengan límites, pues, de un lado, " el sujeto interviniente en el debate público de interés general debe tener en consideración ciertos límites y, singularmente, respetar la dignidad, la reputación y los derechos de terceros" (STC 177/2015), de manera que la Constitución no reconoce y protege un supuesto derecho al insulto, y en este sentido ha declarado de forma reiterada que quedan fuera de la protección constitucional del art. 20.1 a) CE " las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de



las mismas". Del mismo modo, el derecho a la libertad de expresión no ampara incitaciones a la violencia o aquellas otras que pudieran considerarse integrantes de lo que se conoce como discurso del odio, identificado por la jurisprudencia del TEDH, (Recomendación núm. R (97) 20 del Consejo de Europa) como "cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiestan a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías y los inmigrantes o personas de origen inmigrante" (STEDH caso *Feret c. Belgica*, de 16 de julio de 2009 , § 44). O, más sintéticamente, aquel desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular (STC 235/2007). En cualquier caso, sea cual sea el concepto o definición del discurso de odio que se utilice, quedan fuera de la protección del derecho a la libertad de expresión las incitaciones a la violencia y las expresiones que supongan *fomento, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de "raza", color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales.*

Pero, siempre respetando estas últimas exigencias, también se ha dicho que los posibles límites a la libertad de expresión se amplían de forma considerable cuando la crítica se hace en el ámbito político. Señala el TEDH en la sentencia de 13 de marzo de 2018, Caso Stern Taulats y Roura Capellera contra España, que "los límites de la crítica admisible son más amplios con respecto a un hombre político, en su condición de tal, que respecto a una persona particular: a diferencia del segundo, el político se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus actos y de sus gestos, tanto por los periodistas como por la ciudadanía en general; Por lo tanto, debe mostrar mayor tolerancia" (*Lingens contra Austria*, 8 de julio de 1986, ap. 42, *Vides Aizsardzibas Klubs contra Letonia*, 27 de mayo de 2004 y *Lopes Gomes da Silva contra Portugal*). Ciertamente, se añade, "tiene derecho a la protección de su reputación, incluso fuera del ámbito de su vida privada, pero los imperativos de dicha protección deben ponderarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas, estando sujetas las excepciones a la libertad de expresión a una interpretación estricta" (*Pakdemirli contra Turquía*, 22 de febrero de 2005, y *Artun y Güvener contra Turquía*, 26 de junio de 2007). En el mismo sentido Los límites permisibles a la crítica son más estrechos con respecto a un ciudadano privado que en lo referente a políticos o los Gobiernos (véase, por ejemplo, *Castells contra España*, 23 de abril de 1992 [TEDH 1992,1] ap. 46, serie A núm. 236; *Incal contra Turquía*, 9 de junio de 1998 [TEDH 1998, 28], ap. 54, *Repertorio de Sentencias y Decisiones 1998 IV*; y *Tammer contra Estonia* (STEDH Caso Delfi javascript:maf.doc.linkToDocument('TEDH+2001+81', ' ', 'TEDH+2001+81', 'i0ad6adc60000177a6bfb7b0f20cdb1c', 'spa');As contra Estonia, de 10 octubre 2013).

3. En el caso, las manifestaciones del recurrente se produjeron en un contexto político de crítica a la gestión del anterior equipo de gobierno municipal en relación con un asunto de especial interés para los ciudadanos del municipio. Según se desprende de la sentencia de instancia, aunque no se recoja así en los hechos probados, el 29 de setiembre de 2014 se dio aviso de mal olor en las aguas potables, destinadas al consumo humano, que se suministraba en el barrio de Loreto de la capital. El día 13 de octubre, dados los niveles de contaminación por bacterias coliformes y E. coli, se suspendió el suministro, que no fue repuesto hasta el día 25 de octubre. Sustituido, tras las elecciones municipales, el anterior equipo gobernante, el nuevo Alcalde tuvo a su disposición un informe elaborado por Aguas de Cádiz sobre lo que había sucedido. Según se dice, entre el día 29 de setiembre y el 13 de octubre se practicaron análisis a las aguas que dieron resultados positivos, lo cual no se comunicó a las autoridades sanitarias. En el informes e expresa que el día 3 ya se debió comunicar la situación a aquellas autoridades. El recurrente entendió que los responsables, entre ellos los dos querellantes, debían de saberlo, por lo que comunicó públicamente esta circunstancia y anunció que entregaría el informe en Fiscalía para que se procediera a la depuración de responsabilidades que resultara procedente.

Se trata, pues, de una crítica pública realizada por un responsable político a otras personas que fueron responsables políticos con anterioridad, por la gestión de un suceso de interés general para la ciudadanía, en el ámbito de la actuación política municipal.

Esta Sala entiende, pues, que, con independencia de la opinión que pueda sostenerse acerca de la corrección de las palabras o el tono empleados, la denuncia realizada queda amparada por el derecho a la libertad de expresión.

4. Tampoco desde la perspectiva del derecho a la información se aprecia exceso alguno que permita considerar delictiva la conducta. El artículo 20.1.d) de la Constitución reconoce el derecho a emitir información veraz. Se ha entendido que la veracidad no hace referencia a la coincidencia de lo informado con la realidad, sino al desarrollo de la diligencia exigible según el caso para verificar o contrastar la información (STC 105/1990, entre otras).



En el caso, el recurrente procedió a informar a la opinión pública acerca del resultado de un informe encargado para tratar de aclarar lo sucedido en relación con un incidente en el suministro de agua potable a la población que dio lugar al corte del mismo durante unos días para los vecinos de un determinado barrio de la capital de la que era Alcalde. Es decir, respecto de un asunto de interés general. En el curso de esa información transmitió a los vecinos su opinión relativa a la negligencia que apreciaba en la gestión de los anteriores responsables políticos y su decisión de trasladar el asunto a la Fiscalía, como efectivamente hizo, para depurar posibles responsabilidades.

SEGUNDO.- Desde la perspectiva de la concurrencia de los requisitos propios del delito de calumnia, tampoco puede afirmarse que los cumplan los hechos que han sido declarados probados. Como hemos dicho más arriba, lo que se considera constitutivo del delito es que el recurrente declaró: "*lo que nos parece absolutamente cuestionable es la gestión de la situación por la entonces dirección de Aguas de Cádiz, es lamentable, no hay explicación que justifique dejar, a sabiendas, a un barrio consumir agua contaminada durante varios días*". Más concretamente, que se ha dejado que un barrio consumiera agua contaminada durante varios días.

1. Ya hemos hecho, más arriba, referencia al contexto, la cual resulta necesaria para valorar la conducta examinada. Baste ahora recordar dos aspectos. De un lado, que las manifestaciones cuestionadas se realizan por un político, servidor público, con responsabilidades actuales como Alcalde de la localidad, referidas a otros políticos, que también fueron servidores públicos con anterioridad en el mismo municipio. Concretamente se efectúan por quien en ese momento era el Alcalde, respecto de la actuación de la anterior Alcaldesa y su equipo, en el marco de una crítica a su gestión en relación con el asunto de la contaminación del agua suministrada para consumo humano a los vecinos de un barrio de la capital. De otro lado, que las afirmaciones respecto a que los anteriores responsables habían actuado a sabiendas vienen seguidas del anuncio de poner los hechos en conocimiento de la Fiscalía. Es decir, no se trata de una mera imputación de un hecho, sino de la comunicación a la opinión pública de la decisión de denunciarlo ante la Fiscalía, explicando las razones de tal forma de proceder.

2. La jurisprudencia ha señalado que la imputación que puede ser considerada delito de calumnia ha de referirse a personas determinadas y por hechos concretos.

En cuanto a lo primero, es cierto, como alega el recurrente, que en su discurso no mencionó ningún nombre, pues se refirió a la entonces dirección de Aguas de Cádiz, de la que formaban parte Rosario, como Alcaldesa y Marino, como Concejal. Sin embargo, sí lo hicieron quienes lo acompañaban, el Teniente de Alcalde y el Asesor de Gabinete de Alcaldía. De forma que quienes estaban presentes entendieron que se estaba refiriendo a los querellantes que interpusieron el recurso de apelación, Rosario y Marino. Así lo recogieron varios medios de comunicación cuando dieron la noticia.

Tampoco puede entenderse que la imputación realizada no sea concreta. Lo que se imputa es haber dejado, a sabiendas, que un barrio entero consumiera agua contaminada.

3. Sin embargo, ello no quiere decir que los hechos imputados tuvieran los caracteres del delito previsto en el artículo 365 CP, al que se refiere la sentencia condenatoria.

El artículo 365 castiga, con pena de prisión de 2 a 6 años, al que envenenare o adulterare con sustancias infecciosas, u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud, las aguas potables....

La Audiencia reconoce que no se les ha imputado envenenar o alterar el agua, pero considera que esa conducta típica es equivalente a dejar que consumieran agua contaminada, sin avisar de la situación. Es decir, a la comisión por omisión de tal delito.

Sin embargo, ateniéndonos a la descripción del tipo objetivo, la comisión por omisión de este delito vendría integrada por omitir, desde una posición de garante, el cumplimiento del deber de impedir que otro envenenare u adulterare las aguas potables. Y esa conducta no es la misma que permanecer pasivo mientras otros consumen agua contaminada. Es cierto que los responsables municipales se encuentran obligados a adoptar medidas relacionadas con los aspectos de salubridad pública, o de instar a los competentes para adoptarlas cuando tengan conocimiento de hechos que las hagan necesarias. Pero ello no quiere decir que el incumplimiento de esas obligaciones sea siempre constitutivo de delito. Y la prohibición de la analogía, artículo 4.1 CP impide aplicar las leyes penales a casos distintos de los previstos en ellas.

En cualquier caso, tampoco concurren otros elementos del tipo. El precepto exige que el envenenamiento o la adulteración tengan lugar mediante sustancias infecciosas u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud. Esta grave nocividad resulta predicable tanto de las sustancias infecciosas como de otras cualesquiera, teniendo en cuenta que no todas las infecciosas pueden ser gravemente nocivas, y la penalidad impuesta al autor implica que el riesgo para la salud pública debe ser grave.



En ninguna de las dos sentencias se declara probado cual era el grado de contaminación que existió, al que se refería el recurrente cuando declaró que lo ocultaron los querellantes. Solo hay una referencia en el FJ 4 de la sentencia de instancia, cuando se argumenta que el día 29 de setiembre se dio aviso de mal olor del agua; que el 13 de octubre se cortó el suministro porque los análisis daban valores de bacterias coliformes y E. coli mayores de 150 UFC/100 ml; y que se restableció el suministro el 25 de octubre.

Aunque con esos datos se puede considerar que se declara probado, por su significado fáctico, que el día 13 de octubre esos eran los valores y que ello determinó el corte del suministro, con ello no es posible establecer, más allá de dudas razonables, cuáles eran esos valores en la contaminación en los días en los que se ocultó a la ciudadanía. En consecuencia, no es posible establecer como probado que "el envenenamiento o la adulteración" de las aguas lo fue por una sustancia infecciosa o por cualquier otra sustancia que pudieran ser gravemente nocivas para la salud.

Y, finalmente, el recurrente solamente se refirió a agua contaminada, sin hacer mención alguna a la existencia de sustancias gravemente nocivas para la salud.

No puede afirmarse, pues, que la conducta imputada a los querellantes presentara de forma suficientemente clara los caracteres de un delito previsto en el artículo 365 CP.

4. De los hechos probados tampoco resulta con la necesaria claridad y precisión que el recurrente conociera la falsedad de lo que afirmaba o que lo hiciera con temerario desprecio hacia la verdad.

En primer lugar, porque la sentencia de instancia no lo declara probado. Ni en el relato fáctico ni en la fundamentación jurídica se observa ninguna referencia a este aspecto del tipo subjetivo. Como es sabido los elementos del tipo subjetivo también tienen naturaleza fáctica por lo que deben declararse probados. No se afirma que el recurrente actuara con conocimiento de la falsedad de lo que imputaba, ni tampoco se declaran probados elementos o aspectos fácticos sobre los que se pueda construir que actuaba con temerario desprecio hacia la verdad.

A pesar de ello, en la sentencia de apelación, aquí recurrida, se dice textualmente: "*Tampoco podemos dar veracidad (aunque ello no se alega claramente) a que el querellado acusase sin dolo por tener elementos que le permitieren creer que su imputación era veraz. Puesto que, si bien sí es un hecho contrastado que hubo un problema de contaminación del agua suministrada por la empresa Aguas de Cádiz que dio lugar a cortes de agua y que hubo una serie de analíticas que así lo ponían de manifiesto, de ahí a que las personas responsables de la empresa y la entonces alcaldesa, estuvieran permitiendo ese suministro de agua contaminada "a sabiendas" y con clara y evidente comisión de una infracción penal que pudiere haber supuesto un peligro claro para la salud e integridad de los vecinos, va un abismo que el acusado no dudó en saltar, a sabiendas de que imputaba un hecho falsamente o al menos sin tener la mínima diligencia para comprobar su veracidad, en una acción que entendemos irresponsable y con un único objetivo de desprestigio de rivales políticos más evidente aún por cuanto al momento de hacerse esas manifestaciones el problema real estaba afortunadamente resuelto, que cae claramente al menos en el dolo eventual*".

Pero, si el Tribunal de instancia no lo declaró probado, no puede darse por acreditado por el Tribunal de apelación, pues ello supondría rectificar los hechos probados en contra del reo en vía de recurso, sin darle la oportunidad de defenderse y sostener su versión ante el Tribunal que lo condena, contrariando la doctrina de esta Sala, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto a la posibilidad de rectificar en vía de recurso las sentencias absolutorias.

Además, y aunque lo anterior sería suficiente para estimar los recursos, es muy dudoso que pudiera entenderse acreditado el conocimiento de que lo que decía era falso o que actuara con temerario desprecio hacia la verdad, lo que supondría disponer de datos que introdujeran dudas, porque, ya desde el primer momento, comunicó que el informe se trasladaba a la Fiscalía, siendo la razón no solo su contenido técnico, sino que, desde el mismo se podía deducir con lógica que entre los días 29 de setiembre al 13 de octubre se realizaron análisis que dieron positivo, aunque no se comunicaran a las autoridades sanitarias ni a la opinión pública, siendo razonable entender que los técnicos no lo ocultaron sino que lo habían comunicado a sus superiores políticos. Y también, porque el recurrente podía entender que si la exalcaldesa había dicho que los análisis daban resultado de cero, era porque sabía de su existencia.

Por todo ello, no puede considerarse que los hechos que se han declarado probados constituyan un delito de calumnia, por lo que ambos motivos se estiman y se acordará la absolución del recurrente Justo .

FALLO

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



1º. **Estimamos** los recursos de casación interpuestos por **el Ministerio Fiscal** y por la representación procesal de **D. Justo** , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Cuarta , de fecha 28 de enero de 2019 , en recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Cádiz, en Juicio Rápido nº 355/2017, por delito de calumnias e injurias.

2º. Declaramos de oficio las costas de los presentes recursos.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde

Susana Polo García Javier Hernández García

RECURSO CASACION núm.: 1687/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Dª. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

Dª. Susana Polo García

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 1 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1687/2019, interpuesto por el Ministerio Fiscal y por el acusado **D. Justo** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Cuarta , de fecha 28 de enero de 2019 , en recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Cádiz, en Juicio Rápido nº 355/2017, por delito de calumnias e injurias, que estimaba parcialmente el recurso interpuesto por la acusación particular contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Cádiz, de fecha 30/7/2018 en los términos que siguen: condenando a D. Justo , como autor criminalmente responsable de un delito de calumnias con publicidad, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de multa de dieciocho meses a razón de cuotas de diez, por un total de euros, por un total de 5.400 euros con nueve meses de prisión sustitutoria en caso de impago e insolvencia. Asimismo lo condenamos a indemnizar a Rosario y a Marino en 3.000€ a cada uno, a la publicación a su costa de la presente en los mismos medios en que se publicó la noticia que dieron lugar sus declaraciones concretamente los diarios La Voz de Cádiz, Diario de Cádiz y Viva Cádiz, y al pago de 1/3 de las costas procesales incluidas las de la acusación particular.- Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la acusación particular en relación con los acusados Paulino y Ricardo , manteniendo los pronunciamientos a ellos referidos.- Acordándose devolver los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia para su ejecución.- Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por el Ministerio Fiscal y por la representación procesal de uno de los acusados, y que ha sido **CASADA Y ANULADA**, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con los fundamentos de nuestra sentencia de casación, procede absolver al acusado D. Justo del delito de calumnia con publicidad por el que venía condenado, declarando de oficio las costas de la instancia y de la apelación .

FALLO

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

1º. Absolvemos al acusado **D. Justo** del delito de calumnia por el que venía condenado.

2º. Se declaran de oficio las costas de la instancia y las de la apelación.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde

Susana Polo García Javier Hernández García