

AUTO

En Cádiz a 25 de septiembre de 2018

HECHOS

ÚNICO.- Por el Procurador Sr. Lepiani en nombre y representación de MERCEDES COLOMBO ROQUETTE se ha presentado escrito formulando QUERRELLA por el delito de denuncia falsa, falso testimonio, falsedad en documento publico, prevaricación y calumnias e injurias con publicidad y contra la intimidad personal contra EVA, PILAR Y SUSANA TUBIO MARTINEZ, CARMEN ALMADANA PACHECO, CARMEN MONCADA GODINO, MARTIN VILA PEREZ Y MARIA MORENO CABALLERO (esta última archivada mediante auto de fecha 22 de febrero de 2018) haciendo constar en el escrito relación circunstanciada de los hechos que sucintamente se resumen en que los hechos que motivaron las DP 930/14 de este Juzgado fue una campaña mediática organizada para lesionar el honor y la imagen de sus mandantes habiéndose archivado dicha denuncia por el Juzgado de Instrucción de Cádiz, habiendo corroborado el archivo la Audiencia Provincial de Cádiz.

Dicha denuncia fue admitida, a trámite habiéndose practicado las diligencias que se han estimado imprescindibles para la averiguación de las circunstancias del hecho.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En relación a los hechos imputados a *MARTIN VILA PEREZ*, los mismos no son constitutivos de infracción penal alguna toda vez que el hecho de recurrir un archivo que considera improcedente es legítimo y las manifestaciones realizadas tanto en rueda de prensa como en debates electorales se comprenden dentro del juego político al tratarse de hechos de trascendencia pública realizados por cargos públicos en el ejercicio de sus funciones pudiendo discutirse que fueran más o menos afortunadas pero no puede determinarse que el honor de las querellantes resultase vulnerado.

En este sentido se pronuncia en diversas ocasiones la jurisprudencia argumentando que el derecho a recurrir forma parte de la tutela judicial efectiva y esta incardinado en los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio europeo para la protección de derechos

humanos y libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y Protocolos adicionales y en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966.

En relación a los comentarios y declaraciones realizadas en debates públicos y diversos medios de comunicación, no se puede afirmar que hayan utilizado por parte del querellado términos, frases o expresiones de una honda, inequívoca e indiscutida significación hiriente, vejatoria o difamante, sino que las palabras empleadas intentan resaltar un comportamiento o una gestión de los denunciantes negativa o desafortunada, delictiva en opinión del querellado, en referencia a la existencia de un procedimiento penal en el que habiendo recaído una resolución de archivo esta no era firme, ante un problema específico en el ámbito de una gestión de política municipal de adjudicación de vivienda municipal en época de crisis (con una evidente proyección pública).

Al respecto, la *Sentencia de 15 de marzo de 2011* del Tribunal de Estrasburgo (caso Otegi) señala que el art. 10.2 de la Convención no deja apenas sitio para restricciones a la libertad de expresión durante el discurso y el debate político, en el que la libertad de expresión reviste la más alta importancia de interés general.

En la misma línea se ha manifestado con anterioridad la *STC. número 148/2001, de 27 de junio*, en la cual se afirma,

"También hemos dicho en la *STC 192/1999, de 25 de octubre* (FF. 7 y 8), que los denominados «personajes públicos», y en esa categoría deben incluirse, desde luego, las autoridades y funcionarios públicos, deben soportar, en su condición de tales, el que sus actuaciones en el ejercicio de sus cargos y funciones se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no sólo se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones, sino, incluso, sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tengan una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos.

El personaje público deberá tolerar, en consecuencia, las críticas dirigidas a su labor como tal, incluso cuando éstas puedan ser especialmente molestas o hirientes, sin que pueda esgrimir frente a esa información género alguno de inmunidad o privilegio, y frente a las que tiene más posibilidades de defenderse públicamente de las que dispondría un simple particular".

SEGUNDO.- En relación a los hechos imputados a *CARMEN ALMADANA Y CARMEN MONCADA GODINO* los mismos no pueden entenderse constitutivos como un delito de falso testimonio toda vez que de las declaraciones de estas en el Juzgado de Instrucción hacen referencias a *presiones* pero en ningún momento se refieren a que las querellantes les indicarán ni los criterios que debían tenerse en cuenta, ni las familias a las que habían de adjudicarse la vivienda limitando su actuación a que se realizara una nueva valoración lo que motivaba el descontento del personal ante la carga de trabajo existente, eso fue lo que pusieron de manifiesto a la Junta de personal . En su declaración como investigadas ambas se ratifican en lo declarado en el Juzgado siendo contundentes al afirmar la Sra Almadana que no se adjudicaron viviendas a personas que no se lo merecieron y la Sra Moncada al manifestar que las adjudicaciones se hacían con arreglo a baremo y que los políticos nunca entraron en la valoración del baremo y las trabajadoras sociales fueron las que insinuaron que familias más necesitadas se quedaron fuera sin que las mismas sean identificadas por las declarantes.

TERCERO.- En relación a los hechos imputados a EVA Y SUSANA TUBIO MARTINEZ los mismos no pueden incardinarse en infracción penal alguna y a este respecto señalar que estas en su condición de trabajadoras sociales del Ayuntamiento de Cádiz y hermanas de la también querellada PILAR TUBIO MARTINEZ se limitan a manifestar su opinión sobre la adjudicación de las viviendas de Matadero, además de ejercer la crítica política en el caso de EVA TUBIO cuyo partido político aspiraba en ese momento a gobernar la ciudad de Cádiz en oposición al partido de las querellantes y podían estar más o menos molestas con estas por la relegación en el puesto de su hermana por pérdida de la confianza.

Por ello conforme a la doctrina general la libertad de expresión, crítica e información encuentra sus límites dentro del propio artículo 20 de la Constitución tanto en el respecto a los demás derechos reconocidos en el Título Constitucional en que aquel precepto se enmarca, como en las leyes que lo desarrollan, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, lo que obliga a una crítica que no traspase los límites de la buena fe, sin buscar, amparándose en tal derecho de crítica, el menospreciar, desacreditar, zaherir o injuriar al criticado, pues si el contenido del texto o el uso de expresiones que más que juicio de valor son meros epítetos injuriosos, revelan un *animus injuriandi*, entra en juego la lesión al derecho al honor que tutela el Código Penal en el delito o faltas de injurias y en las calumnias, y éstas deben de ser castigadas como tales (STS 10 de octubre de 1998).

La cuestión objeto de debate es si se atenta contra el honor de las querellantes las

manifestaciones de estas tanto en sede judicial, política o la participación junto con otro grupo de personas en un escrache en un acto público al que iban a asistir las querelladas

En el presente caso no concurre indicios suficientes para que pueda determinarse la existencia de un delito de injurias. Ciertamente, la libertad de expresión no ampara el insulto ni los excesos o abusos en el ejercicio de un derecho, las denominadas injurias absolutas que son ofensivas per se, ahora bien, como indica la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15-01-90, ello no significa que no deban tolerarse ciertas expresiones con una evidente carga despectiva, cuando del conjunto del texto quepa detectar el predominio de otros aspectos que otorguen una prevalencia a la libertad de expresión. Como señala la sentencia de 6 de junio de 1990, ciertas expresiones son tolerables y pueden quedar amparadas por la libertad de expresión siempre que aparezcan como una forma de reforzar la crítica, por muy ácida que esta sea.

Por último, y abundando en la tipicidad punible de la conducta que reclaman las querellantes, no podemos tampoco olvidar que la jurisprudencia constitucional ha venido elevando el dintel de antijuridicidad de las injurias en el caso de que las palabras pronunciadas o escritas se refieran a personajes públicos, pues a diferencia de lo que acontece con los particulares, su honor e imagen están expuestos a unos criterios de ponderabilidad distintos, más flexibles, precisamente como consecuencia de su conexión habitual con los medios de comunicación.

Ejemplo de lo anterior es la STC de 22 de abril de 2002, cuando matiza que las personas con notoriedad pública (y todo concejal en una ciudad como Cádiz lo es) deben soportar inevitablemente una reducción de su ámbito de protección en lo relativo a la crítica profesional, pues han escogido libremente una actividad sometida al escrutinio y valoración de la opinión ciudadana.

Las querellantes debe asumir por ello, que si ejercen su derecho a expresar opiniones negativas y descalificadoras de sus adversarios políticos, están también sometido a análoga situación cuando son estos quienes opinan sobre ellas.

. De acuerdo con el diseño constitucional, el ejercicio legítimo de las libertades de expresión es suficiente para descartar la existencia de cualquier tipo de responsabilidad, aunque en ese ejercicio resulte sacrificado su derecho al honor; desde el momento en que el ordenamiento contempla un doble sistema, civil y penal, de protección del honor.

Sanción civil y sanción penal de las conductas lesivas del derecho al honor no

pueden ser, pues, coextensas e indistintas en su ámbito de aplicación, so pena de incoherencia y arbitrariedad del sistema; siendo obvio que los principios generales de subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho Penal postulan que éste quede reservado para las ofensas más gravemente lesivas del bien jurídico en cuestión. Tal era claramente la voluntad del legislador de 1995, como lo indican los debates parlamentarios del Código Penal , y en concreto la intervención del portavoz del grupo parlamentario mayoritario al responder a las escasas enmiendas presentadas al título relativo a los delitos contra el honor (DSCD, V, Comisiones núm. 510, p. 15512). Estamos ante una materia que tiene fundamentalmente una satisfacción por vía civil. La lesión del honor encuentra, desde la óptica de este Código Penal , la aplicación del principio de intervención mínima del Código Penal y la traslación de todos (sic) estos supuestos a la vía civil para satisfacer el derecho al honor lesionado.

Cuáles sean esas conductas más graves merecedoras de una sanción penal, y no de una responsabilidad exclusivamente patrimonial, es la descripción típica de los delitos la que lo indica, de acuerdo con la función dogmática y político-criminal de la tipicidad en la teoría del delito. Y en el caso de las injurias consistentes en imputación de hechos la clave de la distinción entre infracciones penales del derecho al honor y meros ilícitos civiles sólo puede encontrarse en la frase que delimita el tipo subjetivo de dichos delitos mediante la expresión "con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad".

Por lo tanto, es necesario detenerse ahora en determinar el exacto significado de esta expresión típica, y más concretamente el de su segunda parte; puesto que el de la primera es obvio y su aplicación al caso enjuiciado está excluida de antemano, de acuerdo con la apreciación probatoria efectuada en primera instancia, que, en cuanto basada en pruebas personales, es irrevisable en la alzada, conforma a lo razonado en los primeros fundamentos de esta resolución. A su vez, desentrañar el sentido y alcance de la expresión legal "temerario desprecio hacia la verdad" nos llevará, una vez determinado su origen, a un rodeo o excursus de Derecho comparado que no estimamos en absoluto gratuito.

Con matices dogmáticos menores, existe un amplio consenso doctrinal, desde la misma promulgación del Código Penal vigente , en que en esta cláusula binembre el sintagma "conocimiento de su falsedad" alude al dolo directo, mientras que el "temerario desprecio a la verdad" equivale al dolo eventual; y ello pese a que el legislador parecía estar pensando mas bien, desde una perspectiva ya obsoleta de la teoría del delito, en dos modalidades del tradicionalmente denominado dolo específico o del elemento subjetivo del injusto considerado propio de los llamados "delitos de expresión", como viene a evidenciarlo la ya citada intervención parlamentaria (ibidem, pp. 15512-15513).

Es decir, se requiere un dolo específico, una intención específica de falsear la realidad con pleno conocimiento, con consciencia. (.) Y se añade "O temerario desprecio hacia la verdad", para volver a intentar perfilar más el concepto de dolo. Por tanto, tampoco estamos ante un problema de mera negligencia profesional. (.) Estamos en el conocimiento de la falsedad o en el temerario desprecio hacia la verdad. Desprecio a la verdad es inexistencia no sólo de apariencia de veracidad. (.) Pues bien, aquí todavía se va a más lejos de la mera exigencia exigible (sic) de diligencia a un profesional. Se está incriminando, en el concepto de dolo específico, al temerario desprecio hacia la verdad.

No hay, empero, inconveniente en asumir aquí la posición doctrinal prácticamente unánime que identifica el "temerario desprecio a la verdad" con el dolo eventual, siempre que se entienda éste concepto en su sentido más estricto, excluyendo las tesis objetivadoras que parecen haber hecho fortuna en la jurisprudencia de los últimos años y que se conforman para integrar esta modalidad de dolo con que el autor haya sido consciente del peligro concreto generado por su acción, en este caso la imputación de un hecho, para el bien jurídico protegido, que en la injuria es el honor de la persona afectada por tal imputación. Sin necesidad de abordar con carácter general la controversia sobre estas concepciones extensivas del ámbito del dolo eventual, podemos afirmar que las mismas no son adecuadas en todo caso para interpretar la expresión legal "temerario desprecio a la verdad", porque ésta tiene un sentido específico, evidenciado en el contexto jurídico en que se origina y del que se importa al ordenamiento español, que no se ajusta bien a esas construcciones dogmáticas hodiernas.

En efecto, cuando el legislador español de 1995, aceptando el texto del Proyecto de Ley, optó por acotar el tipo subjetivo de las calumnias y de las injurias consistentes en la imputación de hechos, exigiendo que el autor de la imputación obre "con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad", no hizo, sin declararlo expresamente en el iter legislativo ni prelegislativo, sino adoptar una traducción, no literal pero afortunada, de la fórmula jurisprudencial estadounidense "with knowledge of its falsity or with reckless disregard of truth", que constituye en ese país el canon fundamental de la responsabilidad de los medios de comunicación frente a las acciones penales o civiles por libelo o , ya desde la tan citada sentencia fundacional *New York Times v. Sullivan* (376 U.S. 254, 280); fórmula que había encontrado anteriormente eco en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (de "menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado" habla, creemos que por primera vez, la ya citada sentencia 6/1988) y, sobre todo, en el informe del Consejo General del Poder Judicial al anterior Anteproyecto de 1992, que proponía asumir esta expresión para limitar la tipicidad penal tanto de las calumnias como de las injurias y declaraba paladinamente su origen en la citada sentencia .

Es por ello que estas cuestiones deberán ser dilucidadas por la vía civil, a través de la correspondiente demanda de protección jurisdiccional civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, sin que sea admisible la instrumentalización del Derecho Penal para fines ajenos a los que le son propios, infiriéndose de lo actuado que no concurren en el actuar de los denunciados las notas que conjunta o alternativamente se requieren para dotarle de la antijuridicidad penal mínimamente exigida interpretada desde la perspectiva del postulado de intervención mínima, y del carácter fragmentario y subsidiario propio del Derecho Penal cuya observancia nos indica que no sólo no deben perseguirse hechos que evidencien falta de trascendencia delictiva, sino que tampoco han de ser sujeto a procedimientos penales personas cuyas conductas o no son claramente incriminables por falta de indicios o son reprochables en campos jurídicos distintos del penal.

CUARTO.- En relación con los hechos imputados a PILAR TUBIO MARTINEZ tras la práctica de diligencias de averiguación aunque prima facie pudieran ser constitutivos de delitos de falsedad documental y prevaricación no ha quedado debidamente acreditado su comisión, toda vez que si bien es cierto que tuvo un papel relevante en la adjudicación de una vivienda a Jessica Ramirez y que esta no cumplía los criterios para la adjudicación de la vivienda en la promoción Matadero por inminente riesgo de exclusión social (folios 228 a 239) si es cierto que se trataba de "un supuesto de libro" declaración efectuada por Candida Marin como gerente de Procasa por las recomendaciones del Defensor del menor y que la adjudicación de la vivienda no era irregular , habiendo manifestado Pilar Tubio (folio 173) que hubo dos ocasiones en que se adjudicó una vivienda sin existir exclusión social Mera Crespo por vivienda adaptada y Jessica Ramirez porque había sufrido un desahucio habiendo hablado tanto con Procasa y con la Concejala sobre este supuesto sin que le pusieran pega alguna , pudiendo firmar el informe aunque no era lo normal dado que este se encontraba dentro de sus competencias.

Es por ello que los hechos de los que se pretende deducir una responsabilidad criminal no pueden ser nunca constitutivos de delito, sino a lo sumo de una cuestión administrativa. Al introducir el artículo 404 del C. Penal la voz " arbitrarias" que califica al término resolución, supone que se sigue manteniendo la exigencia de una resolución " injusta", que se conecta con el requisito de " a sabiendas".

Según la nueva redacción sólo se produciría la prevaricación del funcionario o Autoridad que " a sabiendas de su injusticia dicta una resolución arbitraria en asunto administrativo", conducta que no coincide con la denunciada. Los términos en los que la

jurisprudencia entendía el concepto de "injusticia" eran restrictivos y vienen a coincidir con la expresión "arbitraria", por lo que, en virtud del principio de intervención mínima y del carácter de "última ratio" de la norma penal (STS 10 de Noviembre de 1.994, de 2 de Noviembre de 1.995 y 30 de Enero de 1.996) los hechos objeto de la presente denuncia nunca pueden ser constitutivos de infracción penal.

En este sentido, la jurisprudencia exige que la resolución (por otra parte no acreditada) implique un torcimiento del derecho (STS 14 de Noviembre de 1.995) y establece que no toda resolución injusta equivale a no ser correcta en Derecho (STS 25 de Octubre de 1.995), así como que la injusticia no equivale a simples irregularidades (STS de 14 de Julio de 1.995).

Tal y como exige la doctrina, para la apreciación de este delito ha de revelarse un "plus de antijuricidad", pues la "injusticia" requerida por el tipo penal solo se producirá " si no existe método racional de interpretación racional que permita sostener el criterio adoptado"(STS 10 de Julio de 1.995).

Para terminar, es necesario señalar que no toda injusticia entendida como infracción del derecho positivo es, sin más, típica, y más aún si se recuerda la existencia, en derecho administrativo, de la teoría de las nulidades, donde se delimitan hasta cinco grados diferentes de ilegalidad administrativa.

En base a lo expuesto;

DECIDO Se **declaran conclusas** las presentes diligencias y se decreta el sobreseimiento provisional de las mismas, declarándose las costas de oficio. Notifíquese esta resolución a las partes haciéndole saber que contra la misma cabe recurso de reforma o de apelación en el plazo de tres y 5 días días respectivamente a contar desde la notificación de la misma.

Así lo acuerda D^a Rosa M^a García Jover, Magistrada del Juzgado de Instrucción nº 1 de Cádiz, en régimen de sustitución ordinaria.-Doy fe

