



Roj: **SAP CA 1/2019 - ECLI:ES:APCA:2019:1**

Id Cendoj: **11012370042019100001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cádiz**

Sección: **4**

Fecha: **28/01/2019**

Nº de Recurso: **163/2018**

Nº de Resolución: **30/2019**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **JUAN SEBASTIAN COLOMA PALACIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ

SECCIÓN CUARTA

SENTENCIA. NUM. 30/19

PRESIDENTA:

D^a. MARÍA ISABEL DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ

MAGISTRADOS:

D^a. MARÍA INMACULADA MONTESINOS PIDAL

D. JUAN SEBASTIAN COLOMA PALACIO

JUZGADO DE LO PENAL Nº 5 DE **CÁDIZ** JR 355/17

DIMANANTE DE LAS DP703/16

JUZGADO DE INSTRUCCION Nº3 DE CADIZ

ROLLO DE SALA Nº 163/18

En la Ciudad de **Cádiz**, a veintiocho de enero de dos mil diecinueve.

Vista por la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial en grado de apelación, la causa referenciada al margen, siendo parte apelante DOÑA María Rosa y DON Doroteo , parte apelada. DON Emiliano , DON Epifanio y DON Evaristo así como EL MINISTERIO FISCAL y ponente el Magistrado Iltmo. Sr. DON JUAN SEBASTIAN COLOMA PALACIO.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Por la Iltma. Sra. Magistrado-Juez titular del Juzgado de lo Penal nº 5 de **Cádiz**, con fecha 30/7/18, se dictó sentencia en la causa de referencia, cuyo Fallo literalmente dice:

"Que debo Debo absolver y absuelvo a Emiliano , Evaristo y Epifanio del delito continuado de **calumnias** y del delito continuado de injurias de que se les acusaba, declarando las costas de oficio"

2.- Contra dicha Sentencia se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación de la acusación particular Doña María Rosa y Don Doroteo , y admitido el recurso en ambos efectos, conferidos los



preceptivos traslados, elevados los autos a esta Audiencia, formado el correspondiente rollo, fue designado Magistrado Ponente, quedando el recurso visto para sentencia.

3.- En la tramitación de este recurso, se han observado todas las formalidades legales, salvo el plazo para sentenciar por la atención a asuntos penales preferentes.

HECHOS PROBADOS

UNICO .- Se aceptan los de la sentencia de instancia, fiel reflejo de las pruebas practicadas, que son del siguiente tenor:

El 7/3/2016 en la sede de la Confederación de Empresarios de **Cádiz**, sita en el edificio DIRECCION000 en la CALLE000 de la ciudad de **Cádiz**, Emiliano , Alcalde de **Cádiz**, Epifanio , Teniente de Alcalde y Evaristo , asesor de gabinete de Alcaldía, en una reunión con vecinos y periodistas expusieron las conclusiones del informe realizado por Aguas de **Cádiz** S.A. sobre lo ocurrido entre el 29/9/2014 y el 25/10/14 en el Barrio de Loreto de **Cádiz** que dio lugar al corte de suministro de agua al barrio citado.

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

En dicha asamblea también intervino Evaristo , que hizo referencia a María Rosa Doroteo manifestando que desde el PP se estaba intentado *"contaminar la opinión pública"*

Las declaraciones de Emiliano y Evaristo , efectuadas ante los medios de comunicación que acudieron a la asamblea. Fueron recogidas entre otros el 8/3/16 por el Diario de **Cádiz**, La Voz de **Cádiz** y Viva **Cádiz**.

El 9/3/16 Epifanio se personó en el Palacio de Justicia sito en Cuesta de las Calesas s/n para presentar en Fiscalía el informe de resultados elaborado por la Comisión Técnica y dijo: *"Estamos aquí para entregar en Fiscalía el informe elaborado por técnicos de forma objetiva e imparcial sobre lo acontecido durante el corte de agua en el barrio de Loreto, y lo hacemos porque queremos que sea el órgano judicial quien determine si hay indicio de delito en la gestión de este suceso. Deben depurarse responsabilidades políticas y si las hubiere también judiciales, sin pretextos, no hay explicación posible que justifique que se haya ocultado esta información a la ciudadanía y a las autoridades sanitarias, no hay explicación que justifique el hecho de que no se hayan depurado todavía estas responsabilidades políticas. Estamos cansados de que intenten enredar, que no asuman las consecuencias de sus actos, que se hagan discursos amenazantes, nosotros somos de hechos. Dijimos que íbamos a encargar el informe y aquí está, dijimos que íbamos a ponerlo en manos de Fiscalía y aquí estamos. No nos entretenemos en lanzar acusaciones al aire, actuamos cuando creemos que hay que actuar y no nos quedamos en la amenaza, no nos sorprende la actuación del Partido Popular en este caso, pues ya nos tienen acostumbrados, sólo han lanzado descalificaciones, han intentado desprestigiar tanto la figura del alcalde como la de los técnicos a pesar de que uno de ellos ha trabajado en una veintena de casos como perito judicial. Ellos, que dicen respetar tanto a los técnicos, ahora ponen en duda la capacidad de los mismos porque no comparten su visión. Dicen que el alcalde es un miserable pero saben que lo realmente miserable es esto: que hayan ocultado información. Estamos cansados de escuchar al señor Teodoro lanzar preguntas al aire para evitar posibles querellas, se mueve en esa línea delgada entre la insinuación y la acusación, y se cree que con preguntar en lugar de afirmar se libra de responsabilidad. Esta es su forma de actuar, tirar la piedra y esconder la mano. Aquí estamos para que la Fiscalía estudie si pudo cometer algún delito en la gestión del corte de agua en Loreto, nada de insinuar hechos y llevar los datos al lugar donde se debe estudiar si pudo existir alguna responsabilidad jurídica. El Partido Popular y Teodoro escondieron la mano cuando al presentar los análisis ocultaron el resultado de varios días, más de medio centenar de analíticas dieron positivo entre el 29 de septiembre y el 13 de octubre y no se informó a las autoridades sanitarias como corresponde. ¿Qué estuvieron haciendo durante esos días? Nosotros no vamos a caer en el insulto porque el verdadero insulto se hizo con la ciudadanía al no contar toda la verdad del corte de agua. Tampoco hemos entrado en descalificaciones personales, el informe está allí y será*



la justicia quien determine si hay indicios de delito y será la Comisión de Sostenibilidad quien determine si hay responsabilidad política"

Las manifestaciones de Epifanio fueron recogidas el 10/3/16 por El Diario de **Cádiz**, La Voz de **Cádiz** y Viva **Cádiz**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se invoca por la parte apelante en primer lugar el error en la apreciación de la prueba, solicitando la revocación de la sentencia apelada y la condena de los acusados por los delitos objeto de acusación.

Decir en primer lugar que conforme al art 792,2, LECrim dicha pretensión es inviable en relación a dicho presunto error de valoración. Así, el citado artículo dice: "L a sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2.

No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa ." En cuanto a la posibilidad de revisión en apelación de una sentencia absolutoria, declara el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de marzo de 2016 que "a partir del relato de hechos probados que da lugar al fallo absolutorio que se recurre, no cabe sustentar la existencia de las infracciones a las que se refiere el recurrente, por lo que el planteamiento de su impugnación nos conecta con los perfiles y el alcance de la posibilidad de revisión en casación de los pronunciamientos absolutorios, cuestión que hemos abordado en profundidad en la reciente sentencia STS 865/2015, de 14 de enero de 2016 ". Y se añade "Y como dijimos allí, cuando el Tribunal de instancia haya establecido los hechos probados tanto objetivos como subjetivos sobre la base, en todo o en parte, de pruebas personales, como ha sido en este caso, la rectificación de cualquiera de aquéllos para construir un nuevo relato fáctico que dé lugar al dictado de una sentencia condenatoria o un agravamiento de la anterior requiere una audiencia pública en la que sea oído el acusado. Las SSTC 17/10/11 , 23/2/19 , 17/5/10 , 11/4/11 , entre otras, insisten en que el Tribunal que va a conocer vía recurso de la sentencia absolutoria dictada por otro, debe oír personal y directamente al absuelto en la instancia en un debate público en el que se respete la contradicción, estableciendo como única excepción que se trate de una exclusiva cuestión jurídica que respetando escrupulosamente los hechos probados no precise de una revaloración de las pruebas ni de las personales strictu sensu ni de otras en las que la audiencia del concernido aparezca como necesaria. Es decir, que no sea preciso valorar los elementos objetivos y subjetivos del delito, porque la cuestión debatida sea meramente de subsunción jurídica de unos hechos aceptados. En tal sentido, SSTS 1423/2011, 29/12/11 12/4/11 . 23/10/14 , entre otras muchas" .

Consecuencia de todo ello es que, no habiéndose solicitado la nulidad de la sentencia y vedando el art 240.2. LOPJ la posibilidad de declararla de oficio, cuando dice: "En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal." no cabe sino desestimar este motivo de recurso.

SEGUNDO.- Plantea la recurrente un segundo motivo de recurso cual es la infracción de ley por inaplicación de los artículos 211 y 212 en relación con el 74 C.P .

En este punto es de considerar que la acusación considera como un todo las manifestaciones de los acusados, cuando es obvio que cada uno hizo unas manifestaciones distintas y que por ello no pueden ser unos responsables de las de los otros, ya que no se ha considerado acreditado que los mismos actuasen concertados con una voluntad unitaria de calumniar y/o injuriar, de modo que entendemos que cada una de las conductas deben ser analizadas de manera independiente y separada.

La sentencia de instancia considera en cuanto a las manifestaciones que son objeto de acusación, que por una parte no se hace referencia en las mismas a personas concretas a las que se imputase la acción que se entiende por la acusación como delictiva, y por otra parte se entiende que lo que se dice por el acusado Emiliano en la reunión de fecha 7/3/16 no es incardinable en la conducta típica del delito contra la salud pública del art 365 C.P . tanto por lo inconcreto de la imputación como porque la conducta entiende que no se incardinable en el tipo, Ambas cuestiones son discutidas en el recurso. Igualmente se entiende que lo dicho por los acusados Epifanio y Evaristo carece de relevancia penal.

En cuanto al delito de **calumnias** conforme a la consolidada jurisprudencia (entre ellas la SAP de Madrid de 21/3/18 se requieren los elementos del tipo que siguen: a) imputación a una persona de un hecho delictivo,



lo que equivale a atribuir, achacar o cargar en cuenta de otro una infracción criminal de tal rango; b) dicha imputación ha de ser falsa, subjetivamente imperar, con manifiesto desprecio de toda confrontación con la realidad o a sabiendas de su inexactitud; c) no bastan atribuciones genéricas vagas o analógicas, sino que han de recaer sobre un hecho inequívoco, concreto y determinado, preciso en su significación y catalogable criminalmente, dirigiéndose la imputación a persona concreta; y d) en último término, ha de precisarse la concurrencia del elemento subjetivo del injusto, consistente en el ánimo de infamar o intención específica de difamar, vituperar o agraviar al destinatario de esta especie delictiva.

En cuanto a las manifestaciones probadas del acusado Emiliano, realizadas por el mismo en la asamblea de 7/3/16 entendemos que las mismas sí deben considerarse como constitutivas de delito de **calumnias**. Así al decir, ante ciudadanos y periodistas que obviamente iban a difundir esas manifestaciones la expresión: "*lo que nos parece absolutamente cuestionable es la gestión de la situación por la entonces dirección de Aguas de **Cádiz**, es lamentable, no hay explicación que justifique dejar, a sabiendas, a un barrio consumir agua contaminada durante varios días*" supone que el acusado referido, hace una imputación clara, contra personas que, si bien no se nombran nominalmente como bien dice la sentencia, es obvio que por los cargos a que se hace referencia en las manifestaciones, sólo podían referirse a los querellantes que a la sazón formaban parte como alcaldesa y concejal de la citada dirección de la empresa municipal, y que así iba a ser entendido por los ciudadanos a los que se dirigía la reunión y por los medios de prensa que iban, como de hecho hicieron, a difundir la noticia. No pudiéndose compartir el criterio del Juez a quo, acerca de que la falta de nombramiento concreto de personas pueda excluir la ilicitud de la conducta, puesto que se dieron datos que de modo inequívoco se refieren a personas concretas, del mismo modo que sería clara la atribución del hecho delictivo, si quien calumnia en lugar de decir el nombre del calumniado, dijese por ejemplo: "el alcalde, el rey, el presidente del gobierno, el Magistrado de este o aquel Juzgado...etc". A mayor abundamiento, el acusado acto seguido deja más claro aún a quien se refiere con sus manifestaciones al decir: "*no hay explicación que justifique que tras éste lamentable episodio, no se hayan depurado responsabilidades políticas. Nosotros, por lo pronto, vamos a llevar éste informe a la Fiscalía, por si la Fiscalía considera que alguna de las decisiones tomadas por los entonces mandos de Aguas de **Cádiz**, son constitutivas de delito*"..."no os podéis hacer una idea de los modales, de la educación, del trato, de la actitud de los miembros, de determinados miembros, que curiosamente pertenecen todos al PP, durante la celebración de esta comisión informativa, el insulto, la mentira, la humillación, son las herramientas, son los elementos discursivos en los que los miembros del Partido Popular que entonces ocupaban cargos de representación y dirección en la empresa Aguas de **Cádiz**, han utilizado, no solamente contra los miembros del equipo de gobierno, sino además con los técnicos". Es decir en estas manifestaciones queda meridianamente claro al hablarse de responsabilidades políticas, de que las personas que ocupaban los cargos de representación y que eran del Partido Popular, no eran sino los querellantes y otros miembros del equipo de gobierno.

Tampoco podemos compartir el argumento de la sentencia de instancia de que la imputación es inconcreta. Y ello porque la misma se hace, como se recoge en la propia sentencia al hablarse del delito de injurias, dentro de un contexto en el que existía una notable polémica y malestar en la ciudad y en el barrio de Loreto, por los cortes de agua que duraron varias semanas y por las noticias de que el agua de red estaba contaminada y no era apta para el consumo. De modo que el decir en una reunión en la que se trataba de aspectos derivados de tales hechos la frase arriba recogida, no es sino la clara imputación de un hecho concreto y, como luego analizaremos, delictivo pues lo que se dice es que los miembros de la dirección de Aguas de **Cádiz** S.A. que como se ha dicho eran los miembros del equipo de gobierno entre los que estaban los querellantes, sabiendo que las aguas que se suministraban al barrio eran aguas contaminadas, no impidieron que continuase el suministro durante días. Así se deduce de la locución "a sabiendas" que se considera probada en el relato fáctico y del conjunto de la frase que arriba se reproduce. Por tanto, entendemos que es una manifestación clara sobre hechos concretos.

En cuanto a si el hecho que se imputa por Emiliano en esas manifestaciones tiene o no cabida en el tipo del art 365 C.P. que establece; "*Será castigado con la pena de prisión de dos a seis años el que envenenare o adulterare con sustancias infecciosas, u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud, las aguas potables o las sustancias alimenticias destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.*" La sentencia de instancia considera que no, y lo entiende así porque no se dice por el acusado que los querellantes hayan cometido ninguna de esas acciones típicas de envenenar o adulterar con sustancias nocivas o infecciosas las aguas potables destinadas al uso de la colectividad de personas. Tampoco podemos compartir la argumentación del juez de instancia. Y ello porque si bien es cierto que no se imputa por el acusado que los querellantes personalmente hayan realizado esas conductas típicas, sí que se les atribuye ni más ni menos que, sabiendo que las aguas del suministro de agua potable del barrio de Loreto, estaban contaminadas, las siguieron suministrando sin hacer nada durante días para cesar en suministro, con el consiguiente peligro abstracto que ello implica.



En este punto entendemos que lo que se imputa por el acusado al hacer esas manifestaciones es el delito referido del art 365 C.P . en comisión por omisión, es decir, que, si bien no adultera el agua, se deja, a sabiendas, es decir, deliberadamente, que los vecinos usen y consuman el agua adulterada con el consiguiente riesgo a la salud pública. Para que exista el delito de omisión debe contener los elementos que siguen: conforme a la STS de 13/12/10 son requisitos de la participación en régimen de comisión por omisión los siguientes: a) El presupuesto objetivo que debe ser causal del resultado típico (cooperador) o al menos favorecedor de la ejecución (cómplice), b) Un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de cooperar causalmente con la omisión del resultado o bien de facilitar la ejecución; y c) Un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante.

Aquí las manifestaciones del acusado ponen de manifiesto hechos que, de ser ciertos supondrían delito por parte de las personas a las que se refiere la imputación, pues es evidente que el no impedir el suministro del agua contaminada es condición necesaria para que llegue a los usuarios, que según dice el acusado esa acción se hace con conocimiento y voluntad es decir "a sabiendas" de la contaminación del agua, y que además los gerentes de Aguas de **Cádiz**, son quienes tienen la posición de garante, pues son precisamente ellos y la empresa que dirigen, los encargados y responsables de que el agua llegue a los usuarios en condiciones de potabilidad.

En cuanto al conocimiento de la gravedad de lo imputado por el Sr Emiliano y de que revestía caracteres de delito, no cabe duda y se deduce de sus propias manifestaciones cuando hace referencia a que se va a acudir a Fiscalía para que se depuren esas responsabilidades.

Por tanto, consideramos que el acusado Emiliano , imputa a sabiendas de su falsedad, hechos a los querellantes que son claramente constitutivos de delito a sabiendas de ello y con la evidente finalidad de menoscabar su crédito como resulta de dichas manifestaciones y del contexto político en que se llevan a cabo, contexto en el que desgraciadamente, es moneda corriente la descalificación y el desgaste del contrario más que el fomento del mérito propio.

En cuanto a las manifestaciones de Evaristo , sentados los hechos de la sentencia como se ha manifestado más arriba, al ser inatacables por no haberse instado su reconsideración correctamente, no podemos sino mantener los fundamentos de la resolución objeto de recurso. En efecto, el decir que los querellantes y el PP estaban intentando contaminar la opinión pública, no puede suponer imputación de delito alguno y por ende tampoco delito de **calumnias**.

Otro tanto sucede en relación a Epifanio en tanto las manifestaciones recogidas en los hechos de fecha 9/3/16 no suponen imputación de hecho alguno de los acusados que pudiera ser considerado delictivo ni por tanto son calumniosas. Así lo único que se viene a decir es que se aporta una serie de documentos e informes a Fiscalía para que se investigue si se ha cometido delito, no llegándose en modo alguno a imputar nada ni concreta ni veladamente, y sólo hace una serie de consideraciones acerca de las acciones del querellante Sr Teodoro posteriores a los hechos de Loreto y que carecerían en todo caso de relevancia penal, de modo que no pueden ser objeto de delito de **calumnias**.

En cuanto a las alegaciones de la recurrida, que ya se plantearon en el acto de la vista oral acerca de la presunta veracidad de la imputación, consideramos que, como afirma la sentencia y como resultó de la investigación a que dio lugar la denuncia a los hoy querellantes, no hay base alguna para sostener esa alegación que implicaría la aplicación de la exceptio veritatis que destipificaría la conducta.

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

En relación a si el acusado Emiliano , pudo actuar amparado por la libertad de expresión, hemos de estar a lo ya analizado en el Auto dictado en esta misma causa en fecha 30/12/16 cuya fundamentación compartimos íntegramente y que aquí se reproduce. Así en dicho Auto ya planteamos el criterio de la Sala al respecto diciendo:



Por lo que hace a la valoración de la crítica política como excluyente del mismo el Tribunal Constitucional nos recuerda, entre otras, en Sentencia 39/2005, de 28 de febrero (RTC 2005, 39), que si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del animus iniuriandi tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos que ahora, con arreglo a la doctrina de este Tribunal, no basta por sí solo para fundar una condena penal por un delito de injurias (SSTC 104/1986, de 17 de julio [RTC 1986, 104]; 107/1988, de 8 de junio [RTC 1988,107

]; 105/1990, de 6 de junio [RTC 1990,105]; 320/1994, de 28 de diciembre; 42/1995, de 13 de febrero; 19/1996, de 12 de febrero; 232/1998, de 1 de diciembre [RTC 1998,232]; 297/2000, de 11 de diciembre [RTC 2000,297]; y 2/2001, de 15 de enero [RTC 2001, 2]). Ello entraña la necesidad de que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que el Juez penal debe examinar, en aquellos casos en los que se haya alegado el ejercicio legítimo de las libertades del art. 20.1 a) y d) CE (RCL 1978, 2836), si los hechos no han de encuadrarse, en rigor, dentro de ese alegado ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en el citado precepto constitucional, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar puesto que las libertades del art. 20.1 a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta (STC 104/1986, de 17 de julio, reiterada en las SSTC 105/1990, de 6 de junio; 85/1992, de 8 de junio [RTC 1992, 85]; 136/1994, de 9 de mayo [RTC 1994, 136]; 297/1994,

de 14 de noviembre [RTC 1994,297]; 320/1994, de 28 de noviembre [RTC 1994,320]; 42/1995, de 18 de marzo [RTC 1995,42]; 19/1996, de 12 de febrero [RTC 1996, 19]; 232/1998, de 1 de diciembre). Es obvio 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 (SSTC 2/2001, de 15 de enero; 185/2003, de 27 de octubre [RTC 2003,183]).

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han reiterado el valor preponderante de las libertades del art. 20 de la Constitución, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, entre otras, en Sentencia 39/2005, de 28 de febrero, en la que se declara que cuando las libertades de expresión e información operan como instrumentos de los derechos de participación política debe reconocérsele, si cabe, una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles "especialmente resistente(s), inmune (s) a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar". Igualmente se dice en esa STC que, en estos casos, quedan amparadas por las libertades de expresión e información no sólo críticas inofensivas o indiferentes, "sino otras que puedan molestar, inquietar o disgustar" (STC 110/2000 [RTC 2000, 110]; en el mismo sentido, STC 85/1992, de 8 de junio, y SSTEDH, de 7 de diciembre de 1976 [TEDH 1976, 6], caso Handvside contra Reino Unido, y de 8 de julio de 1986 [TEDH 1986, 8] caso Lingens contra Austria).

En esa misma línea, el propio Tribunal Constitucional, considera -cfr. STC 105/1990, de 12 de noviembre (RTC 1990, 105) -que las libertades del art. 20 de la Constitución (RCL 1978, 2836) no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino también condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático, que por lo mismo trascienden el significado común y propio de los demás derechos fundamentales.

Coincide esta doctrina del Tribunal Constitucional con la que emana del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en Sentencia de 27 de mayo de 2004 (TEDH 2004, 38), caso Vides Aizsardzibas Klubs contra Letonia, al interpretar el artículo 10, declara que 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 (ver Sentencia Lingens contra Austria de 8 julio 1986). Con la salvedad del párrafo segundo del artículo 10, no sólo comprende las "informaciones" o "ideas" acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que chocan, ofenden o inquietan; así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una "sociedad democrática" (Sentencias Handyside contra Reino Unido de 7 diciembre 1976, y Jersild contra Dinamarca de 23 septiembre 1994 [TEDH 1994, 36]). Como precisa el artículo 10, el ejercicio de la libertad de expresión está sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones y sanciones que deben no obstante interpretarse estrictamente, debiendo establecerse su necesidad de forma convincente (ver, entre otras, Sentencias Observer y Guardian contra Reino Unido de 26 noviembre 1991 [TEDH 1991, 51]; Jersild contra Dinamarca, anteriormente citada; Janowski contra Polonia; Nielsen y Johnsen contra Noruega).



La Sala del Tribunal Supremo igualmente tiene declarado (cfr. Sentencia 26 de abril de 1991 [RJ 1991, 2969]) que la libertad de expresión tiene la jerarquía propia de una garantía esencial de un Estado en el que se reconoce a la libertad y al pluralismo político el carácter de "valores superiores de su ordenamiento jurídico" (art. 1 CE) y que, consecuentemente no puede excluir el derecho a expresar las ideas y convicciones cuando éste aparezca como un interés preponderante sobre el honor, particularmente cuando se trata de la formación de la opinión pública en cuestiones político-estatales, sociales, etc.

Pero no es menos cierto que la propia Constitución, no obstante la trascendencia y el carácter preponderante que se debe atribuir a la libertad de expresión, reconoce -art. 20.4 - que no es un derecho ilimitado y absoluto, y que existen límites por el respeto debido a otros derechos fundamentales y en concreto hace expresa referencia al derecho al honor.

Ello igualmente ha sido recogido en Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de esta propia Sala del Tribunal Supremo.

Así, en la STC 39/2005, de 28 de febrero (RTC 2005,39), se dice que el valor especial que la Constitución (RCL 1978, 2836) otorga a las libertades de expresión e información "no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como garantía de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, es decir, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general, careciendo de tal efecto legitimador cuando las libertades de expresión e información se ejerciten de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la Constitución les concede su protección preferente" (STC 171/1990, de 12 de noviembre [RTC 1990, 171]) E igualmente se declara que ello no significa en modo alguno que, "en atención a su carácter público, dichas personas queden privadas de ser titulares del derecho al honor que el art. 18.1 CE garantiza (SSTC 190/1992 [RTC 1992 , 190] ; y 105/1990 [RTC 1990. 105])" (STC330/1993, de 15 de noviembre [RTC 1993, 336]). También en este ámbito es preciso respetar la reputación ajena (art. 10.2 CEDH [RCL 1979, 2421], SSTEDH caso Lingens, de 8 de julio de 1986 [TEDH 1986, 8] y caso Bladet Tromso y Stensaas , de 20 de mayo de 1999 [TEDH 1999, 22]), y el honor, porque estos derechos "constituyen un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar" (STC 232/2002, de 9 de diciembre [RTC 2002 , 232] ; 297/2000, de 11 de diciembre [RTC 2000 , 297] ; 49/2001, de 26 de febrero [RTC 2001 , 49] ; y 76/2002, de 8 de abril [RTC 2002, 76]). Sigue diciendo que, en efecto, desde la STC 104/1986, de 17 de julio (RTC 1986, 104), hemos establecido que, si bien "el derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos [art. 20.1 a) CE] dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para su exposición (SSTC 105/1990, de 6 de junio), no es menos cierto que también hemos mantenido inequívocamente que la Constitución no reconoce en modo alguno (ni en ese ni en ningún otro precepto) un pretendido derecho al insulto. La Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, pero de la protección constitucional que otorga el art. 20.1 a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquellas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (SSTC 107/1988, de 8 de junio [RTC 1988 , 107] ; 1/1998, de 12 de enero [RTC 1998 , 1] ; 200/1998, de 14 de octubre [RTC 1998 , 200] ; 180/1999, de 11 de octubre ; 192/1999, de 25 de octubre ; 6/2000, de 17 de enero [RTC 2000 , 6] ; 110/2000, de 5 de mayo [RTC 2000 , 110] ; 49/2001, de 26 de febrero ; y 204/2001, de 15 de octubre [RTC 2001, 204])".

Asimismo ha declarado que hemos excluido del ámbito de protección de dicha libertad de expresión las frases y expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, que sean innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto (SSTC 6/2000 de 17 de enero y 158/2003, de 15 de septiembre [RTC 2003,158]).

Con igual criterio se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional 127/2004, de 19 de julio (RTC 2004, 127), en la que se expresa que el art. 20.1 a) CE (RCL 1978, 2836) no tutela un pretendido derecho al insulto, pues la "reputación ajena", en expresión del art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (RCL 1979, 2421) (SSTEDH, caso Lingens, de 8 de julio de 1986 [TEDH 1986 , 8] caso Barfod , de 22 de febrero de 1989 [TEDH 1989 , 3] ; caso Castells, de 23 de abril de 1992 [TEDH 1992 , 1] ; caso Thorgeir Thorgeirson, de 25 de junio de 1992 [TEDH 1992 , 52] ; caso Schwabe, de 28 de agosto de 1992 [TEDH 1992 , 56] ; caso Bladet Tromso y Stensaas , de 20 de mayo de 1999 [TEDH 1999, 22]), constituye un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 6 de mayo de 2003 (TEDH 2003, 22) , caso Perna contra Italia , declara que la injerencia en el derecho del demandante a la libertad de expresión podía ser considerada necesaria en una sociedad democrática con el fin de proteger la reputación ajena, en el sentido del artículo 10.2 del Convenio.



Esta Sala del Tribunal Supremo igualmente se ha pronunciado sobre los límites al derecho a la libertad de expresión y en la Sentencia de 26 de abril de 1991 (R.J 1991, 2969) , que apreció la existencia de un delito de injurias a SM el Rey, se dice que el derecho a la libertad de expresión no alcanza a justificar intervenciones en el derecho al honor que afectan al núcleo último de la dignidad de las personas, que el ordenamiento jurídico sustrae a toda injerencia de parte de

terceros. La singular significación de este ámbito de la personalidad determina que su afectación resulte en todo caso innecesaria, pues siempre será posible verter las opiniones más hirientes sin afectar el aspecto del honor que coincide íntegramente con el núcleo intangible de la dignidad de la persona. Consecuentemente, cuando la expresión del menosprecio se extiende a este núcleo último y más estrecho de la persona en cuanto tal, el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión resulta claramente contrario al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, también innecesario, dado que el ejercicio de este derecho, como todos, está no sólo sometido al límite, más o menos flexible, que expresamente contiene el art. 20 CE , sino también, al respeto de los fundamentos del orden político y de la paz social que establece el art. 10.1 CE .

Y en la STS 192/2001, de 14 de febrero (RJ 2001, 367) , se dice que es doctrina reiterada la de que el ejercicio de la libertad de expresión - también el derecho a la información- no puede justificar sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que exceden del derecho de crítica y son claramente atentatorios para la honorabilidad de aquel cuyo comportamiento o manifestaciones se critican, incluso si se trata de persona con relevancia pública, pues la Constitución (RCL 1978, 2836) no reconoce el derecho al insulto (SSTC 105/1990 [RTC 1990, 105] , 85/1992 [RTC 1992, 85] , 336/1993 [RTC 1993, 336] , 42/1995, 76/1995 > 78/1995 [RTC 1995, 78] , 176/1995 [RTC 1995, 176] y 204/1997 [RTC 1997, 204]

El ejercicio de la libertad de expresión y opinión no ampara ni justifica sin mas el empleo de frases en las que se atribuye la comisión de delitos dolosos que claramente atacan contra la honorabilidad de aquellos cuyo comportamiento no es que se critique, es que se tacha de delictivo y no como hemos visto de forma genérica y vaga.

Entendemos en consecuencia que la imputación que aquí tratamos, es del todo gratuita e innecesaria para la información y para el lógico discurso del debate político, que es evidentemente descalificadora y ofensiva al imputar a los querellantes hechos muy graves cometidos de manera deliberada, de modo que rebasa con mucho el legítimo ámbito de la libertad de expresión, e información.

TERCERO.- En cuanto al tercero de los motivos de recurso, infracción de ley por inaplicación de los art 208 , 209 , 211 y 212 C.P . que dada la subsidiariedad de la pretensión y el pronunciamiento hecho más arriba sobre el anterior motivo de recurso, entendemos que sólo debe examinarse en relación con los acusados Evaristo y Epifanio .

Sin embargo, si observamos el prolijo cuerpo del recurso de apelación, vemos que los hechos que la querellante considera como injuriosos, son los imputados en realidad a Emiliano puesto que constantemente se hace referencia a la imputación de un delito al decir que se dijo que los querellantes habían permitido el consumo de aguas contaminadas "a sabiendas" Hecho que ya ha sido valorado y del que entendemos responsable únicamente a quien profirió las expresiones. No diciéndose nada en el recurso acerca de las conductas de los otros dos acusados.

Entendemos que la recurrente considera que los tres acusados actuaron en un concierto para calumniar y/o difamar a los querellantes, sin embargo, ello carece de cualquier sostén probatorio, pues es obvio que en el contexto en que se producen los hechos, no es creíble que cada uno de los partícipes en los mismos fuera consciente, supiera o se hubiera concertado con los demás en la acción, siendo obviamente carga de la prueba de ese concierto, la de las acusaciones. Asimismo vemos que el relato de hechos de la sentencia, diferencia con claridad la actuación de cada partícipe en los mismos. De modo que no podemos separarnos de aquellos y cabe únicamente valorar la acción de cada uno de los dos sujetos contra los que se mantendría la calificación alternativa por delito de injurias.

En cuanto a Evaristo , entendemos que los argumentos de la resolución recurrida y sus amplia fundamentación jurisprudencial, en relación con el contexto de debate político en que se produce la intervención del acusado, y lo irrelevante de su aportación desde el punto de vista de la lesión al honor, a la vista del nivel común del debate político del país, no puede en modo alguno calificarse de delito de injurias dada la levedad de las "descalificaciones" que el decir que los querellantes están intentando contaminar la opinión pública supone.

Otro tanto cabe decir de las manifestaciones de Epifanio (a las que como en el caso del anterior apenas se hace referencia en el recurso salvo para ponerlas en relación con otras que él no hace en absoluto sino que corresponden a Emiliano) Entendiendo quienes suscriben que la argumentación de la juez a quo es del todo correcta en relación a las afirmaciones de éste acusado, quien, como el anterior, se limita a una crítica en un



contexto político y a manifestar que se lleva una denuncia a Fiscalía para la investigación de unos posibles hechos, lo cual desde luego no puede considerarse injuria.

CUARTO.- Se plantea por la acusación la concurrencia de la figura del delito continuado. El art 74.1.C.P . regula dicha figura al decir *"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado."*

Es decir, para la concurrencia del delito continuado se precisa la comisión de una pluralidad de acciones, lo cual no se produce en éste supuesto, ya que es una sola acción del acusado Emiliano la que entendemos es susceptible de ser calificada como delito.

Distinto es el hecho de que dicha acción vulnere el derecho al honor de varias personas, como de hecho lo hace al imputar a varias personas, entre ellos los querellantes, el hecho delictivo de que se trata la calumnia. Lo cual, debería dar lugar, no al delito continuado, sino al concurso de delitos del art 77.1. C.P . si bien, no habiéndose calificado en tales términos ello se plantea a meros efectos dialécticos.

QUINTO.- De acuerdo con los art 56 , 61 , 66 , 74 , 205 , 206 , 211. y concordantes del C.P . y vista la gravedad de los hechos, así como que se trata de **calumnias** con publicidad en tanto las manifestaciones del acusado se difundieron en varios medios de prensa llegando a una pluralidad de personas y que la acción del acusado perjudicó a varios sujetos pasivos, procede la condena del mismo a pena de multa de dieciocho meses con una cuota diaria de diez euros.

SEXTO.- En cuanto a la petición de responsabilidad civil conforme al art 109 y ss C.P . los responsables penales de un delito lo son también civilmente. En el caso que nos ocupa se trata de un delito contra el honor, en el que el perjuicio causado es intangible, siendo una constante jurisprudencial la de ponderar cuidadosamente este tipo de indemnizaciones dadas las circunstancias del caso.

En el supuesto que nos ocupa es cierto que se trata de **calumnias** con publicidad que, por ello, llegan a una pluralidad de personas agravándose así el menoscabo en el honor de los receptores de la misma, sin embargo, no es menos cierto que los perjudicados son personas que han ostentado y ostentan cargos políticos (alcaldesa y concejal de ésta misma ciudad) y que en tal cualidad han estado en numerosas ocasiones sometidos a crítica de mayor o menor gusto, que sin duda les ha dotado de una resistencia de carácter a este tipo de acciones que aminora el daño moral que hayan podido sufrir. Por tanto, consideramos excesiva la suma solicitada como indemnización y fijamos, ponderando las circunstancias de personas y de la acción, la indemnización a abonarse en la suma de 3000€ a cada uno de los querellantes.

Por otra parte y conforme al art 216 C.P . que establece *"En los delitos de calumnia o injuria se considera que la reparación del daño comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado por tales delitos, en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal consideren más adecuado a tal fin, oídas las dos partes."* procederá la publicación de esta sentencia a costa del condenado en los mismos medios en que se publicó la noticia a que dieron lugar sus declaraciones concretamente los diarios LA Voz de Cádiz, Diario de **Cádiz** y Viva **Cádiz**.

SEPTIMO.- Conforme al art 239 y ss LECrim procede la condena del Sr Emiliano al pago de un tercio de las costas procesales incluidas las de la acusación particular.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

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

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



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

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia para su ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio literal a los autos y se notificará a las partes con la prevención de no ser firme por haber frente a ella recurso de casación que se podrá anunciar por escrito, y por ante esta Sala, para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo dentro de los CINCO DÍAS siguientes a su notificación, definitivamente juzgando lo pronunciamos mandamos y firmamos.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ