



Roj: **STS 352/2024 - ECLI:ES:TS:2024:352**

Id Cendoj: **28079120012024100059**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/01/2024**

Nº de Recurso: **505/2022**

Nº de Resolución: **73/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 73/2024

Fecha de sentencia: 25/01/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 505/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/01/2024

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: Agg

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 505/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 73/2024

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 25 de enero de 2024.



Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 505/2022 interpuesto, por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por **D. Hilario**, representado por la procuradora D.^a Caridad González Cerviño y bajo la dirección letrada de D.^a María Blanco Suárez, contra la sentencia núm. 338/2021, de 29 de septiembre, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el Rollo de Apelación núm. 687/2021, que desestimó el recurso y confirmó la sentencia núm. 102/2021, de 26 de abril, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vigo, en el Procedimiento Abreviado núm. 273/2020, dimanante de las diligencias previas núm. 216/2013 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Vigo que le condenó como autor de un delito de calumnias del art. 205 del Código Penal, concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Es parte **e l Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente la Excm.a Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Vigo incoó Diligencias Previas con el núm. 216/2013, por el delito de calumnias contra autoridad del art. 205 del Código Penal, contra D. Hilario, y una vez concluso, lo remitió para su enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vigo dictó, en el Procedimiento Abreviado núm. 273/2020, sentencia el 26 de abril de 2021, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"**ÚNICO.-** Se declara probado que el acusado Hilario, mayor de edad y sin antecedentes penales, era a la fecha de los hechos Letrado del ICAV con número de colegiado 2469 y se encontraba personado como Acusación particular en las Diligencias Previas 216/2013 del Juzgado de instrucción número 2 de Vigo, en defensa de los intereses de Joaquín y contra la investigada y la letrada de la misma, María Dolores y Belinda, por presunta estafa procesal.

El acusado actuado con la intención de atentar contra el honor del Magistrado titular de dicho Juzgado de instrucción, le imputa falsamente la comisión de un delito de prevaricación en escrito de un recurso de apelación que presentó en dicha causa de fecha 27 marzo 2015, en concreto decía frases como las siguientes: "la justificación de la conducta de los imputadas valiéndose de sus funciones que tampoco resulta aceptable por contravenir la ley...; una interpretación extensiva de la jurisprudencia, cual es la que pretende el juez, pondría en valor la máxima de Maquiavelo el fin justifica los medios...; esta parte ignora si existe algún tipo de conocimiento o relación entre Don Lorenzo y las imputadas en este procedimiento, ...también albergamos fundadas sospechas acerca de si Don Lorenzo ha utilizado su condición de fuerza para llevar a efecto su pequeña venganza contra la persona del letrado que suscribe; en su primera resolución un flagrante error interpretamos como ignorancia inexcusable del juzgador, ahora ya no pensamos lo mismo...; el juez amenaza al letrado que suscribe con promover acciones disciplinarias ante el Colegio de abogados y penales ante el Juez Decano...; desde el comienzo el que suscribe percibió claramente que el acto estaba previamente programado y preparado para atender a todos los requerimientos de las imputadas, en su desarrollo se muestra a las claras la actitud parcial del juez instructor,..., la pregunta del juez iba dirigida directamente a la exculpación de la causa y fueron formuladas de manera que contenía la respuesta adecuada_ la respuesta la contestaba el propio juez; Don Lorenzo aprovechándose de su condición de juez ha decidido iniciar su procedimiento penal de forma ilegal y contra lo prevenido en los artículos 102 y 308 de la Ley de enjuiciamiento criminal, actuando de forma irracional y arbitraria, sin la imparcialidad obligada por la ley, sólo busca información justificante para achacar un proceder espurio a la parte denunciante con el único fin de promover un sobreseimiento ...; los testimonios "cosechados" por Don Lorenzo empleando ilícitamente su condición de juez los recursos procesales contra providencias han sido "aparcados"; en el auto de 18 marzo 2015 Don Lorenzo muestra "la cosecha" que de forma ilícita y valiéndose de su cargo de juez de instrucción ha recolectado desde los distintos juzgados de instrucción de Vigo, es el fruto de "su" investigación privada aprovechándose de su condición de instructor en unas diligencias previas que en nada guardan relación con dicha investigación; los verdaderos motivos que movieron al Sr Lorenzo a realizar su investigación paralela_ de esta forma ha consumado su "triste venganza"; estamos ante un posible delito que el juez se ha ido fabricando a medida y además de forma ilegal para ahora tomar decisión, no de forma obligada sino por mero voluntarismo personal, lo que el juez decide (como el Señor Lorenzo debe saber) es una resolución manifiestamente injusta; el carácter irreflexivo que adorna el proceder del juez en el dictado de su auto de 18 marzo 2015 y su conocimiento de lo injusto de su resolución; conducta espuria del juez que venimos denunciando; Don Lorenzo para cobrarse su "triste venganza" ha infringido la Ley de enjuiciamiento criminal, en su particular investigación y recolección de motivos delictivos".

El cliente del querellado presentó queja ante el Consejo General del Poder Judicial contra el Magistrado instructor, que resultó archivada por el promotor de la acción disciplinaria en acciones previas número 840/2014.

Se presentó queja contra el mismo magistrado ante el Juez Decano de Vigo incoándose expediente gubernativo 1/2014 que fue igualmente archivado en fecha 15 enero 2015."

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Penal de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"Debo condenar y condeno a Hilario como autor de un delito de calumnias del artículo 205 del Código penal, concurriendo la circunstancia atenuante del art. 21.6 CP, a la pena de SEIS MESES MULTA A RAZÓN DE €12 DIA con responsabilidad personal subsidiaria en **caso** de impago, debiendo indemnizar al perjudicado en la cantidad de 500€, todo ello con expresa condena en costas."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Hilario, dictándose sentencia por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en fecha 29 de septiembre de 2021, en el Rollo de Apelación núm. 687/2021, cuyo **Fallo** es el siguiente:

"QUE, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DON Hilario, contra la sentencia de fecha 26 de abril de 2021, dictada en las presentes actuaciones de Juicio Oral del Juzgado de lo Penal número 1 de los de Vigo, DEBEMOS CONFIRMAR dicha resolución.

Se declaran de oficio las costas procesales causadas en esta alzada."

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por el acusado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- La representación procesal del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim, denuncia quebrantamiento de normas y garantías procesales y vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Segundo.- Al amparo de lo dispuesto art. 849.1 LECrim, se formaliza por infracción de ley, por inaplicación indebida de un precepto penal de carácter sustantivo, art. 456 CP, en relación con la aplicación igualmente indebida del art. 205 del CP.

Tercero.- Al amparo del art. 851.1 LECrim, por quebrantamiento de forma, por manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados y el pronunciamiento condenatorio del art. 205 CP.

Cuarto.- Al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de Ley, por infringirse un precepto penal de carácter sustantivo. Art. 131.1 CP sobre la prescripción del delito de calumnias.

SEXTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión respecto de los motivos primero, tercero y cuarto, debiendo ser admitido a trámite y estimado el motivo segundo. Seguidamente, la Sala admitió el recurso de casación, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 24 de enero de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vigo dictó sentencia de fecha 26 de abril de 2021, en el procedimiento abreviado núm. 273/2020, por la que condenó a D. Hilario como autor de un delito de calumnias, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de seis meses multa a razón de doce euros diarios, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

En concepto de responsabilidad civil, fue condenado a abonar a D. Lorenzo quinientos euros.

Igualmente le fueron impuestas las costas causadas.

Recurrida la citada sentencia en apelación, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia núm. 338/2021, de 29 de septiembre, en el Rollo de Sala núm. 687/2021, por la que desestimó el recurso y declaró de oficio las costas ocasionadas en la alzada.

SEGUNDO.- Como se ha expresado en el fundamento anterior, la sentencia objeto del presente recurso resolvió el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vigo.

Conforme señala el art. 847.1.b) LECrim, procede recurso de casación: "Por infracción de ley del motivo previsto en el núm. 1º del art. 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional". Y según dispone el art. 884.3º, el recurso será inadmisibile: "Cuando

no se respeten los hechos que la sentencia declare probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquéllos, salvo lo dispuesto en el número 2º del artículo 849".

Esta Sala, en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 9 de junio de 2016, interpretando el art. 847.1, letra b) LECrim, estableció el ámbito de este recurso en los siguientes términos:

a) El art. 847 1º letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los artículos 849. 2º, 850, 851 y 852.

b) Los recursos articulados por el artículo 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

c) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

d) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (artículo 889 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

e) La providencia de inadmisión es irrecurrible (artículo 892 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

De conformidad con el mismo, procedemos a resolver el presente recurso a partir del respeto al relato de hecho declarados probados por la sentencia sometida a nuestra consideración, con relación a los aspectos que han suscitado interés casacional.

TERCERO.- El recurrente invoca cuatro motivos.

El primero por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 LECrim y 5.4º LOPJ, en relación con el art. 24.1º.2º CE.

A través de este motivo denuncia el recurrente que las manifestaciones efectuadas a través del escrito formulando recurso de apelación que presentó ante el Juzgado el día 27 marzo 2015, no se realizaron con desprecio a la verdad o siquiera con ánimo de calumniar. Por el contrario, tanto en el citado escrito como en el acto de la vista del juicio celebrado en su contra, manifestó con total rotundidad que efectivamente el Magistrado prevaricó, lo que, a su juicio no es una afirmación gratuita, habiendo tratado de justificar dicha convicción con todas las explicaciones que constan en la grabación del juicio oral. Igualmente refiere que solicitó expresamente a la Audiencia que iniciara una investigación al mencionado Magistrado.

El segundo motivo se formula al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de Ley, por indebida inaplicación del art. 456 CP en relación con el art. 205 del CP. Considera que, en todo caso, los hechos no serían constitutivos de un delito de calumnias, sino de un delito de acusación y denuncia falsa por haberse realizado las manifestaciones que se han considerado calumniosas ante Autoridad Judicial, razón por la que, por aplicación del principio acusatorio debería haberse procedido a su absolución del delito de calumnias.

El tercer motivo se deduce al amparo del art. 851.1 LECrim, por quebrantamiento de forma, por manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados y el pronunciamiento condenatorio del art. 205 CP. Insiste en que, al haberse efectuado la supuesta imputación de la comisión de un delito en sede judicial, nos encontraríamos en todo caso ante un delito de acusación y denuncia falsa, pero nunca ante un delito de calumnias, lo que debería haber llevado a su absolución. Reitera que en el escrito de recurso presentado ante la Audiencia Provincial solicitó que el Magistrado fuera investigado, al estar denunciando un proceder que consideraba que llenaba el tipo penal de prevaricación.

En el cuarto motivo, que formula por infracción de ley al amparo del art. 849.1 CP, alega indebida inaplicación del art. 131.1 CP, al entender que el delito de calumnias estaría prescrito.

Conforme a lo expresado en el anterior fundamento de derecho, el primer, el tercer y el cuarto motivo no deberían haber sido admitidos. El primero y el tercero por estar excluidos de este modelo de casación. El cuarto motivo no respeta los hechos probados, en los que no se recoge periodo alguno de paralización. En todo caso no consta paralización del proceso, ya que se practicaron diligencias con entidad suficiente y contenido material preciso de dirección del procedimiento contra el culpable que interrumpieron la prescripción.

Procede por ello en este momento la desestimación de estos tres motivos.

El segundo motivo se articula por infracción de ley, único motivo en el que puede fundarse el recurso, pero, como sostiene el Ministerio Fiscal, que apoya el recurso, el interés casacional y la infracción de ley tienen que ver no con la inaplicación indebida del art. 456 CP, bien inaplicado, sino con la aplicación indebida del art. 205 CP, al concurrir como causa de justificación, conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del Tribunal Constitucional (TC), el ejercicio legítimo de un derecho a la libertad de expresión y tutela judicial efectiva, que, en el fondo, aunque subsistiera una tipicidad neutra, determinaría la aplicación indebida del artículo 205 CP.

Se trata de una cuestión que suscita interés casacional en cuanto la solución adoptada por la Audiencia, confirmando la decisión del Juzgado de lo Penal, pudiera resultar contraria a la doctrina de esta Sala en consonancia con la doctrina marcada por el TEDH y el TC.

Por ello, abordamos el presente recurso a partir del respeto al relato de hechos declarados probados por la sentencia sometida a nuestra consideración.

CUARTO.- El honor, bien jurídico protegido por el delito por el que el recurrente ha sido condenado es de naturaleza eminentemente subjetiva, íntimamente conectado con la personalidad de cada individuo, a la vez que influenciado por los criterios valorativos culturales y sociales imperantes en cada momento, por lo que resulta complicado ofrecer un concepto del mismo que satisfaga plenamente las diversas expectativas existentes al respecto, así como determinar donde radican y bajo qué condiciones operan los límites a su protección jurídica en una sociedad democrática.

Desde un punto de vista estrictamente legal, hemos venido diciendo (STS núm. 745/2021, de 1 de marzo) que "lo que exige el tipo contemplado en el artículo 205 del Código Penal 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 Código Penal; 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)".

En esa misma sentencia (núm. 745/2021) expresábamos que "La jurisprudencia constitucional ha subrayado repetidamente la "peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión", en cuanto 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" (SSTC 6/1981, 12/1982, 41/2001 y 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)".

Más en concreto, en relación a la actuación de los Letrados en los expedientes judiciales, el Tribunal Constitucional ha señalado que "el ejercicio de la libertad de expresión en el proceso judicial por los Letrados de las partes, en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, posee una singular cualificación, al estar ligado estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa del art. 24 CE, tratándose de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar" (STC núm. 24/2007 de 12 de febrero). En el mismo sentido señala (STC núm. 155/2006 de 22 de mayo, con cita de la núm. 157/1996 de 15 de octubre), que "excluidos el insulto y la descalificación, la libre expresión de un Abogado en el ejercicio de la defensa de su patrocinado ha de ser amparada por este Tribunal cuando en el marco de la misma se efectúan afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria para impetrar de los órganos judiciales la debida tutela de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimo".

La STC de 18 de junio de 2007, con cita de las SSTC núm. 235/2002, de 9 de diciembre; 65/2004, de 19 de abril; 22/2005, de 1 de febrero; y 232/2005, de 26 de septiembre, señala que "el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los Letrados de las partes consiste en una libertad de expresión reforzada cuya específica relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa de la parte (art. 24.2 CE). Por tales razones se trata de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar (STC 205/1994, de 11 de julio, F. 5)".

Igualmente las SSTC núm. 22/2005, de 1 de febrero y 232/2005, de 26 de septiembre, indican que "la especial cualidad de la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado debe valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que ampare el desconocimiento del respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento y a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial".

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 142/2020, de 19 de octubre de 2020, la que además recuerda la necesidad efectuar un juicio de ponderación caso por caso, a fin de determinar si el ejercicio legítimo de un derecho a la libertad de expresión y tutela judicial efectiva puede obrar como causa de justificación de expresiones que en otro caso podrían constituir un atentado contra el honor. De esta forma, con cita de la sentencia núm. 299/2006, de 23 de octubre señala que: "[...] la tutela judicial exige que las alegaciones formuladas en un proceso, que sean adecuadas o convenientes para la propia defensa, no pueden resultar "constreñidas por la eventualidad incondicionada de una ulterior querrela por supuestos delitos atentatorios al honor de la otra parte procesal, que actuaría así con una injustificada potencialidad disuasoria o coactiva para el legítimo ejercicio del propio derecho de contradicción (STC 100/1987, de 12 de junio, FJ 3). Y es que el reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial y defensa de los propios intereses que asiste a todos los ciudadanos y el carácter esencial que para el funcionamiento de la Justicia reviste la figura del abogado impone -y así lo ha destacado el legislador (art. 542.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ)- que "en su actuación ante los jueces y tribunales" los abogados sean libres e independientes", gozando "de los derechos inherentes a la dignidad de su función", por lo que deberán ser "amparados por aquellos en su libertad de expresión y defensa", sin la cual este último derecho fundamental resultaría ilusorio.

Es sabido que, junto a los supuestos ordinarios de ejercicio de la libertad de expresión y comunicación, como forma genérica, exteriorizada, de una previa libertad de opinión o de creencia, se dan supuestos de ejercicio de tal libertad en los que están implicados otros bienes constitucionales, o incluso otros derechos fundamentales que adquieren así contenido autónomo en la norma fundamental. Tal es el caso de las libertades de expresión e información conectadas a los procesos de formación y de exteriorización de un poder político democrático (art. 23 CE), el de la libertad de cátedra [art. 20.1 c) CE], o el que ahora nos ocupa de la defensa de sus derechos e intereses legítimos y la asistencia letrada (art. 24 CE).

De esta manera, la libertad de expresión e información del abogado en el ejercicio de la actividad de defensa es una manifestación cualificada del derecho reconocido en el art. 20 CE, porque se encuentra vinculada con carácter inescindible a los derechos de defensa de la parte y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye (art. 117 CE). Por esta razón, hemos reiterado que cuando la ejercen los abogados se trata de una manifestación de la libertad de expresión especialmente resistente, inmune a restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar dado su valor instrumental al ejercicio de otros derechos fundamentales, lo que justifica el empleo de una mayor beligerancia en los argumentos que ante los Tribunales de Justicia se expongan. Por ello su ejercicio ha de valorarse en el marco en que se ejerce, y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que carezca de límites ni ampare el desconocimiento del mínimo respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento, y a la "autoridad e imparcialidad del Poder Judicial", que el art. 10.2 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) erige en límite explícito a la libertad de expresión (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 febrero 1989, asunto Barfod). Así hemos tenido oportunidad de señalar que excluidos el insulto y la descalificación, la libre expresión de un abogado en el ejercicio de la defensa de su patrocinado ha de ser amparada por este tribunal cuando en el marco de la misma se efectúan afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria a los fines de impetrar de los órganos judiciales la debida tutela de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (STC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5)".

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado también al respecto. Son varias las decisiones del TEDH que han considerado que determinadas resoluciones de Tribunales españoles que condenaban por delito de calumnia o injurias a juez habían sido dictadas con vulneración del artículo 6.1 CEDH.

Recordemos en primer lugar la sentencia de 12 de enero de 2016, dictada en el asunto Rodríguez Ravelo v. España. El supuesto examinado venía determinado porque el demandante, abogado en ejercicio, denunció una violación del artículo 10 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572). Alegó que su condena penal por un delito de calumnias, impuesta debido a las expresiones utilizadas por él en el marco de una demanda civil presentada por escrito en representación de su cliente ante el juzgado de primera instancia núm. 13 de Las Palmas, vulneró su derecho al respeto de la libertad de expresión.

El Tribunal consideró que la condena del demandante que conllevaba un riesgo de privación de libertad, no fue proporcional al objetivo legítimo perseguido y no era, por tanto "necesaria en una sociedad democrática". Por ello estimó que había habido una violación del art. 10 del Convenio.

Las consideraciones efectuadas por el Tribunal son las siguientes: "El Tribunal ha reiterado en numerosas ocasiones que una violación de la libertad de expresión corre el riesgo de tener un efecto disuasorio para el ejercicio de la libertad (véase, *mutatis mutandis*, *Cumpana y Mazare contra Rumania* [TEDH 2004, 101] GS, núm. 33348/96, ap. 114, TEDH 2004 XI). El carácter relativamente moderado de las multas cuya falta de pago podría llevar aparejada una privación de la libertad no puede ser suficiente para eliminar el riesgo del efecto disuasorio sobre el ejercicio de la libertad de expresión. Esto es particularmente cierto con respecto a un abogado llamado a la defensa efectiva de su cliente (*Mor contra Francia*, núm. 28198/09, ap. 61, 15 de diciembre de 2011 [TEDH 2011, 108]). De forma general, si bien es legítimo que las instituciones del Estado estén protegidas por las autoridades competentes en su calidad de garantes del orden institucional, la posición dominante que ocupan estas instituciones llama a un ejercicio moderado de la vía penal por su parte (*Morice contra Francia* GS, núm. 29369/10, ap. 127, de 23 de abril de 2015 [PROV 2015, 111088]).

La libertad de expresión que goza un abogado en la sala de audiencias no es ilimitada, y ciertos intereses, como son la autoridad del poder judicial, son suficientes para justificar las restricciones a este derecho. Sin embargo, incluso si las sanciones impuestas son responsabilidad de los tribunales nacionales, el Tribunal recuerda que según su jurisprudencia, sólo excepcionalmente una restricción a la libertad de expresión del abogado de la defensa, incluso a través de un castigo ligero, puede considerarse como necesaria en una sociedad democrática (*Nikula* [PROV 2002, 78022], precitada, apds. 54-55). Es inevitable que la imposición de una pena de prisión a un abogado, tiene, por su propia naturaleza, un "efecto disuasorio", no sólo sobre el propio abogado, sino también sobre la profesión en su conjunto (*ibid.*, ap. 54). Cualquier "efecto disuasorio" es un factor importante a tener en cuenta para garantizar un equilibrio justo entre los tribunales y abogados en el contexto de una adecuada administración de la justicia (*Kyprianou* [PROV 2006, 237], ap. 175).

El Tribunal considera que la conducta del demandante aparece como una falta de respeto hacia la juez de primera instancia núm. 2 e, indirectamente, hacia la justicia. De hecho, el interesado ha presentado los juicios de valor contra la juez en el contexto de la defensa de su cliente, y asimismo, también acusó al juez de conducta reprobable e incluso contraria al deber de un juez - que no justificó ni demostró-, como "decidir voluntariamente falsear la realidad", no "vacilar en mentir", "emitir un informe falso (...) que contenía información falsa y mal intencionada" (ap. 18). En un caso como el presente caso, no se puede excluir la posibilidad de una sanción de este tipo de comportamiento por parte de un abogado.

No obstante, el Tribunal considera que, aunque graves y descorteses, las expresiones utilizadas por el interesado no se realizaron en la sala de audiencias propiamente dicha y se centraron principalmente en la forma en que la juez en cuestión conducía un procedimiento puramente civil. El deber del abogado consiste en defender con celo los intereses de sus clientes, lo que le lleva, a veces a preguntarse sobre la necesidad de oponerse o no o quejarse sobre la actitud de un tribunal (*Kyprianou* [PROV 2006, 237], precitado, ap. 175, *Morice* [PROV 2015, 111088], precitado, ap. 137). En primer lugar corresponde a los propios abogados, sujeto a revisión por los tribunales, valorar la pertinencia y la utilidad de presentar un argumento de defensa, sin verse influidos por el "efecto disuasorio" que podría tener una sanción penal aunque fuera relativamente ligera (*Nikula* [PROV 2002, 78022], precitada, ap. 54).

El Tribunal observa que, en el ordenamiento jurídico español, los abogados pueden ser sancionados disciplinariamente cuando incumplen sus obligaciones en los procedimientos en los que intervienen, particularmente en el caso de falta de respeto hacia los jueces y tribunales (ap. 25). En el presente asunto, el demandante fue condenado penalmente como autor de un delito de calumnias contra la juez de primera instancia núm. 2. El Tribunal considera que sus palabras, si bien agresivas, fueron presentadas en el contexto de la defensa de los intereses de su cliente. Señala que los términos utilizados por el demandante no fueron objeto de ninguna publicidad (*Schopfer* [TEDH 1998, 22], precitado, ap. 34). Fueron expresadas por escrito y tan solo tuvieron conocimiento de ellas el juez de primera instancia núm. 13 y las partes implicadas.

Considerando lo precedente y teniendo en consideración la condición de abogado del demandante y la existencia de otras sanciones de índole no penal previstas por el derecho disciplinario (apds. 25 y 31), al Tribunal no le convence el argumento del Gobierno según el cual la pena impuesta al demandante era proporcional a la gravedad de la infracción cometida (ap. 34). Por el contrario, considera que el hecho de haber sido condenado penalmente, junto al carácter grave de la pena impuesta al demandante, tiene por efecto producir un "efecto disuasorio" sobre los abogados en situaciones en las que se trata de defender a sus clientes (*Nikula* [PROV 2002, 78022], precitado, ap. 49 y *Morice* [PROV 2015, 111088], precitado, ap. 176). El Tribunal observa que el demandante fue condenado a una pena de multa junto a una pena de sustitución por privación de libertad en caso de incumplimiento del pago de la multa.

Por tanto, las sanciones penales, en especial aquellas que conllevan eventualmente una privación de libertad, limitando la libertad de expresión del abogado de la defensa, difícilmente pueden ser justificadas. Las jurisdicciones penales que examinaron el asunto no ponderaron un justo equilibrio entre la necesidad de

garantizar la autoridad del poder judicial y la de proteger la libertad de expresión del demandante. El hecho de que el demandante hubiera pagado la cantidad a la que fue condenado y por tanto, no haya tenido que padecer una pena de privación de la libertad (ap. 34) no modifica en nada dicha conclusión".

Ello no obstante, el TEDH no excluye la necesidad de proteger a los jueces de los ataques verbales ofensivos que puedan recibir en el ejercicio de sus funciones, debiendo examinarse en cada caso las circunstancias concurrentes y la aplicación del parámetro de proporcionalidad, tomando en consideración la injerencia litigiosa a la luz del conjunto del asunto, incluido el tenor de las expresiones referidas y el contexto en el cual fueron formuladas, así como si la injerencia en cuestión era proporcionada a los fines legítimos perseguidos.

En la sentencia de 9 de marzo de 2021, dictada en el asunto Benítez Moriana e Iñigo Fernández v. España, el TEDH va todavía más allá.

Se trataba de un supuesto en el que se condena a dos sujetos por un delito de injurias graves con publicidad (arts. 208, 209 y 211 CP) a consecuencia de la publicación de una carta abierta en un periódico en la que se criticaba la actuación de una Juez.

Nuevamente la problemática se produce fruto de la confrontación del derecho a la libertad de expresión con el derecho al honor.

En el párrafo 48 de la sentencia, señaló el Tribunal que "Por lo que respecta al nivel de protección de la libertad de expresión, existe un ámbito mínimo con arreglo al artículo 10.2 del Convenio para restringir el debate sobre asuntos de interés público. Por tanto, se otorgará un elevado nivel de protección a la libertad de expresión, con lo que en consecuencia las autoridades dispondrán de un margen de apreciación especialmente restringido, cuando los comentarios afecten a asuntos de interés público, como ocurre especialmente con las expresiones sobre el funcionamiento del poder judicial, incluso en el contexto de procedimientos todavía pendientes en relación con otros demandados. El grado de hostilidad y la potencial gravedad de ciertos comentarios no impiden el derecho a un elevado nivel de protección de la libertad de expresión, en vista de la existencia de un asunto de interés público (véase *Paturel v. France*, nº 54968/00, § 42, de 22 de diciembre de 2005, y *Morice [CG]*, citado anteriormente, § 125). Excepto en el supuesto de ataques gravemente perjudiciales que carezcan básicamente de fundamento, los jueces como tales pueden estar sujetos a la crítica personal dentro de los límites permitidos, y no solo de forma teórica y general. Cuando actúan en función de su cargo, pueden estar sujetos a límites más amplios de crítica aceptable que el resto de ciudadanos (véase *Morice [GC]*, citada anteriormente, § 131)".

En el mismo sentido se expresa en las sentencias de 25 de junio de 2020, asunto *Bagirov contra Azerbaiyán*, 30 de junio de 2015, asunto *Peruzzi contra Italia*; y 8 de octubre de 2019, asunto *L.P. y Carvalho contra Portugal*.

Ello no obstante, el TEDH no excluye la necesidad de proteger a los jueces de los ataques verbales ofensivos que puedan recibir en el ejercicio de sus funciones, estimando que deben examinarse en cada caso las circunstancias concurrentes y la aplicación del parámetro de proporcionalidad, tomando en consideración la injerencia litigiosa a la luz del conjunto del asunto, incluido el tenor de las expresiones referidas y el contexto en el cual fueron formuladas, así como si la injerencia en cuestión era proporcionada a los fines legítimos perseguidos.

La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 142/2020, de 19 de octubre de 2020, antes citada, además de efectuar un análisis de esta doctrina, se refiere a los factores a tener en cuenta para efectuar ese juicio de ponderación a fin de determinar la adecuación una sanción por manifestaciones no protegidas por el art. 10 CEDH. Se refiere a su vez a la STEDH de 12 de enero de 2016, asunto *Rodríguez Ravelo contra España*, recordando que "En dicha resolución se indica (párrafo 39): "A la hora de ejercer su control, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha de considerar la injerencia litigiosa a la luz del conjunto del asunto, incluido, en este caso, el tenor de los comentarios que se recriminan al demandante y el contexto en el cual este los ha formulado. Debe determinar, especialmente, si la injerencia en cuestión era "proporcionada a los fines legítimos perseguidos" y si los motivos aducidos por las Autoridades nacionales para justificarla se revelan "procedentes y suficientes". Actuando así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe de estar convencido de que las Autoridades nacionales han aplicado unas normas que responden a los principios enunciados en el artículo 10 y que, además, se han fundado en una valoración aceptable de los hechos pertinentes".

(v) Requiere el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conforme enseña en la misma sentencia, "indagar si, a la vista de los hechos de la causa, se ha ponderado un justo equilibrio entre, por una parte, la necesidad de garantizar la protección de la autoridad del poder judicial y de los derechos de los demás y, por otra, la protección de la libertad de expresión del demandante en su condición de abogado" (párrafo 43).

En esta perspectiva, no cabe descartar absolutamente la utilización de mecanismos punitivos frente a expresiones empleadas por los abogados en el marco del ejercicio de su profesión. En palabras del Tribunal

Europeo de Derechos Humanos: "La libertad de expresión de la que goza un abogado en el estrado no es ilimitada, y ciertos intereses, tales como la autoridad del poder judicial, son bastante importantes como para justificar restricciones de este derecho" (parágrafo 45).

(v) Precisa también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la imposición de una sanción penal a un abogado por las manifestaciones realizadas contra la actuación de un juez es una posibilidad excepcional que, en todo caso, exige realizar el correspondiente juicio de proporcionalidad de la reacción sancionatoria que pondere los derechos en juego, a la luz de la totalidad de circunstancias concurrentes en el caso concreto. Tales cautelas, que resultan siempre operativas, han de ser especialmente consideradas cuando de sanciones penales se trata. Como se indica en la misma STEDH, asunto Rodríguez Ravelo, parágrafo 45: "Es inevitable que la imposición de una pena de prisión a un abogado conlleve, por su misma naturaleza, un efecto disuasorio", no solo para el abogado afectado, sino también para la profesión en su conjunto [...]. Todo efecto disuasorio es un factor importante a tener en cuenta para ponderar un justo equilibrio entre los tribunales y los abogados en el marco de una buena administración de la justicia". Lo que reitera la STEDH en el asunto L.P. y Carvalho contra Portugal, parágrafo 71, añadiendo que ese efecto disuasorio resulta "aún más inaceptable cuando se trata de un abogado llamado a asegurar la defensa efectiva de sus clientes".

Así, representa un factor a ponderar, la naturaleza y severidad de las sanciones impuestas, a fin de calibrar la proporcionalidad de la respuesta punitiva: SSTEDH 15 de diciembre de 2011, asunto Mor contra Francia, parágrafo 61; y 25 de junio de 2020, Caso Bagirov contra Azerbaiyán, parágrafo 83.

Viene insistiendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en este punto, que se debe ser particularmente cuidadoso en el ejercicio de la acción penal por delitos como el que nos ocupa, singularmente cuando cabe la posibilidad de imponer penas de prisión. Al respecto es irrelevante si en el caso concreto se satisfizo dicha multa eludiendo con ello la privación de libertad, pues lo importante es que la pena comportaba eventualmente esta última medida: STEDH de 12 de marzo de 2016, asunto Rodríguez Ravelo contra España, parágrafo 50.

(vi) Como consecuencia, el Alto Tribunal europeo propugna igualmente la preferencia de sanciones no penales como respuesta ante esta clase de manifestaciones en estrados. Con palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el reiteradamente citado asunto Rodríguez Ravelo: "De una manera general, aunque sea legítimo que las instituciones del Estado sean protegidas por las autoridades competentes en su condición de garantes del orden público institucional, la posición dominante que esas Instituciones ocupan, exigen a las autoridades que den muestras de mesura en el uso de la vía penal" (parágrafo 44), de forma que la existencia de posibilidades sancionatorias no penales no es un dato irrelevante (parágrafos 48 y 49).

De todo ello se colige que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional considera que, en el ejercicio de sus funciones públicas, los jueces pueden enfrentar críticas más duras que los ciudadanos que no ocupan cargos públicos. Además, a los abogados se les permite realizar críticas contundentes sobre las actuaciones judiciales en defensa de sus clientes e incluso en defensa de sus propios intereses. También tienen la facultad de solicitar responsabilidad gubernativa, civil o penal de los jueces por sus acciones, sin que el mero hecho de hacerlo y expresar críticas hacia la actuación de los jueces suponga una violación ilegítima de su derecho al honor.

QUINTO.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto sometido a consideración, y partiendo del relato fáctico de la sentencia, en éste se describe que D. Hilario, Letrado del ICAV, se encontraba personado como acusación particular en las Diligencias Previas núm. 216/2013 del Juzgado de instrucción núm. 2 de Vigo, en defensa de los intereses de D. Joaquín. En esa condición, presentó el día 27 marzo 2015 escrito formulando recurso de apelación en el que imputaba al Magistrado titular del juzgado un delito de prevaricación. El escrito contenía las expresiones consignadas en el antecedente de hecho único de la presente resolución.

No hay duda de que las citadas expresiones, objetivamente consideradas, no solo son desafortunadas e impropias de lo que debe ser la actuación de un Letrado ante un órgano judicial, sino, además, innecesarias y objetivamente ofensivas, pudiendo incluso rebasar los límites a la libertad de expresión.

Ello no obstante, tales expresiones se enmarcan en el seno de un procedimiento en el que el Letrado mostraba su desacuerdo con la forma en que se había llevado la instrucción, que el hoy acusado calificaba de prospectiva y parcial, y que había llevado al dictado de la resolución que recurría, la que se consideraba manifiestamente injusta. Además, en su escrito, el Letrado terminaba solicitando la deducción de testimonio por si los hechos fuesen constitutivos de diferentes delitos, incluido el de prevaricación judicial.

No se trata en este momento de determinar si las expresiones proferidas deben ser acreedoras de reproche o sanción, sino únicamente si aquellas pueden sustentar una condena penal.

Para ello ha de atenderse a las circunstancias que concurren en el caso concreto, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta en el anterior fundamento de derecho.

De esta forma nos encontramos con que:

1. El sujeto activo era un Letrado que defendía los intereses de sus representados que ejercían la Acusación Particular en una causa penal. Recordemos aquí la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional que consagra la singular protección que debe experimentar la libertad de expresión de los abogados, especialmente inmune a restricciones, y el carácter excepcional del castigo penal por expresiones vertidas por aquellos en el ejercicio de su labor profesional.
2. El sujeto pasivo era un Juez que, como afirma el TEDH, forma parte de una institución fundamental del Estado, y, como tal, está sujeto a unos límites más amplios de crítica aceptable que los ciudadanos ordinarios.
3. Las expresiones se vertieron en un único escrito formulando recurso dentro de un procedimiento penal. Su contenido no trascendió a terceros. Únicamente tuvieron acceso al mismo el Tribunal y las partes del proceso.
4. En el citado escrito, entre otros pedimentos, se solicitaba la deducción de testimonio por si los hechos fueran constitutivos de diferentes delitos, entre ellos, de prevaricación judicial.
5. Aun cuando el recurrente ha sido finalmente condenado a una pena de multa, ésta lleva aparejada responsabilidad personal subsidiaria, lo que puede llevar finalmente a una privación de libertad.

En definitiva, ponderando todas aquellas circunstancias y conforme a la doctrina reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, debemos concluir estimando que concurren como causa de justificación el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1.a) CE) del abogado en el ámbito del ejercicio forense del derecho de defensa (art. 24.2).

Procede en consecuencia la estimación del recurso.

SEXTO.- La estimación del recurso formulado por D. Hilario , conlleva la declaración de oficio de las costas de su recurso, de conformidad con las previsiones del 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) Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Hilario contra la sentencia núm. 338/2021, de 29 de septiembre, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el Rollo de Apelación núm. 687/2021, en la causa seguida por delito de calumnias del art. 205 del Código Penal, y en su virtud **casamos y anulamos** parcialmente la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho.

2) Declarar de oficio las costas ocasionadas en el presente recurso.

3) Comunicar esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa, interesando 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.

RECURSO CASACION núm.: 505/2022

Ponente: Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 25 de enero de 2024.

Esta Sala ha visto la causa con origen en el Procedimiento Abreviado núm. 273/2020, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Vigo, seguida por el delito de calumnias del art. 205 del Código Penal, contra el hoy recurrente en casación D. Hilario, mayor de edad y con DNI NUM000, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vigo dictó sentencia condenatoria el 26 de abril de 2021, que fue recurrida en apelación y confirmada por sentencia núm. 338/2021, de 29 de septiembre, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el Recurso de Apelación núm. 687/2021, que ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de la sentencia de instancia en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

FALLO

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

Absolver a D. Hilario del delito de calumnias previsto en el art. 205 CP, por el que fue condenado en sentencia dictada el 26 de abril de 2021 por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vigo, en su Procedimiento Abreviado 273/2020, confirmada por la sentencia núm. 338/2021, de 29 de septiembre, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra en el Rollo de Sala núm. 687/2021, declarándose de oficio las costas causadas en la primera y segunda instancia.

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.