



Roj: **SAP C 1968/2011 - ECLI:ES:APC:2011:1968**

Id Cendoj: **15078370062011100407**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santiago de Compostela**

Sección: **6**

Fecha: **24/06/2011**

Nº de Recurso: **148/2011**

Nº de Resolución: **56/2011**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JOSE RAMON SANCHEZ HERRERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

A CORUÑA

SENTENCIA: 00056/2011

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 de A CORUÑA

Domicilio: RÚA VIENA S/N, 4ª PLANTA, SANTIAGO DE COMPOSTELA

Telf: 981- 54.04.70

Fax: 981- 54.04.73

Modelo: SE0200

N.I.G.: 15078 51 2 2010 0000809

ROLLO: APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000148 /2011

Juzgado procedencia: JDO. DE LO PENAL N. 1 de SANTIAGO DE COMPOSTELA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000173 /2010

RECURRENTE: Ezequias y Mónica

Procurador/a: MARIA NATIVIDAD ALFONSIN SOMOZA

Letrado/a:

RECURRIDO/A: MINISTERIO FISCAL, Isidro , Vanesa , Moises

Procurador/a: , MARIA DE LOS OJOS GRANDES PARDO VALDES , MARIA DE LOS OJOS GRANDES PARDO VALDES , MARIA DE LOS OJOS GRANDES

PARDO VALDES

Letrado/a:

SENTENCIA Nº56/2011

ILMOS. MAGISTRADOS:

D. ANGEL PANTIN REIGADA

Dª LEONOR CASTRO CALVO

D. JOSE RAMON SANCHEZ HERRERO

En Santiago de Compostela, a 24 de Junio de 2011.

La Audiencia Provincial, Sección 006 de esta capital ha visto en grado de apelación, sin celebración de vista pública, el presente procedimiento penal, dimanante del JDO. DE LO PENAL nº1 de SANTIAGO DE



COMPOSTELA, por delito de INJURIAS Y CALUMNIAS, seguido contra Isidro , Vanesa Y Moises , siendo partes en esta instancia como apelante Ezequias y Mónica representados por la Procurador MARIA NATIVIDAD ALFONSIN SOMOZA y, como apelados el MINISTERIO FISCAL, Isidro , Vanesa y Moises , estos últimos representados por la procuradora Sra. MARIA PARDO VALDES.

Ha sido Ponente el Magistrado D.JOSE RAMON SANCHEZ HERRERO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juez del Juzgado de lo Penal nº 1 de Santiago de Compostela, con fecha dieciocho de octubre de dos mil diez dictó sentencia en el procedimiento de que dimana que en su parte dispositiva dice así: " Que debo absolver y absuelvo al acusado Isidro , A Vanesa Y A Moises , de un delito de injurias y un delito de calumnias, inicialmente imputado, declarando las costas de oficio."

SEGUNDO.- Notificada mencionada sentencia, contra la misma se formalizó recurso de apelación por la representación procesal de Ezequias Y Mónica , que fue admitido en ambos efectos y practicadas las diligencias oportunas y previo emplazamiento de las partes, fueron elevadas las actuaciones a este Tribunal y no habiéndose propuesto diligencias probatorias, al estimar la Sala que no era necesaria la celebración de la vista para la correcta formación de una convicción fundada, quedaron los autos vistos para sentencia, previa deliberación.

TERCERO.- Como fundamentos de impugnación de la sentencia, se alegaron sustancialmente los siguientes:

- Error en la apreciación de las pruebas
- Infracción de precepto legal

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los de la sentencia apelada, que son del tenor literal siguiente: " El acusado, Isidro , mayor de edad y sin antecedentes penales, creó un **blog** de opinión política, donde participaban varias personas, algunas de ellas expresando sus opiniones de forma anónima, a través de un ordenador propiedad de la también acusada Vanesa , mayor de edad y sin antecedentes penales, compañera del también acusado, Moises , mayor de edad y sin antecedentes penales; desde el citado **Blog** se emitieron opiniones de crítica política contra miembros del PSOE de Teo."

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Se aceptan parcialmente los de la apelada, en tanto no se opongan a los siguientes, y

PRIMERO.- El presente recurso versa sobre la decisión de la sentencia apelada de absolver a los acusados de los delitos contra el honor que les habían imputado los recurrentes, cometidos a través del **blog** ubicado en la página <http://tamensomosocialistasdeteo.blogspot.com>. Según el escrito de acusación presentado por dicha parte recurrente (el Ministerio Fiscal no formuló acusación, aunque resultaban afectados concejales del Ayuntamiento de Teo) D. Isidro sería el administrador de dicho **blog**, su hijo D. Isidro es quien dio a su padre información a niveles informáticos y D^a Vanesa la titular del ordenador que utiliza la IP donde está residenciada la administración de dicha bitácora, si bien se dice que algunas entradas en el **blog** se hicieron también desde la IP asociada al ordenador de su lugar de trabajo. En cuanto a las manifestaciones que darían lugar a dichos delitos, se hizo en el escrito de acusación una síntesis de las expresiones dirigidas contra D. Ezequias Secretario General de la Agrupación Socialista de Teo y portavoz del grupo municipal socialista, contra D^a Mónica , concejal socialista en dicho Concello, y contra la Agrupación Socialista de Teo, y además se denunciaba la utilización para estos fines de los símbolos oficiales del PSOE, anagrama y sintonía musical incluidos, sin autorización de los órganos competentes de dicho partido.

El pronunciamiento absolutorio giró sobre una triple perspectiva. En primer lugar, porque no se había acreditado la autoría por parte de los comentarios que aparecieron en el **blog**; en segundo porque al contrastar el contenido de las manifestaciones proferidas con el derecho al honor y el derecho a las libertades de expresión e información, consideró que primaban éstas; y en tercero en cuanto al delito de calumnias, porque cuando tuvo conocimiento D. Isidro retiró el comentario del **blog**, y porque había ciertos indicios de que los hechos relatados no eran falsos (exceptio veritatis).

En el escrito de recurso se ha planteado, después de hacer unas consideraciones previas sobre los delitos contra el honor, y como segundo motivo de impugnación, que ha existido error en la apreciación de la prueba en



cuanto a la atribución sobre la autoría de los comentarios que aparecieron en el **blog**, resaltando que a tenor del régimen jurídico del administrador de dicho espacio virtual, D. Isidro tenía la posibilidad de dejar publicado que entendía pertinente, pero podía restringir o eliminar los mensajes allí plasmados por los usuarios, con alusiones a la responsabilidad escalonada de la Ley de Prensa e Imprenta, para concluir que el **blog** será responsable de los actos delictivos o ilícitos cuando se desconozca su autor, pudiendo ser responsable civil subsidiario en todo caso. En tercer lugar, se ha denunciado la infracción de ley por inaplicación de los arts. 208 y 211 CP, pues concurren los elementos subjetivos y objetivos, y las expresiones utilizadas en el contexto político en el que se desenvuelven las opiniones eran inajustadas e innecesarias a la conducta que les sirve de apoyo, sin que el dolo haya sido desplazado por el animus criticandi. En cuarto lugar se plantea la falta de motivación de la sentencia en relación a la imputación a D^a Mónica de haber cobrado comisiones por la venta de una finca y por realizar cobros en reclamaciones efectuadas a vecinos con respecto al Plan Xeral de Ordenación Municipal del Concello de Teo.

SEGUNDO.- Antes de proseguir, y para tratar de centrar la posición del tribunal, debe hacerse una breve referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional, proveniente a su vez de la emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la exigencia de respetar en cuanto integran el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías los principios de publicidad, inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas en la segunda instancia penal. Según ella, se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías cuando procedía la Audiencia Provincial a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de grado Penal había efectuado de las declaraciones de los imputados, sin respetar los principios de inmediación y contradicción. Ello a pesar de que el Tribunal "ad quem" goza de plenas facultades o plena jurisdicción para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez "a quo", ya que el respeto a los principios de inmediación y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, exigen que el Tribunal de apelación hubiera oído personalmente a los demandantes de amparo, en orden a llevar a cabo aquella valoración y ponderación (Sentencia del Pleno 167/2002 de 18 de septiembre, seguida posteriormente en las sentencias 197/2002, 198/2002 y 200/2002, hasta las más recientes SSTC 21/2009, de 26 de enero, 24/2009, de 26 de enero, y 120/2009, de 18 de mayo). Aunque se ha planteado la posibilidad de revisar el soporte videográfico donde se plasmó la prueba practicada en la instancia, la STC 120/2009, de 18 de mayo concluyó (FJ 7) que dicha garantía consistiría en una actividad procesal que ha de insertarse en la segunda instancia y que se identifica con una vista o audiencia, pública y contradictoria, en la que se realice el examen "directo y personal" -esto es, con inmediación- de las personas cuya declaración va a ser objeto de nueva valoración, examen "personal y directo" que implica la concurrencia temporo-espacial de quien declara y ante quien se declara, pues la garantía constitucional estriba tanto en que quien juzga tenga ante sí a quien declara como en que el declarante pueda dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones, por lo que rechazó la posibilidad de revisar tales declaraciones a partir del visionado del soporte audiovisual en que quedó plasmada la actividad probatoria de la instancia; doctrina a la que hemos de atenernos en consecuencia.

Esta doctrina nos limita el posible examen de la prueba practicada, ya que no será posible valorar el contenido de las declaraciones de las distintas personas que declararon en el plenario, pues no es posible hacerlo sin vulnerar ese derecho examinado. Y sin que en la alzada pueda volver a practicarse prueba que ya se llevó a cabo en la instancia, pues no lo permite el art. 790.3 LECr.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha admitido que no en todo control sobre la actividad probatoria desarrollada en la primera instancia se exige la garantía de inmediación, así sucede cuando la condena en segunda instancia se haya basado en una nueva y distinta valoración de prueba documental, como en la STC 40/2004, de 22 de marzo (FJ 5), cuando afirma que "existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal" (en el mismo sentido, SSTC 198/2002, de 26 de octubre, FJ 5; 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 8; AATC 220/1999, de 20 de septiembre, FJ 3; 80/2003, de 10 de marzo, FJ 1) como consecuencia de que la posición del órgano jurisdiccional de segundo grado resulta idéntica a la que tuvo el Juez a quo cuando procedió a su valoración. Tampoco en lo que se refiere a la prueba indiciaria, cuando el órgano de apelación se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia a partir de unos hechos base que resulten acreditados en ésta, hay una cuestión que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que sea necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediación. Si bien ha afirmado que concurre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando sobre la base de indicios que provienen inequívocamente de una valoración de pruebas personales, se corrigen las conclusiones del órgano a quo sin celebrar nueva vista ni haber podido, por tanto, examinar directa y personalmente dichas pruebas (por todas, SSTC 170/2005, de 20 de junio, FJ 3; 36/2008, de 25 de febrero, FJ 5; y 24/2009, de 26 de enero, FJ 2).

En consecuencia, sí estamos facultados para revisar el contenido de la abundante prueba documental obrante en las actuaciones, y extraer unas inferencias de distinto signo que las obtenidas por la juzgadora de grado, sin



vulnerar los principios de inmediación y contradicción, si nos atenemos a los requisitos y condicionamientos señalados.

TERCERO.- Una vez establecida la posibilidad de revisar la prueba practicada, y los estrictos carriles por los que hemos de movernos, podemos pasar a examinar el primer motivo de oposición, que guarda relación con el primer razonamiento de la sentencia para exculpar a los acusados, esto es, la existencia o no de prueba sobre la posible responsabilidad de éstos por los comentarios que aparecieron en el **blog**. Tiene razón la parte recurrente cuando centra el tema de debate no sobre la autoría de tales comentarios, sino sobre la posición de los imputados sobre el control de los mismos.

Las peculiaridades del medio de comunicación elegido, el **blog** digital (el **Blog** es una especie de Diario en la Red, una especie de cuaderno de bitácora generalmente asociado a una persona física o jurídica, con vocación de emisión constante, periódica, incluso diaria, en la Red, y que suele permitir comunicaciones interactivas con terceros, como comentarios, foros, tabloneros de avisos, etc.) implica la asunción de responsabilidad *in eligendo* o *in vigilando*, cuando el administrador manifieste no ser el creador de lo publicado bajo su nombre o supervisión. A esta conclusión se llegaría tras examinar el contenido de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que al regular el Régimen de responsabilidad de los distintos prestadores de servicios de la sociedad de la información salvaguarda con claridad la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico (art. 13), y a la hora de regular en el art. 16 la responsabilidad de los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio, establece su exención de responsabilidad siempre que: a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. Aunque el precepto precisa cuando se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a), en el punto 2º dispone que dicha exención de responsabilidad no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o *control* de su prestador, que es lo que sucede en el caso del **blog** en que como hemos dicho su administrador tiene la facultad de vigilar y restringir su contenido.

Una vez efectuadas tales precisiones, es posible dilucidar -dentro de los términos indicados en el anterior Fundamento- la relación que con el **blog** mencionado, guardan los distintos imputados. En los escritos de calificación presentados, D. Isidro reconoció con claridad que era el creador y el administrador del **blog**, de participación abierta para todo aquel que deseara participar a medio de comentarios, pero no había efectuado tales comentarios con ánimo de injuriar o calumniar a los querellantes, sino que actuó con finalidad de crítica política, y en los Hechos probados se reconoció su cualidad de creador del **blog**. A tenor de lo expuesto con anterioridad, esa posición de garante derivada de su naturaleza de creador y, sobre todo, de administrador del **blog**, permitiría exigirle responsabilidad de forma directa, por defecto in vigilando acerca de los comentarios plasmados en dicho medio de comunicación, si tales comentarios fueren ilícitos o delictivos.

En cambio, los otros dos imputados no admitieron ninguna relación de control sobre los contenidos del **blog**, y por el hecho de ser propietarios del ordenador desde el cual se administra, o titulares de la línea telefónica que le da servicio, no podemos entender que se extienda a ellos esa posición de prestador de servicios de la sociedad de la información, cuando la relación que tiene con el que sí la tiene es de familiares, y sin percibir retribuciones a cambio. Incluso la relación de Isidro es aún más lejana, ya que reconoció tan solo haber informado de cuestiones informáticas a su padre, sin ninguna otra participación. Aunque se pudiera llegar a admitir que desde el ordenador de la empresa donde presta sus servicios se hubiera realizado alguna entrada en el **blog**, no existen datos suficientes para inferir que hubiera sido él mismo el autor de los comentarios realizados desde allí, ni se ha precisado tampoco cuáles habrían sido éstos y su contenido concreto. En conclusión, la limitación de responsabilidad expuesta en la sentencia apelada se admite en relación a estos dos acusados, confirmando ya el pronunciamiento absolutorio recaído, y debiendo continuar el examen del resto de cuestiones en relación a D. Isidro, en su condición de administrador del **blog**.

CUARTO.- Al examinar el segundo razonamiento empleado en la sentencia para absolver a los acusados, el de que priman las libertades de expresión e información sobre el derecho al honor, que motivó la formulación del recurso de apelación por infracción de precepto legal, nos encontramos con un problema de carácter técnico que impide estimar el recurso planteado. Así, en los Hechos probados de la sentencia apelada se limitó la juzgadora a decir que "se emitieron [por varias personas] opiniones de crítica política contra miembros del PSOE de Teo", pero no se expusieron con claridad cuáles eran las expresiones y opiniones expuestas por esas personas, que el administrador del **blog** debió haber controlado y en su caso censurado y no lo hizo, y que a su juicio sólo serían parte de la crítica política. El problema que se plantea es que no se ha articulado en el recurso un posible error al valorar los hechos, de forma que si esta Sala llegase a sustituir tal función e integrar los



Hechos probados con las expresiones que a nuestro juicio pudieran ser injuriosas o constitutivas de calumnia, estaríamos excediéndonos en los extremos planteados por la propia parte apelante

Tal como expone la STS de 31 mayo 2003 , el art. 849.1 LECr . nos dice de manera expresa que el error de derecho tiene que partir de los hechos que se declaran probados. Exige, por tanto, el legislador y nuestro sistema tradicional, ahora reforzado por las previsiones constitucionales de la tutela judicial efectiva y la interdicción de la indefensión, que la base y contenido de la imputación jurídica se concentre única y exclusivamente en los hechos que se declaran formal y restrictivamente probados. Es evidente que cuando la sentencia se olvida de unos hechos y los recoge de manera puramente dialéctica en los fundamentos de derecho, nunca se dice, de forma concluyente, que, dichos pasajes, se declaran expresa y terminantemente probados. Este modelo de sentencias está además expresamente avalado por el ancestral art. 142 LECr ., que establece, desde hace más de un siglo, cual es la técnica legal que debe seguirse, imponiendo, hacer una declaración "expresa y terminante "de los hechos que se estimen probados.

Es abundante la jurisprudencia que niega la posibilidad de revisar los Hechos probados cuando el motivo planteado se basaba en infracción de precepto legal (STS de 2 septiembre 2003 y 26 febrero 2008), habiendo precisado la reciente STS de 15 julio 2010 que el motivo que alega la infracción legal obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos sólo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados, que han de ser los fijados al efecto por el tribunal de instancia por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba, se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. Aunque no se puede obviar que estas resoluciones se dictaron en materia de recurso de casación y que aquí estamos ante un recurso de apelación en que el ámbito de conocimiento del tribunal revisor es más amplio, el planteamiento ha de ser idéntico, pues no habiéndose planteado la revisión de los Hechos declarados probados, sólo cabría efectuar el contraste de si, ante tales hechos, la interpretación de la norma jurídica que llevó a cabo la sentencia de instancia, se adecúa o no. Máxime si se tiene en cuenta que la mencionada STS de 2010 se esmeró en justificar la posibilidad de que el Tribunal Supremo llevase a cabo una "revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC 70/2002, de 3 abril y 116/2006, de 29 abril), y aún así efectuó las consideraciones citadas más arriba.

Pues bien, hemos de atenernos a tales Hechos declarados probados y, aunque en los mismos se efectúe una cierta valoración sobre el contenido de las expresiones plasmadas en las comunicaciones realizadas por los usuarios del **blog**, en tanto que se dice que se trataba de "crítica política" (en vez de haber reseñado qué expresiones entendía que se habían publicado, y haber valorado luego en la fundamentación jurídica si afectaban o no al honor o si se hallaban amparadas en el ejercicio de la libertad de expresión), no podemos sino confirmar la solución adoptada por la juzgadora de grado de que estamos sólo ante el ejercicio de la crítica política; y ello aunque algunas de las expresiones vertidas merecerían un estudio más pormenorizado en tanto que en sí mismas podrían haber tenido una cierta intencionalidad de atentar contra el honor de las personas contra quienes iban dirigidas. Eso sí, las manifestaciones expresadas con posterioridad a los escritos de acusación, y por ello posteriores también a la sentencia, quedan fuera del presente juicio, y pueden ser ejercitados los correspondientes derechos por quienes se crean perjudicados; quedando también a salvo el ejercicio de posibles acciones reparadoras en el ámbito civil.

Únicamente resta decir que el motivo de recurso relativo a la imputación de un delito de calumnia, por la actuación que se achacaba a la Sra. Mónica , debe merecer la misma respuesta que se acaba de exponer, ya que no se recoge nada al respecto en los Hechos probados. Y además sería más difícil mantener la exigencia de responsabilidad al administrador del **blog**, cuando habría retirado tales comentarios, lo que supone la entrada en juego de la exención de responsabilidad del art. 16 de la LSSICE citada con anterioridad. Todo ello hace innecesario examinar el otro motivo dado en la sentencia para excluir cualquier posible responsabilidad, y es la exceptio veritatis.

QUINTO.- No se hace pronunciamiento sobre costas.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. el Rey y de conformidad con el artículo 117 de la Constitución ,

FALLAMOS



Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Ezequias y D^a Mónica contra la sentencia de 18/10/2010 dictada los autos de Juicio Oral nº 173/2010 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Santiago de Compostela , que confirmamos, todo ello sin pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución, en legal forma, a las partes haciéndoles saber, conforme preceptúa el artículo 248-4º de la LOPJ , que la misma es firme, y que contra ella no cabe recurso alguno.

Devuélvanse las actuaciones originales con testimonio de la presente resolución al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta resolución de la que se pondrá certificación literal en el Rollo de su razón, incluyéndose el original en el Libro correspondiente, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS