

Voto particular que formula el magistrado don Ramón Sáez Valcárcel a la sentencia dictada en el recurso de amparo avocado núm. 6508-2022, al que se adhiere el magistrado don Juan Carlos Campo Moreno

En el ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 LOTC, con respeto a la opinión de la mayoría, formulo el presente voto discrepante al considerar que la sentencia debió estimar el recurso y otorgar el amparo solicitado, porque la condena penal por delito de calumnia significa una vulneración del derecho a la libertad de expresión y, además, porque es una respuesta desproporcionada ante una conducta expresiva. En lo que sigue sintetizaré las razones que expuse en el Pleno para fundar mi desacuerdo con el fallo y con la aproximación metodológica, el enfoque iusfundamental y el razonamiento que lo sustentan.

1. Objeto del recurso de amparo, problema constitucional suscitado y déficit metodológico

Como recoge el fundamento primero de la sentencia, el recurrente sostiene que la condena que ha sufrido como autor de un delito de calumnias por la difusión en su perfil de Facebook de un comentario sobre la actuación policial en un barrio de Salamanca lesiona su libertad de expresión y de información [arts. 20.1.a) y d) CE]. El enjuiciamiento tiene por objeto la sanción penal y plantea la legitimidad constitucional de la respuesta punitiva ante la conducta del demandante, que se dice ejercicio de sus derechos fundamentales. Sin embargo, la sentencia elude esta precisa delimitación de la cuestión, correcta desde la perspectiva iusfundamental al identificar la resolución que habría lesionado el derecho, y estructura el enjuiciamiento como si de un puro conflicto de derechos se tratara entre el honor y la libertad de expresión. De modo que se desentiende de la asentada doctrina constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre los límites a la sanción penal de una conducta expresiva, que no se conforma con ese planteamiento cuando se trata de decidir sobre la admisibilidad de la reacción estatal penal frente al ejercicio (incluso extralimitado) de los derechos fundamentales.

El punto de partida de esta doctrina es que “los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito” (fórmula que expresaba la STC 2/2001, de 15 de enero, FJ 2, y que ha sido reiterada). Lo que implica que no pueden sancionarse penalmente supuestos que suponen ejercicio del derecho, pero también, en segundo lugar, que debe evitarse que el

Derecho penal se convierta en un factor de disuasión de la libertad, en particular de la libertad de palabra y de crítica política (por todas, SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 y 8, y 190/2020, de 15 de diciembre, FJ 3, o SSTEDH de 15 de marzo de 2011, caso *Otegi Mondragón contra España*, § 49, y de 9 de marzo de 2021, caso *Benítez Moriana e Iñigo Fernández contra España*, § 59). Nuestra doctrina ha advertido sobre “los riesgos derivados de la utilización del *ius puniendi* en la respuesta estatal ante un eventual ejercicio, extralimitado o no, del derecho a la libertad de expresión por la desproporción que puede suponer acudir a esta potestad y el efecto desaliento que ello puede generar”. Y subrayado que “los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser siempre ponderados con exquisito rigor, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal. [C]uando esto sucede, esas limitaciones siempre han de ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado, lo que obliga al juez penal a tener siempre presente su contenido constitucional para «no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático»” [STC 35/2020, de 25 de febrero, FJ 4.a), con base en las SSTC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2 d), y 112/2016, de 20 de junio, FJ 2 iii)].

Esta doctrina enlaza con el requerimiento del TEDH que supedita la legitimidad de toda restricción de las libertades comunicativas a su proporcionalidad, donde desempeña un papel destacado el posible efecto disuasorio de la respuesta jurídica. En particular, se vincula tal efecto indeseable para la plena efectividad de los derechos a la naturaleza y gravedad de la sanción, en la idea de que una condena penal es una sanción grave, si se tiene en cuenta la existencia de otros medios de intervención y refutación, como los civiles, cuya entidad, por otro lado, tampoco es descartable que conduzca a la desproporción (entre muchas, STEDH 21 de octubre de 2025, caso *Mortensen c. Dinamarca*, 2025, § 48).

La sentencia de la que discrepo obvia este marco conceptual —la compatibilidad de la sanción penal y el ejercicio de un derecho fundamental—, lo que propicia un análisis incompleto y desconectado del objeto del proceso (la condena penal) y del contenido impugnatorio del recurso (que aduce tanto el ejercicio del derecho como la desproporción de la condena penal), y, en último término, una resolución que deja sin tutela al derecho fundamental invocado por el demandante.

Apuntado el déficit metodológico o estructural de que adolece el enfoque de la sentencia, mi disenso se proyecta esencialmente a la falta de todo análisis sobre la admisibilidad

de la respuesta penal frente al ejercicio de la libertad comunicativa. Ausencia más sorprendente aún si se tiene presente que la oportunidad de abordar como cuestión novedosa la proporcionalidad de la condena penal se enuncia como motivo de la especial trascendencia constitucional del recurso (así se recoge en el FJ 2). Pero, mi desacuerdo se extiende a las decisiones que adopta: identifica la libertad de información como derecho concernido y, desde tal premisa, aprecia falta de veracidad en parte de la información que aportaba el mensaje, lo que conduce sin más a denegar el amparo.

2. Derecho fundamental ejercido: libertad de expresión frente a libertad de información

La constitucionalidad de la condena proferida por la jurisdicción depende de la valoración de la conducta penada desde la perspectiva del ejercicio de un derecho fundamental. Para ello, resulta necesario dilucidar con carácter previo, como acomete la sentencia en su tercer fundamento, cuál es el derecho que ampararía el comentario publicado en la red social por el recurrente. La cuestión es de capital importancia, porque la ubicación del mensaje en uno de los dos apartados del art. 20.1 CE —a) para la libre emisión de pensamiento, d) para la libertad de información— determina que se aplique un canon bien distinto, lo que implica un estándar de protección constitucional diverso: a quien ejercita la libertad de expresión no le es exigible prueba de la verdad o de la diligencia debida en su averiguación, que condiciona de forma absoluta, en cambio, la legitimidad del derecho de información (por todas, STC 65/2015, de 13 de abril, FJ 2).

La sentencia considera que el derecho concernido es la libertad de información con base en criterios que definen el ámbito protegido por el derecho, su proyección al contenido del comentario y la regla de que, en supuestos de concurrencia de ambas libertades, debe atenderse al elemento preponderante. Parte así de que la comunicación de hechos —susceptibles de verificación— define el ámbito propio de la libertad de información mientras que la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, incluidos las creencias y los juicios de valor —sobre los que no cabe prueba—, y considera que en el texto analizado, aun cuando contiene valoraciones y opiniones, “lo que predomina es la narración de hechos, tal y como se desprende del propio contenido del mensaje, del contexto en que se hizo público y de la intencionalidad expresada por el propio autor”.

a) Delimitación entre libertad de expresión y libertad de información: el criterio de la preponderancia

El criterio de adscripción del mensaje a uno u otro derecho no puede reducirse a la simple disyuntiva entre lo fáctico y lo valorativo. Como el Tribunal ha apreciado y recuerda

la sentencia, en los casos reales y, especialmente, en el ámbito de internet el mensaje se ofrece al lector como una amalgama de expresión de pensamientos, ideas y opiniones, junto o después de la narración de hechos. Hay que admitir que cualquier expresión de un juicio de valor se sustenta sobre un presupuesto fáctico, de manera que las opiniones siempre llevan en su seno una narración o descripción de la realidad, asumida e implícita, de ahí la dificultad de deslindar hechos y opiniones, tarea improductiva cuando se trata de dispensar o negar cobertura constitucional a una conducta expresiva, como revela el caso presente. Si a esta constatación fenomenológica se le une la imposibilidad epistemológica y lógica de someter los juicios críticos a prueba o contraste, a diferencia de los relatos sobre hechos, se pone de manifiesto que el criterio del carácter predominante del discurso —a efectos de enmarcarlo en la letra a) o d) del art. 20.1 CE— no puede entenderse como una simple proyección del binomio hecho y valoración, juicio en el que lo determinante es la cantidad y peso de uno y otro objeto. La decisión debe atender, sin embargo, al sentido global del mensaje en función no solo de su contenido, de su texto, sino también de otros elementos como el contexto, la condición del emisor, su voluntad comunicativa y estilo, el sujeto aludido o el medio de difusión, sin olvidar un aspecto crucial, el sentido tuitivo del diverso canon constitucional de las libertades de expresión y de información, que deviene trascendental en la definición de la esfera de lo constitucionalmente protegido.

En este punto, resulta ilustrativo que la dificultad de distinguir entre hechos y juicios de valor conduce al TEDH, para no desproteger el derecho, al criterio de la “base” o el “fundamento fáctico” suficiente que soporta la opinión, a que alude, por ejemplo, en la STEDH *Benítez Moriana e Íñigo Fernández contra España*, § 51 (ya citada, que fue precedida por la STC 65/2015, que desestimó el recurso de amparo de los condenados por injurias con publicidad). “No obstante, cuando una declaración supone un juicio de valor, la proporcionalidad de una injerencia puede depender de la existencia de un ‘fundamento fáctico’ suficiente para la declaración impugnada: en caso contrario, dicho juicio de valor puede resultar excesivo”. Conforme a este criterio, los juicios de valor deben sustentarse en hechos con los que mantengan una cierta conexión o relación para constituir opiniones o comentarios “no exentos de fundamentos fácticos”, si bien la intensidad del vínculo o incluso su necesidad depende de las circunstancias específicas y los parámetros relativos a la proporcionalidad de la injerencia en la libertad comunicativa.

La sentencia a la que adjunto este voto prescinde de elementos relevantes para resolver la cuestión y, sobre todo, de una consideración global del sentido del mensaje. Por ello, identifica la libertad de información como derecho concernido y, lo que es más importante,

aplica un canon de veracidad riguroso como criterio decisor provocando la desprotección del derecho fundamental.

b) El derecho afectado en el caso

(i) El comentario como crítica asentada en hechos

La sentencia atiende a la presencia en el mensaje de elementos descriptivos de la actuación policial y de la divulgación de la versión oficial, por más que –según reconoce– vengan acompañados de opiniones críticas, sin justificar la supuesta prevalencia cuantitativa del relato, obviando que datos y calificativos se presentan en íntima conexión, sin posibilidad de distinción. Sin embargo, tal entramado de opiniones e informaciones se presenta en general en mensajes o discursos que atribuyen hechos antijurídicos a una persona, de forma que la exposición de hechos y la emisión de valoraciones resulta indisolublemente unida, lo que explica que este Tribunal se haya inclinado por considerar que se ha actuado en el espacio de la libertad de expresar opiniones cuando se ofrece una denuncia fundada o sustentada en hechos, pero juicio crítico o valoración personal al fin y al cabo (STC 41/2011, de 11 de abril, FJ 2, con numerosas referencias).

La sentencia entiende que son opiniones “calificar como ‘legítima defensa’ el comportamiento de alguno de los vecinos; caracterizar las detenciones policiales como ‘ilegales’; considerar ‘amigo’ al hospital al que acudieron los policías; o adjetivar la prensa local como ‘acomodaticia’”. Pero, a continuación, las desagrega y aísla para reconstruir un supuesto relato de hechos en el mensaje: “el comentario atribuye a dos policías ‘con antecedentes de tortura’ la participación en un hecho preciso, como fue pegar a una anciana y a su familia, y señala que, posteriormente, la policía habría llevado a cabo otras acciones concretas, véase, cortar las calles, acudir al hospital para que preparara un parte de lesiones y, finalmente, emitir un comunicado oficial con su versión de los hechos”. Una argumentación cuestionable porque el mensaje no lleva narración alguna, ni es posible identificarla, si acaso un hilo narrativo que da soporte a las (des)calificaciones y juicios de valor. Porque no hay precisión alguna de los hechos: ni los policías eran identificados, ni se ofrecía dato alguno que pudiera permitir al lector del mensaje su identificación (“la policía, más bien dos concretos policías con antecedentes de tortura”), ni se indicaba el cuerpo al que pertenecían, tampoco se aportaba la identidad de las personas que intervinieron en el altercado (“se han jartado a pegar a una anciana y su familia”, “todo el barrio”, “la gente”), ni se mencionaba el centro “hospital amigo” al que acudieron los agentes para que se documentaran sus lesiones, ni el diagnóstico de los partes médicos, ni siquiera el medio de prensa que había publicado el comunicado

(“acomodaticia prensa”, que no había considerado “contrastar” la información que ofreció), ni lo que la nota de prensa policial decía (“con su peculiar versión de los hechos”).

Con la disección que hace la sentencia se pierde la esencia del mensaje: una crítica a la actuación policial y al uso de la fuerza, cuestiones centrales del debate político en una sociedad democrática. Además, el delito de calumnias por el que había sido condenado tenía por objeto, según las sentencias, puras expresiones y calificaciones de hechos que atribuían a los agentes: los policías se han “jartado” de pegar a una anciana y su familia – imputación de un delito de lesiones-, acudieron a un “hospital amigo” para obtener un parte de lesiones –delito de falsedad documental- y efectuaron detenciones ilegales. No puede olvidarse que, efectivamente y como informaba la nota de prensa de la policía difundida el día antes, los agentes emplearon fuerza para aprehender al menor fugado, fueron atendidos en un establecimiento sanitario donde se emitieron partes de lesiones y se detuvo a varias personas, todos ellos son hechos no controvertidos. En ese discurso crítico la afirmación de que dos agentes tenían “antecedentes de tortura” -que en ningún momento se identificaban en el mensaje- tampoco puede aislarse como descripción de hechos con entidad propia; la expresión los calificaba de torturadores en un sentido vulgar, en conexión con el abuso policial que se denunciaba.

La finalidad que muestra el contenido global y el tono general del texto es la de expresar opiniones críticas sobre una actuación de agentes de la autoridad, censurar su intervención, conflicto que había sido noticia de un periódico diario.

(ii) La intención o voluntad del emisor

La sentencia pretende reforzar la incardinación del mensaje en la libertad de información en la intención manifestada posteriormente por el demandante de “ofrecer una versión alternativa de los hechos discutidos, como réplica a la noticia publicada” en un diario. Argumento que no resulta convincente. Hay que insistir en que el contenido del mensaje estaba vinculado a unos hechos ya divulgados por un medio digital a raíz precisamente de la información policial, noticia de prensa que reflejaba únicamente la versión oficial. El demandante ofrece una lectura o interpretación diversa sobre un suceso ya informado en prensa. La “réplica” es, valga reiterarlo, una valoración alternativa de lo sucedido, que cuestiona el relato policial, pero no un relato de hechos distinto con pretensión de neutralidad. Como en el caso *Benítez Moriana e Iñigo Fernández contra España* antes citado (§ 53), las declaraciones críticas sobre un asunto de interés general que contienen una valoración global de la conducta de funcionarios públicos en ejercicio de sus competencias —aquí, una jueza, en nuestro asunto, policías— no son una mera exposición de hechos, sino juicios de valor que, si no carecen de

fundamento fáctico, constituyen un comentario sobre una cuestión de relevancia pública amparado por la libertad comunicativa.

(iii) Condición del emisor y medio de publicación

Tampoco tiene presente la sentencia que el emisor no es un periodista ni publica el comentario en un medio periodístico. Esos datos distinguen el caso y lo diferencian notablemente del supuesto enjuiciado en la STC 24/2019, que se cita como ejemplo de “afán informativo”, que identificó la libertad de información como derecho afectado en referencia a una comunicación estricta de hechos, salvo en un punto menor, publicada por el director de un periódico digital.

Que la titularidad de la libertad de información no sea privativa de los periodistas, sino que corresponda a todas las personas, no puede ocultar que la jurisprudencia constitucional ha tenido presente que son los profesionales de la información a través de un medio de comunicación periodístico los que primordialmente ejercitan este derecho contribuyendo a la formación de una opinión pública libre. El estatuto constitucional de tal ejercicio, que dota del máximo nivel de protección a la información sobre cuestiones de relevancia pública veraz —en el sentido de contrastada diligentemente por el profesional—, se ve completado por la cláusula de conciencia y el secreto profesional recogidos en el mismo art. 20.1.d) CE. Precisamente, a partir de una regla deontológica de la profesión de periodista se ha construido el canon de la diligencia debida en la búsqueda de la noticia, como recurso para proteger su actividad. En nada se asemeja la crónica periodística de actualidad al comentario que nos ocupa, publicado por un político local en su perfil personal de Facebook, que reacciona ante un artículo de prensa sobre un altercado callejero con intervención policial. Su comunicación se encuentra más próxima al comentario que se pronuncia en una conversación que al producto de la labor del profesional de la información. La equiparación del emisor de un comentario de estas características con el periodista no es correcta. Se trata de un representante electo, concejal de una ciudad de provincia, que participa en el debate político criticando la actuación policial, y no parece de recibo que se le enjuicie como periodista o se le apliquen reglas de conducta del profesional de la información. Al hacerlo, se está imponiendo a quienes comentan en la red una noticia o una crónica de periódico un deber de diligencia en la comprobación del “fundamento fáctico” que justificaría su valoración que, por mucho que se diga menos exigente que el del profesional, acaba trasladando un canon mimético inexigible al ciudadano, y menos al político cuando interviene en el debate público.

Aun asumiendo a efectos dialécticos que este tipo de mensajes están a caballo entre la libertad de expresión y de información o, incluso, que deben reconducirse al ámbito de

la libertad de información, considero que tal ubicación no debe llevar indefectiblemente a aplicar el canon de veracidad construido para un ejercicio muy diverso del derecho a comunicar información. El Tribunal ha perdido la oportunidad que brindaba el caso para reflexionar y elaborar doctrina sobre el contenido del derecho y el canon constitucional aplicable cuando se trata de reacciones o comentarios en la red ante noticias periodísticas, distinguiendo este supuesto de las publicaciones de prensa sometidas a la cadena de controles característica de los medios de comunicación profesionales. Una reflexión y adaptación del estándar de protección constitucional a las particulares características de la comunicación en la red, que el Tribunal ya anunció como pendiente en la STC 8/2022, de 27 de enero, FJ 2.

En suma, el post del demandante —que no era un informador o periodista, ni siquiera un testigo de los hechos, sino un político y activista local que divulgaba opiniones sobre un tema del debate político en su cuenta de la red social— venía a ofrecer una versión alternativa crítica a la del comunicado oficial sobre la intervención policial que había publicado el diario digital *salamanca24horas.com* bajo el titular “Una marabunta”. Versión, comentario y opinión que tenían fundamento fáctico suficiente en la información que ya constaba en el espacio público, difundida por el periódico local, además de obedecer a un conocimiento adquirido por el demandante de fuentes directas del suceso, como era el vídeo de siete segundos sobre la actuación policial —donde se observa a dos agentes sobre una mujer y un menor, reducidos en el suelo— que visionó y en la conversación con el familiar del menor perseguido que presenció la acción policial.

3. Insostenibilidad de la condena penal desde el art. 20.1 CE

Situado el marco de discusión en la compatibilidad con el art. 20.1 CE de la condena penal por la publicación en la red del relato crítico con la actuación policial, la aplicación de la doctrina constitucional, integrada con los estándares de la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, debió conducir a la estimación del amparo. Y ello, tanto si se subsume el mensaje sobre el altercado en la esfera de la libertad de expresión, posición que he defendido, como si se localiza en una libertad de información adaptada a las peculiaridades del supuesto. Ya en la citada STC 8/2022, FJ 2, el Tribunal advirtió que el ejercicio de las libertades comunicativas en redes no facilita “la desagregación entre estos dos derechos, libertad de expresión y derecho a la información, que nuestro sistema constitucional diferencia claramente, no sucediendo así en el contexto del Consejo de Europa o de la Unión Europea, que se refieren a una genérica libertad de expresión que se concreta a través de la libertad de opinión, la libertad de transmitir información y la libertad de recibir información”.

A. Doctrina sobre la libertad de expresión y sus límites

La doctrina pertinente para resolver el caso, desde la perspectiva de un derecho fundamental genérico a la libertad de expresión y comunicación, permite destacar varios elementos, que se recogen en numerosas resoluciones del Tribunal Constitucional (últimamente, SSTC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2, y 112/2016, de 20 de junio, FJ 2) y del TEDH (basta con repasar las sentencias que condenan a España por violación del art. 10 CEDH, a las que me referiré luego).

a) Derecho fundamental y dimensión objetiva o posición institucional

Las SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3, y 12/1982, de 31 de marzo, FJ 3, inaugurales de una jurisprudencia reiterada, ponderan la “peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión”, en cuanto son no solo derechos fundamentales de cada ciudadano, sino también garantía de la existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político –valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático– que trascienden el significado común y propio de los demás derechos fundamentales. Necesita por ello “un amplio espacio”, es decir, “un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor” (STC 79/2014, de 28 de mayo, FJ 6).

Para el TEDH la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada individuo (sentencias de 27 de mayo de 2004, caso *Vides Aizsardzibas Klubs c. Letonia*, § 40, de 8 de julio de 1986, caso *Lingens c. Austria*, § 41, y de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside c. Reino Unido*, § 49).

b) Amplitud de la libertad de crítica y protección especial o reforzada del discurso político

La libertad de expresión ampara 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, de 5 de junio, FJ 4; y 77/2009, de 23 de marzo, FJ 4). La libertad de expresión no sólo protege la difusión de ideas u opiniones “acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también [...] aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población” (según dice la STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4, con cita de la STEDH de 24 de febrero de 1997, caso *De Haes y Gijssels c. Bélgica*, § 49). Un argumentario que se recibe de una reiterada jurisprudencia europea que vincula la tolerancia con la crítica molesta a las condiciones de existencia de una sociedad

democrática. En particular, cuando se trata de expresión política o del debate sobre cuestiones públicas, el art. 10.2 CEDH deja poco margen para las restricciones (recordatorio en la sentencia del caso *Toranzo Gómez contra España*, § 49).

Es por ello que cuando opera como instrumento de los derechos de participación política debe reconocérsele, si cabe, una mayor amplitud que cuando actúa en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular hasta dotar al derecho fundamental de una especial resistencia e inmunidad frente a restricciones que en otro contexto habrían de operar (SSTC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5, 136/1999, de 20 de julio, FJ 13, y 39/2005, de 28 de febrero, FJ 2; SSTEDH 25 de noviembre de 1996, caso *Wingrove contra Reino Unido*, § 58; de 14 de marzo de 2003, caso *Eon contra Francia*; y de 22 de enero de 2015, caso *Pinto Pinheiro contra Portugal*, § 40). En estos asuntos quedan amparadas por la libertad de expresión, a la que cabe sumar la de información, no sólo las críticas inofensivas o indiferentes, sino también otras que puedan molestar, inquietar o disgustar (SSTC 110/2000, de 5 de mayo, 85/1992, de 8 de junio; SSTEDH de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside contra Reino Unido*, § 49; y de 8 de julio de 1986, caso *Lingens contra Austria*, § 41).

c) Mayor amplitud de la crítica admisible cuando el emisor es un representante político o cuando recae en personas que se dedican a actividades públicas, en concreto la especial tolerancia a la crítica de los policías

Ambos Tribunales han insistido también —lo que viene a contradecir la sentencia de la que disiento— en el significado central del discurso político desde el ámbito de protección de los arts. 20.1 CE y 10 CEDH, particularmente amparable cuando se ejerce por un representante político. Al respecto, el TEDH entiende que la libertad de expresión adquiere márgenes especialmente valiosos cuando se ejerce por una persona elegida por el pueblo, porque 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 contra España*, § 50 y 54), por lo que en este contexto el control sobre los límites impuestos al derecho debe ser más estricto (STEDH de 23 de abril de 1992, caso *Castells contra España*, § 42).

Por otro lado, la jurisprudencia constitucional ha destacado que el máximo nivel de protección de la libertad de expresión se activa cuando el derecho se ejerce en relación con personas que ostentan funciones públicas o resultan implicados en asuntos de relevancia pública, porque quedan obligadas por un mayor nivel de tolerancia ante la crítica (STC 83/2023, de 4 de julio, FJ 4). El ejercicio de funciones públicas amplía los márgenes permitidos

a la crítica de quienes ostentan la condición de servidor público, sobre todo ante manifestaciones de la libertad de expresión que molestan, inquietan y disgustan (SSTC 65/2015, de 13 de abril, o 41/2011, de 1 de abril, entre otras). Y cuando se trata de comentarios sobre las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, no puede hablarse de honor, sino de dignidad o prestigio, “que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental, y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública” (STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2).

En el mismo sentido, el TEDH ha afirmado que los límites de crítica admisible “son más amplios respecto a un hombre político, contemplado en ese carácter, que los de un particular: a diferencia del segundo, el primero se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos tanto por los periodistas como por el conjunto de los ciudadanos. Por lo tanto, debe mostrar una mayor tolerancia” (entre muchas últimamente, SSTEDH recaídas en los asuntos *Eon contra Francia*, § 59, y *Pinto Pinheiro contra Portugal*, § 44). En esta línea se distingue el ataque a la reputación de un individuo del que se dirige contra instituciones o símbolos nacionales.

En particular, los funcionarios que actúan a título oficial están sujetos a límites de aceptación de la crítica más amplios que los ciudadanos corrientes (STEDH *Mamère c. Francia*, de 7 de noviembre de 2006, § 27), más aún cuando tales críticas conciernen a toda una institución pública. Un cierto grado de inmoderación, dice la jurisprudencia europea, podría caer dentro de los límites del derecho, particularmente cuando implican una reacción ante lo que se percibe como conducta injustificada o ilegal de los funcionarios. Un ámbito en el que ha de protegerse la crítica a la policía, sus agentes, más cuando del uso de la fuerza pública y de sus límites se trata. “Según el Tribunal, al ser parte de las fuerzas de seguridad del Estado, la policía debería mostrar particularmente un alto grado de tolerancia al discurso ofensivo, a menos que tal discurso incendiario sea susceptible de provocar inminentes acciones ilegales con respecto a su personal y exponerlos a un riesgo real de violencia física” (caso *Savva Terentyev contra Rusia*, STEDH de 28 de agosto de 2018, § 77, relativo a la imposición de una pena de prisión a un bloguero condenado por comentarios ofensivos en Internet contra agentes de policía).

Sobre la imposición de penas de prisión por infracciones cometidas en el ámbito del discurso político, tiene señalado el TEDH que sólo es compatible con la libertad de

expresión, garantizada por el art. 10 del Convenio, en circunstancias excepcionales, especialmente cuando se han lesionado gravemente otros derechos fundamentales, como en el supuesto de que se difunda un discurso de odio o de incitación a la violencia (*Otegi contra España*, §§ 58 a 60).

d) La importancia del medio y de las formas de expresión

La difusión de mensajes en la red es uno de los datos que han de tomarse en consideración por la relevancia que ha adquirido al posibilitar el acceso al espacio público de sus usuarios. "Internet se ha convertido ahora en uno de los principales medios por los cuales los individuos ejercen su derecho a la libertad de recibir y transmitir información e ideas, proporcionando herramientas esenciales para participar en actividades y debates sobre cuestiones políticas y de interés general (...) Además, en cuanto a la importancia de los sitios de Internet en el ejercicio de la libertad de expresión, a la luz de su accesibilidad y su capacidad para almacenar y comunicar grandes cantidades de información, Internet desempeña un papel importante en mejorar el acceso público a las noticias y facilitar la difusión de la información en general. La actividad expresiva generada por usuarios en Internet proporciona una plataforma sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión " (STEDH de 1 de diciembre de 2015, *Cengiz y otros contra Turquía*, § 49 y 52).

Se apunta, sobre el alcance y el potencial impacto de un mensaje, la necesidad de delimitar su difusión, pues un comentario publicado en la red en un perfil "con una pequeña cuota de lectores no es ciertamente lo mismo que si la declaración se publica en páginas web generalizadas y muy visitadas. Es, por tanto, esencial para la valoración de la potencial influencia de una publicación en línea, determinar la trascendencia de su alcance al público" (STEDH *Savva Terentyev contra Rusia*, citada, § 79). También tiene relevancia en el impacto del mensaje, y en su posible daño a bienes jurídicos de terceros, la condición del emisor de conocido bloguero o usuario popular de la red, o de figura pública e influyente.

B. Aplicación de los parámetros de enjuiciamiento al supuesto: un discurso que se encuentra en los límites del derecho

En el caso, el demandante, concejal del Ayuntamiento de Salamanca, escribió un post en su red social en el que criticaba la actuación policial en un barrio de la ciudad para detener a un menor que se había fugado de un centro público, una acción en la que los agentes hicieron empleo de la fuerza. Como se apreció en el asunto *Toranzo Gómez contra España* (§ 57), hay que señalar que el mensaje no se refiere a aspectos de la vida privada de los policías, sino a su actuación en tanto agentes de la autoridad, más concretamente, al uso que hicieron de la violencia. Converge aquí un doble elemento expansor de la libertad de expresión. De un lado,

porque el mensaje aborda una cuestión de indudable interés público, imprescindible en una sociedad democrática que delega el uso de la fuerza en personas investidas como agentes de la autoridad: la legalidad y proporcionalidad de la actuación policial. Y, de otro lado, que se refiere a la conducta de funcionarios públicos, que deben soportar un mayor grado de crítica que los particulares en lo referido al ejercicio de sus funciones, máxime cuando se trata del uso de la fuerza por parte de policías. Resulta que en nuestro espacio público son escasas, por ello valiosas, las voces que denuncian situaciones de posible abuso policial.

Es más, la sentencia de la que discrepo asume que, dado que la condena fue por delito de calumnias, la restricción y sanción penal de la libertad de expresión del recurrente tendría su fundamento en la tutela del derecho al honor de los dos policías que se personaron en el proceso penal como acusadores. Sin embargo, la lectura del comentario incriminado muestra que no se identifica a ningún policía, sino que se cita en todo momento a funcionarios, sin nombre, ni número de registro ni dato alguno que permita su individualización. Se habla de la actuación policial (“Es la policía”), que se dice iniciaron “dos concretos policías”, sin precisar siquiera el cuerpo al que pertenecían los agentes, aludiendo luego a la mención genérica de “los polis”. La forma comunicativa del mensaje denota que las expresiones litigiosas son reconducibles a una crítica al colectivo policial y a su actuación: abuso de la fuerza, encubrimiento y justificación de sus actos, divulgación de una versión oficial del conflicto, que la prensa acoge. No es una crítica contra individuos concretos, no hay sujeto pasivo de la calumnia en el texto del mensaje. Desde esta perspectiva, en la crítica resulta predominante la potencial afectación al prestigio de la institución, a la legitimación de la policía, pero no al derecho fundamental al honor de agentes particulares, ni siquiera identificados ni identificables, y, con ello, concurre un fundamento más débil de restricción de la libertad de expresión.

Además, en tanto que el emisor del mensaje es un representante político, un cargo electo local, el discurso alcanza su máxima protección constitucional, al insertarse sus declaraciones en el debate político, donde se reconoce una amplia libertad de crítica que avala el uso de hipérboles y elementos de provocación e, incluso, manifestaciones sin una base fáctica clara (SSTEDH *Otegi contra España*, § 54; *Lombardo y otros contra Malta*, de 24 de julio de 2007, § 60; *Dyuldin y Kislov contra Rusia*, de 31 de julio de 2007, § 49).

Asimismo, hay que reconocer la idoneidad del demandante para encuadrarse en la categoría que la jurisprudencia europea identifica como “vigilante público” (*watchdog* o *chien de garde* en la terminología del TEDH), por su condición de representante electo y usuario de las redes sociales, y en relación con el contenido de su mensaje en tanto denuncia pública de la actuación policial (ver sentencia *Comité Húngaro de Helsinki c. Hungría*, Gran

Sala, de 8 de noviembre de 2016, § 168). En el supuesto que nos ocupa esa cualidad, que el TEDH considera importante para enjuiciar el caso, se concreta en su actuar al servicio del control democrático del uso de la fuerza pública, que habían ejercido agentes policiales en un barrio de su circunscripción electoral, conflicto en el que se vieron involucrados una mujer y un menor, dato que otorga sentido al mensaje y que propicia también una mayor amplitud al ejercicio de la libertad de expresión, sin que pueda esgrimirse —como pretende nuestra sentencia— un deber de prudencia del concejal. Debe descartarse de plano en este punto la alusión que efectúa el fundamento cuarto a las responsabilidades específicas de los representantes elegidos por la ciudadanía con apoyo en una jurisprudencia del TEDH que la propia sentencia conecta a contextos de incitación a la violencia o a la discriminación, o a la omisión absoluta de todo intento de verificación del hecho imputado, en nada presentes en la conducta del recurrente. Ninguna de esas circunstancias concurre en el caso.

El discurso del demandante no es una llamada a la violencia ni una incitación al odio, sino pura crítica de la acción policial; tampoco carece de fundamento fáctico porque está claramente conectado a los hechos y a la información periodística previa. El mensaje ofrece una valoración de la realidad alternativa a la que había publicado el periódico diario digital, en una crónica que se había limitado a recoger el comunicado oficial de la policía para calificar de “marabunta” la conducta de los ciudadanos contraria al actuar policial. Nadie discute la base fáctica de los juicios de valor del comentario: que hubo una intervención policial en la calle, que los agentes emplearon fuerza física sobre personas y que practicaron varias detenciones. Un sustento fáctico suficiente para soportar un comentario que cuestionaba el relato oficial. Además, el recurrente criticó la actuación de los agentes de la autoridad con base en dos fuentes de conocimiento: lo que le relató un testigo de los hechos —familiar del menor, que luego fue coacusado y condenado en el mismo proceso y que cumplió pena de prisión al no abonar la multa— y en el visionado de una grabación del hecho de siete segundos que este testigo le facilitó. Es por ello que no se puede compartir, como hace la sentencia, que incurriera en una conducta de menosprecio a la verdad al hacer uso de su libertad de palabra y de crítica política. Ciertamente, presentó al público otra lectura de lo sucedido, un relato diferente, pero no sobre los aspectos esenciales incontrovertidos —empleo de violencia, existencia de lesiones, visita a un establecimiento sanitario y emisión de partes médicos, práctica de detenciones, emisión de un comunicado oficial y publicación periodística—, sino sobre la calidad, intensidad y legitimidad de la actuación policial, algo característico de la confrontación de versiones en el debate público, que pone de manifiesto el pluralismo político y social existente en la aproximación a un fenómeno problemático como el actuar de las agencias policiales y el empleo de la fuerza.

La criminalización del comentario y la denegación de amparo en sede constitucional parece sugerir que no caben en nuestro espacio público versiones alternativas a las que ofrecen los comunicados oficiales sobre las actuaciones policiales, una conclusión intolerable. La crítica al ejercicio de la autoridad, más cuando se detenta el monopolio de la fuerza pública, es un valor en sí mismo, que debe ser protegido en un Estado de derecho que predica la sumisión de todos los poderes y funciones a la Constitución y al derecho.

Por fin, hay que reparar en que el comentario en la red tuvo escasa repercusión, solo treintaicinco personas dejaron constancia de su lectura y otras dieciséis lo compartieron.

C. La falta de proporcionalidad en la restricción del derecho

Con base en lo dicho hasta aquí, el recurso nos enfrenta ante una conducta expresiva que un representante político emitió en la red, un mensaje que concernía a un asunto de interés público general, enmarcado en lo que se denomina debate político, vinculado a sucesos de su circunscripción local, que tenía por objeto la acción de una institución estatal y la crítica de unos hechos previamente difundidos en la prensa. La conclusión debió ser el otorgamiento del amparo en tanto el recurrente no había rebasado los amplios márgenes de la crítica política e institucional que le dispensaba el derecho fundamental a la libre expresión e información. Pero incluso, en las tesis de la sentencia de la que disiento, la reacción penal con una sanción que podía conllevar privación de libertad, como nos recuerda la jurisprudencia del TEDH, resulta desproporcionada y debería haber conducido al otorgamiento del amparo.

Empezaba este voto recordando que la doctrina constitucional ha establecido que el juez no puede sancionar de manera desproporcionada una conducta de expresión. Debe garantizar que la respuesta a una acción propia de ejercicio de la libertad de palabra y de crítica política, aun suponiendo un ejercicio extralimitado del derecho, no pueda producir un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad ni un efecto disuasor o desalentador del ejercicio del derecho fundamental (por todas, STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5). No puede admitirse que, en el ámbito de las expectativas de conductas amparables por un derecho fundamental, especialmente cuando se invocan las libertades de expresión y de reunión y manifestación, existan “solo dos terrenos, el de lo constitucionalmente protegido y el de lo punible” (STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 6). Y subrayaba que el TEDH, al interpretar el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, considera que una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el marco del debate político, aun siendo una pena subsidiaria o que pudiera ser suspendida, sólo es compatible con la libertad de expresión en circunstancias excepcionales, situación excepcional que define la presencia de un discurso que incite al uso de

la violencia o que constituya por sí mismo discurso de odio (entre otras muchas, *Otegi Mondragón*, § 54, y *Fragoso Dacosta*, § 33).

En el presente supuesto la jurisdicción penal condenó al demandante y al coacusado —familiar del menor perseguido por los policías, que hemos mencionado como fuente testifical de la información que sustentaba los juicios de valor del mensaje— a una pena de multa que llevaba aparejada la amenaza de prisión de siete meses y medio en caso de impago, pena que efectivamente cumplió el otro condenado. A ello se sumó una indemnización de 12.000 euros más intereses. La incompatibilidad de esta sanción con el Convenio por su desproporción resulta de las decisiones del TEDH. Así se dice en la sentencia, ya citada, del caso *Toranzo Gómez contra España*, condenado por delito de calumnias a agentes de policía a la misma pena de multa con responsabilidad personal subsidiaria: “la pena anterior puede provocar un ‘efecto paralizante’ en el ejercicio de la libertad de expresión del demandante, ya que puede haberle disuadido de criticar la actuación de la policía”, lo que resulta incompatible con el ámbito protegido de la libertad de expresión (§ 64).

4. Diálogo judicial: la preocupante divergencia entre los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y los del TEDH

La cuestión que plantea el recurso de amparo es un problema recurrente. ¿Es necesaria en una sociedad democrática la restricción del derecho a la libertad de expresión con sanción penal en un debate de carácter político? Como ya anticipé, un análisis de la proporcionalidad de la injerencia, donde es especialmente importante la calidad y relevancia pública del mensaje, los sujetos involucrados, los intereses en conflicto y la naturaleza y contenido de la restricción (sanción penal y de qué tipo) conduce en el caso a descartar la existencia de una necesidad social imperiosa de limitación del derecho.

Que la sentencia llegue a una conclusión distinta refleja, en mi opinión, no solo una separación puntual o anecdótica del tratamiento por parte del Tribunal Constitucional de la sanción penal de conductas expresivas en relación con la doctrina del TEDH. Porque desde la primera condena, en el caso *Castells contra España*, STEDH de 23 de abril de 1992, hasta la más reciente sentencia de 8 de junio de 2023, caso *Fragoso Dacosta contra España*, se han sucedido demasiadas condenas en asuntos que presentaban ese denominador común —la reacción punitiva ante discursos ofensivos para la autoridad o sus agentes, instituciones y sus símbolos—, lo que debería invitar al Tribunal a una reflexión sobre la mejor manera de llevar a cabo el diálogo con el TEDH para actualizar el contenido de los derechos fundamentales de libre expresión e información del art. 20. 1 CE y, así, mejor protegerlos.

Sin detenernos en casos más antiguos —como la STEDH de 29 de abril de 2000, *Fuentes Bobo*, o la STEDH de 1 de junio de 2010, *Gutiérrez Suárez*, o la STEDH de 15 de marzo de 2011, *Otegi Mondragón*—, en los últimos años se ha producido un incremento de condenas a España en asuntos concerniente a la criminalización de mensajes producidos en el debate político. Sirvan como ejemplo, los siguientes.

i) STEDH de 14 de junio de 2016, caso *Jiménez Losantos contra España*. El TEDH consideró violado el art. 10 CEDH por haber sido condenado penalmente el recurrente, periodista, como consecuencia de unas declaraciones críticas contra el Alcalde de Madrid. El Tribunal Constitucional había inadmitido su recurso de amparo por falta de especial trascendencia constitucional.

ii) STEDH de 13 de marzo de 2018, caso *Stern Taulats y Roura Capellera contra España*. El TEDH consideró que la condena penal impuesta a los recurrentes por la quema pública de las fotos del Rey supuso una violación del art. 10 CEDH. El Tribunal Constitucional, mediante la STC 177/2015, de 22 de julio, había confirmado la constitucionalidad de la decisión de los tribunales que interpretaron la quema pública de fotos del Rey como ejemplo del discurso del odio e incitación a la violencia.

iii) STEDH de 20 de noviembre de 2018, caso *Toranzo Gómez contra España*. Se refería a una condena impuesta al demandante por un delito de calumnias al haber acusado de torturadores a unos policías. El TEDH estimó que la naturaleza y la gravedad de la pena (multa y responsabilidad personal subsidiaria si no era satisfecha) habrían podido tener un efecto disuasorio sobre su libertad de expresión, desalentando la crítica de la actuación de los agentes de la autoridad. En definitiva, la injerencia en los derechos del demandante no era “necesaria en una sociedad democrática”, produciéndose la vulneración del artículo 10. El Tribunal Constitucional había inadmitido su demanda de amparo por no justificar una especial trascendencia constitucional.

iv) STEDH de 9 de marzo de 2021, caso *Benítez Moriana e Iñigo Fernández contra España*. El TEDH consideró violado el derecho a la libertad de expresión de los recurrentes que habían sido condenados como autores de un delito de injurias graves hechas con publicidad por las manifestaciones contenidas en la carta abierta que ambos dirigieron, como portavoces de una asociación ecologista, a una magistrada juez de lo contencioso administrativo a propósito de una sentencia que había dictado y que entendían desprotegía el medio ambiente, texto que fue publicado en el *Diario de Teruel*. El Tribunal, mediante la STC 65/2015, de 13 de abril, había entendido que no se había violado el derecho fundamental de los demandantes a expresarse en libertad.

v) STEDH de 22 de junio de 2021, caso *Erkizia Almandoz contra España*. El TEDH estimó que se había producido la violación del art. 10 CEDH. La STC 112/2016, de 20 de junio, desestimó el recurso contra las resoluciones judiciales que le habían condenado como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo, porque no habían lesionado sus derechos fundamentales a la libertad ideológica, art. 16.1 CE, y de expresión, art. 20.1 a) CE. La acción era su intervención oral en un homenaje ciudadano a una persona que había formado parte de la organización terrorista ETA, treinta años después de su asesinato.

vi) STEDH de 8 de noviembre de 2022, caso *Ayuso Torres contra España*. El TEDH entendió lesionado el derecho a la libertad de expresión del recurrente, militar de reserva de las fuerzas armadas y profesor de derecho constitucional en la Universidad, que durante una intervención habló sobre el proceso de transición de la dictadura a la democracia en España y por qué, en su opinión, los orígenes de la Constitución estaban viciados. Por estas declaraciones se le abrió un proceso disciplinario militar. El demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que fue inadmitido por carecer de especial trascendencia constitucional. Sin embargo, en opinión del TEDH la mera apertura de un proceso disciplinario podría considerarse una advertencia o amonestación *de facto*, que podría tener un efecto amedrentador, impidiéndole expresar en el futuro opiniones similares. En consecuencia, declaró que se había violado el artículo 10 del Convenio.

vii) Por último, la STEDH de 8 de junio de 2023, caso *Fragoso Dacosta contra España*. El objeto del recurso consistía en determinar si las sentencias impugnadas, que condenaron al demandante de amparo como autor de un delito de ultraje a España del art. 543 del Código penal, a la pena de siete meses de multa con una cuota diaria de seis euros, habían vulnerado sus derechos a la libertad ideológica y la libertad de expresión. El TEDH reprochó la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta, concluyendo que la pena no era necesaria en una sociedad democrática. Mediante la STC 190/2020, de 15 de diciembre, el Tribunal Constitucional había denegado el amparo al entender que la respuesta penal resultó proporcionada.

Concluyo indicando que en todas estas sentencias la clave de la decisión es que la respuesta penal del Estado ante el ejercicio de la libre expresión es innecesaria en una sociedad democrática, por resultar desproporcionada una sanción que lleva aparejada un efecto desaliento para el derecho fundamental. Es un parámetro de juicio que se ha omitido activar en la sentencia, aunque la falta de proporción de la sanción penal había sido planteada como motivo de recurso.



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

Madrid, a dieciséis de julio de dos mil veintiséis.