

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA
SECCIÓN SÉPTIMA**

ROLLO Nº 202/2022
DILIGENCIAS PREVIAS nº 385/2021
JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 24 DE BARCELONA
APELANTE: Jaume Roures Llop

Magistrado ponente:
JOSE GRAU GASSÓ

AUTO

Ilmo. José Grau Gassó
Ilmo. Enrique Rovira del Canto
Ilma. María Calvo López

Barcelona, a uno de abril del dos mil veintidós.

HECHOS

IL·LUSTRE COL·LEGI PROCURADORS DE BARCELONA	
RECEPCIÓ	NOTIFICACIÓ
- 8 -04- 22 / 1 1 -04- 22	
Article 151.2	L.E.C. 1/2000

PRIMERO.- En las Diligencias Previas nº 385/2021 del Juzgado de Instrucción nº 24 de Barcelona, se dictó auto el día 15 de noviembre del año 2021 en cuya parte dispositiva se acuerda el sobreseimiento provisional de las actuaciones por no haber quedado debidamente justificada la perpetración de los delitos que se estaban investigando.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución, la representación procesal de Jaume Roures Llop, interpuso recurso de reforma que fue desestimado por auto de fecha 31 de enero del año en curso.

Asimismo, contra ésta última resolución, interpuso el correspondiente recurso de apelación, que fue admitido y se tramitó conforme a derecho, elevándose posteriormente las diligencias a esta Audiencia Provincial de Barcelona.

TERCERO.- Recibidas las diligencias en esta Sección Séptima de la Audiencia, a la que corresponde el conocimiento de los recursos procedentes de aquél Juzgado de Instrucción, se dictó Diligencia de Ordenación incoando el presente Rollo de Apelación, que fue numerado y registrado. Con arreglo al turno de reparto previamente establecido se me nombró magistrado ponente, y tras examinar la causa y los escritos presentados, se señaló el día de hoy para la deliberación y resolución del recurso.

Como **Magistrado Ponente**, en la presente resolución expreso el criterio unánime del tribunal.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La representación procesal de Jaume Roures Llop impugna la decisión adoptada por la Magistrada a quo de acordar el sobreseimiento provisional de las actuaciones. El recurrente considera que concurren todos los requisitos necesarios para dictar el llamado auto de transformación a procedimiento abreviado (art. 779.1.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Para resolver el presente recurso nos servirá de guía la Sentencia del Tribunal Supremo nº 202/2018, toda vez que contiene un buen resumen de la

[REDACTED]

jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo aplicada a supuestos análogos al que estamos analizando.

1.1.- Ante todo vale la pena recordar que, como dice la sentencia que acabamos de mencionar, para integrar el delito de calumnia no bastan imputaciones genéricas. Es esencial que sean tan concretas y terminantes que, en lo básico, contengan los elementos requeridos para definir el delito atribuido (SSTS de 16 de octubre de 1981 o 17 de noviembre de 1987). Por eso no es calumnia, en principio, llamar a otra persona "estafador" o "ladrón", si no se le atribuyen específicamente hechos que sean constitutivos de tales figuras penales, sin perjuicio de que podamos estar ante unas injurias. Podría ser calumnia en cierto contexto afirmar de alguien que es un "violador" (STEDH de 7 de noviembre de 2017, asunto Egill Einarsson v. Islandia). Pero otras expresiones como "ladrón" o "corrupto" o "defraudador" no siempre nos llevan a un tipo penal específico y, por tanto, no son suficientes por sí solas para rellenar la tipicidad del art. 205 CP.

1.2.- En segundo lugar, pese a las alegaciones en sentido contrario realizadas por el recurrente, también resulta pertinente hacer alguna mención a la necesidad de que el Juez de Instrucción no se quede en el mero análisis de la tipicidad de los hechos a la hora de dictar alguna de las resoluciones previstas en el art. 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Lo dice claramente la Sentencia del Tribunal Supremo que nos sirve de referencia: *Pero conviene despejar antes de encararlo, otra cuestión que aparece en el argumentario de la entidad recurrente: dilucidar si es propio de esta fase valorar los elementos subjetivos o la concurrencia o no de un ánimo de ofender (eludimos ahora la temática relativa a que la exigencia de unos animi específicos en los delitos de injuria y calumnia que representarían un plus respecto al dolo genérico es teoría poco compatible con el actual diseño legal de esas infracciones). Se dice que ese tema debe quedar reservado al plenario. Sería incorrecto anticiparlo a etapas anteriores abortando precipitadamente el proceso. Es argumento que también aflora en alguna de las resoluciones previas del Instructor dictadas en este concreto asunto.*

No es compartible esa apreciación, por más que esa sea una tesis tradicionalmente defendida en nuestra doctrina y en alguna jurisprudencia que interpretaban "los indicios racionales de criminalidad" del art. 384 CP en clave objetiva (referencia exclusiva a la tipicidad objetiva); lo que se trasladaría al actual auto de prosecución sustitutivo en gran medida del clásico procesamiento (juicio de acusación) en el procedimiento abreviado.

Se arguye que el Instructor no debería entrar a valorar los elementos del tipo subjetivo o las causas de exclusión de la antijuricidad (como la legítima defensa).

Debe ser suficiente a fin de decidir sobre la necesidad de proseguir el procedimiento constatar la concurrencia de los presupuestos objetivos de la tipicidad, lo que determinará la necesidad del procesamiento, si es un procedimiento ordinario; la conversión en procedimiento abreviado en otro caso (art. 779). La existencia o no, por ello del animus iniuriandi, sería algo -se ha sostenido- que sólo el Tribunal podrá apreciar en la sentencia. La inexistencia de esos elementos internos (ánimo de ofender: animus iniuriandi o calumniandi) debería dilucidarse en el juicio oral, sin que pueda erigirse en motivo para abortar prematuramente el proceso.

De este entendimiento se ha hecho eco una vieja práctica, sin sólido respaldo legal, que ha venido sosteniendo que sería suficiente con una constatación de la concurrencia, al menos indiciaria, de los elementos objetivos de la infracción, sin que en tal fase procesal previa sea dable indagar sobre cuestiones anímicas.

Ha de rechazarse rotundamente esa vieja teoría.

De aceptarla, la coherencia abocaría a procesar a toda persona que haya realizado una acción típica, aunque esté amparada por una causa de justificación (elementos subjetivos de justificación). A esta observación básica se unen otras palmarias razones de economía procesal que en el régimen constitucional constituyen algo más que un tributo a pagar al pragmatismo. Es una exigencia engarzable en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE). Alargar un proceso de forma innecesaria es dilación no debida. Debe por ello permitirse al Instructor valorar esas causas de exención para no postergar innecesariamente la decisión del proceso y, sobre todo, la injusticia que supondría someter a una persona a un juicio oral, cuando se puede evidenciar ya que es penalmente irresponsable. "Criminalidad" a los efectos de los arts. 384 o 783 LECrim es algo más que "tipicidad objetiva". Por «criminalidad» hay que entender la existencia de un delito con todos sus elementos. Por tanto, el Instructor, en el momento de dictar o denegar el auto de procesamiento, se encuentra a estos efectos en idéntica posición que la Audiencia a la hora de dictar sentencia. La única variante es que al Instructor le basta la existencia de una probabilidad para decretar el procesamiento (o abrir el juicio oral, o decretar la conversión en abreviado -art. 779.1.4ª-), en tanto que la Audiencia para llegar a un pronunciamiento condenatorio necesitará certeza. En lo demás, la posición es idéntica. Si el Instructor aprecia la existencia de una causa de justificación (v.gr. ejercicio legítimo de la libertad de información), razones que pueden llevar a la inculpabilidad (error sobre la falsedad de la imputación o un error de tipo) o una excusa absolutoria, deberá denegar el procesamiento o la apertura del juicio oral por no existir indicios de «criminalidad». La única salvedad que en un plano teórico hay que efectuar a este planteamiento es la relativa a las causas de inimputabilidad que llevan aparejadas medidas de

seguridad. En tales casos es preceptivo entrar en el juicio oral no ya porque no pueda constatar esas circunstancias el Instructor (en muchas ocasiones contará con elementos sobrados para ello) sino porque se hace imprescindible el plenario para decidir sobre la imposición o no de medidas de seguridad, a veces más gravosas que la propia pena, dando oportunidad para una defensa plena. Y, es que, en esos casos, aunque la sentencia sea formalmente absolutoria, encierra una condena al sometimiento a una medida de seguridad.

Es todo esto predicable de los supuestos de injuria y calumnia. Otra interpretación, aparte de no contar con base legal suficiente, supondría someter injustificadamente al querellado a las cargas que se derivan del juicio oral y, además, se traduciría en una vulneración indirecta del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. No sólo el derecho del querellado que tendría que esperar al juicio oral, con todas las demoras, cargas y coste social que ello puede comportar, para obtener una definitiva resolución exculpatoria cuya procedencia era constatable ya desde antes; sino también del propio querellante, que no verá expedita la vía civil hasta que esté definitivamente resuelta la causa penal.

El ATC de 20 de junio de 1988 convalida la legitimidad constitucional de esta interpretación. El auto de archivo de las diligencias previas seguidas por querrela por injurias, al estimarse que no concurría el animus iniuriandi, fue recurrido en amparo por el querellante. El citado ATC inadmitió a trámite la demanda por considerar que las razones esgrimidas relativas a la ausencia de ese elemento subjetivo eran suficientes para acordar la no continuación del procedimiento penal.

1.3.- Llegados a este punto, la controversia se centra en la cuestión de si el ejercicio de las libertades constitucionales de expresión e información ha sido correcto y legítimo, si no se han rebasado sus límites y no se identifican excesos no cubiertos por tales derechos, siendo necesario poner de relieve que en sus líneas maestras la jurisprudencia constitucional viene a exigir tres requisitos para que la difusión de ideas o informaciones objetivamente injuriosa, calumniosa o difamatoria pueda ampararse en el art. 20 CE. Habría de superar un triple test: el test de veracidad; el test de necesidad; y el test de proporcionalidad.

1.3.1.- El test de veracidad, que es aplicable al ejercicio de la libertad de información (imputación de hechos).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dicho que cuando la Constitución requiere que la información sea "veraz", no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas -o sencillamente no probadas en juicio- cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como hechos haya sido

[REDACTED]

objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse 'la verdad' como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio".

Se desplaza así el debate desde la verificación de la realidad de la información, al grado de diligencia aplicada por el informador: lo relevante no es la realidad incontrovertible de los hechos, sino la exigencia de "una especial diligencia que asegure la seriedad del esfuerzo informativo porque el nivel de diligencia que garantiza la veracidad se ha situado por este Tribunal en el amplio espacio que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho, en un extremo, y la transmisión de suposiciones, meras invenciones, insinuaciones insidiosas o noticias gratuitas o infundadas cuando la información puede suponer el descrédito ajeno, en el otro".

En el presente caso dicho requisito se vio cumplido a través del escrito presentado en fecha 21 de septiembre del año 2021 por la representación procesal de Pere Rusiñol Costa, en el que se da una cumplida información sobre el origen de cada una de sus manifestaciones: a) hemos podido constatar y nadie lo ha desvirtuado que en el informe de la Administración Concursal se relaciona directamente a la entidad concursada con una sociedad holandesa denominada Mediacapital BV; b) que Mediapubli SL realizó un ERE tampoco parece que sea una cuestión controvertida; y c) que Jaume Roures invirtió dinero en un restaurante de lujo de Barcelona fue un hecho dado a conocer por diversos medios de comunicación mucho antes de que se publicara la entrevista realizada a Pere Rusiñol Costa por parte de Abel Gallardo Soto.

1.3.2.- El test de relevancia se centra en la materia sobre la que versan las opiniones o informaciones. El menoscabo del derecho al honor en aras de preservar el derecho a la información sólo estará justificado si la información tiene interés para el fin de formación de la opinión pública en materias que interesan a la Sociedad. No se cumple este presupuesto cuando la información versa sobre hechos que carecen de relevancia pública por afectar a materias estrictamente privadas.

[REDACTED]

En el presente caso, resulta patente que nos encontramos ante una noticia de interés general, no solo porque Jaume Roures Llop es sin duda un personaje público, sino porque las circunstancias en las que se produjo el ERE y posterior concurso de acreedores de la sociedad que gestionada el diario "Público" es sin duda una información relevante para una parte nada desdeñable de la población, especialmente para aquella que se considera de "izquierdas".

1.3.3.- El tercero de los tests se fija en la forma en que son vertidas y expuestas esas informaciones u opiniones. Aunque la información sea veraz y aunque verse sobre aspectos de relevancia pública, no atraerá la tutela constitucional si las expresiones o la forma de difundir la noticia es innecesariamente ofensiva, vejatoria o insultante (STC 41/2011, de 11 de abril). Son las denominadas *injurias formales*. Las frases formalmente injuriosas e imbuidas de una carga ofensiva innecesaria para el cumplimiento de las finalidades a que responden tales libertades, no pueden encontrar protección en las mismas (SSTC 165/1987 o 107/1988). La libertad de expresión no ampara el insulto. Esto no significa que no deban tolerarse ciertas expresiones o frases, aunque sean formalmente injuriosas o estén imbuidas de una innecesaria carga vejatoria o despectiva, cuando del conjunto del texto quepa detectar el predominio de otros aspectos que otorguen una eficacia prevalente a la libertad de expresión (STC 20/1990, de 15 de febrero). Ciertos excesos son permisibles siempre que aparezcan como una forma de reforzar la crítica, aunque sea destemplada, exagerada, abrupta o ácida. Los puros insultos desvinculados de la materia sobre la que versa la crítica no merecen el amparo del art. 20 de la CE (SSTC 105/1990, de 6 de junio, 42/1995, de 13 de febrero, 76/1995, de 22 de mayo ó 200/1998, de 14 de octubre). En todo caso, es discutible, si una información veraz pero formalmente injuriosa puede dar lugar al delito del art. 207. Los tajantes términos del art. 208.3 CP parecen excluir su relevancia penal, sin perjuicio de la posible tutela civil.

En este ámbito es en el que resulta pertinente analizar la afirmación que realiza el querellado cuando dice que Jaume Roures les dejó de pagar dos meses y que con ese dinero compró un restaurante de lujo en Barcelona. La defensa del querellado, como no podía ser de otra forma, no ha podido justificar dicha afirmación en ninguna información o noticia a la que hubiera tenido acceso. En realidad, de su simple lectura se desprende claramente que el autor pretende criticar al Sr. Roures Llop por invertir parte de su dinero en un negocio de restauración en vez de dedicarlo a la lograr la supervivencia de un medio de comunicación de "izquierdas". En fin, pretende criticar que una persona de izquierdas, conocida y con una gran

[REDACTED]

proyección pública, haya podido mostrar su preferencia por un negocio de restauración frente al mantenimiento de un medio de comunicación que compartía con él los valores de la izquierda, por lo que dicha afirmación se aproxima mucho mas al ámbito del derecho a la libertad de opinión frente al derecho a obtener una información veraz.

Desde esta perspectiva, consideramos que dicha afirmación, por mucho que no se corresponda a la "realidad" de los hechos, carece de la suficiente trascendencia para justificar la utilización del derecho penal. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo que hemos venido utilizando para resolver el presente recurso, *se ha llamado gráficamente a la libertad de expresión perro guardián de la democracia. Esa metáfora evoca agresividad: un animal entrenado para intimidar y morder; no una amable mascota doméstica. La imagen es muy plástica y no desatinada: algunos excesos han de ser tolerados en este campo. El derecho penal no es herramienta apta para limar asperezas o imponer un estilo periodístico más plano, menos escandaloso, más objetivo o neutro en la forma de presentar unos hechos sustancialmente verdaderos; o para acallar una opinión agria aunque pueda ser injusta. El Derecho penal es instrumento demasiado tosco para corregir con él formas de expresión, o formas de presentar una noticia. A esos fines bastan otros remedios jurídicos (rectificación, acciones amparadas en la LO 1/1982, v.gr.).*

Por todo lo expuesto, es procedente desestimar el recurso de apelación interpuesto y ratificar íntegramente la resolución impugnada, declarando de oficio las costas que hubieran podido devengarse en la sustanciación del presente recurso.

Vistos los artículos de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Jaume Roures Llop, contra el auto de 31 de enero del año en curso, dictado en las Diligencias Previas nº 385/2021 del Juzgado de Instrucción nº 24 de Barcelona, en el que se denegaba la reforma del anterior auto de fecha 15 de

[REDACTED]

noviembre del año 2021, que acordaba el sobreseimiento provisional de las actuaciones, CONFIRMAMOS ambas resoluciones. Declaramos de oficio las costas procesales que hubieran podido devengarse durante la sustanciación del presente recurso.

Notifíquese el presente auto a las partes en legal forma, haciéndoles saber que contra el mismo no cabe recurso alguno.

Remítase al Juzgado de Instrucción de procedencia certificación de este auto, para su conocimiento y demás efectos legales, conservando en el presente Rollo testimonio del mismo.

Lo acordamos y firmamos los magistrados arriba expresados.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo ordenado. Doy fe.