

Diligencias Previas n. 150/18

AUTO

En Cádiz a 4 de agosto de 2022

HECHOS

PRIMERO.- El 13 de febrero de 2018 por la Procuradora Sra. Martín en nombre y representación de José Blas Fernández Sánchez se ha presentado escrito de querrela contra José M^a González Santos por un delito continuado contra el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos en la Constitución Española y las leyes del art 542 CP en la que hacía constar de forma sucinta que el querellado en su condición de Alcalde de la ciudad de Cádiz se había negado a proporcionarle información al querellante en su condición de concejal del referido ayuntamiento hasta en 25 ocasiones, querrela que fue archivada en fecha 23 de octubre de 2018 y confirmada por la Ap de Cádiz acordándose el archivo definitivo en fecha 29 de abril de 2019.

SEGUNDO.- Un mes después del archivo, en fecha 31 de mayo de 2019 José Blas Fernández Sanchez presenta escrito ante la Fiscalía de Cádiz en la que se reiteran las preguntas que ya constaban en la querrela archivada, aportando otras nuevas las cuales se remitieron al Juzgado de Instrucción n1 de Cádiz el cual se inhibió al Juzgado n^o3 de Cádiz por conocimiento previo a pesar de que las diligencias se encontraban archivadas y parte de los hechos eran diferentes. Aceptada la competencia por el Juzgado de Instrucción n^o3 se dio traslado en fecha de 21 de abril de 2021 al MF y a las partes para que se pronunciaran sobre el rechazo de la inhibición al no tratarse de hechos conexos, extremo que no fue contestado por las partes hasta el 7 de marzo de 2022 siendo evidente que no existía conexión y que la inhibición se había aceptado de forma indebida, dictándose en fecha de 10 de marzo de 2022 auto de abstención al entender que el rechazo de la inhibición dilataría la causa la cual fue denegada por la AP de Cádiz en su resolución de 29 de marzo de 2022, practicando las diligencias interesadas por el MF el cual ha interesado la prorroga, a la que se ha adherido la acusación habiendo interesado la defensa el archivo de la causa.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- El artículo 542 del Código Penal vigente, con antecedente en el artículo 194 del Código Penal de 1973 , tras la reforma de 25 de junio de 1983, dispone que: «Incurrirá en la pena de inhabilitación especial para el empleo o cargo público, por tiempo de uno a cuatro años, la autoridad o el funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las leyes».



Código Seguro De Verificación:	8Y12VNJ8B26V6WS67JPYEKAQNE7NRC	Fecha	31/08/2022
Firmado Por	JAVIER LOPEZ AZCOITIA ROSA MARIA GARCIA JOVER		
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	1/7





Como resulta obvio, el artículo 542 constituye una infracción residual o subsidiaria, lo que no significa en modo alguno secundaria, antes lo contrario; que tiene por finalidad cubrir los atentados contra los derechos fundamentales de la persona cometidos por los funcionarios públicos que no tengan una expresa protección penal en el resto de preceptos de los capítulos IV y V del Título XXI del Libro II del Código Penal y que actúa como cláusula de cierre ya que agota todas las posibilidades delictivas que se pueden inculpar a un funcionario público o autoridad por impedir el ejercicio de los derechos cívicos, que no son otros que los derechos fundamentales que la Constitución recoge a lo largo de su texto (STS 1.953/2001 de 23-10), ya que la terminología derechos civiles o derechos cívicos se utiliza internacionalmente como sinónimo de derechos fundamentales y así puede deducirse de la rúbrica empleada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (*civil rights*). Su ámbito propio y principal es, como recuerda la STS 2.773/1992 de 22-12 , el de los derechos políticos de participación en la vida pública, incardinándose en aquellos derechos cuyo ejercicio precise una iniciativa de un titular.

Como han afirmado diversas sentencias del Tribunal Supremo es característico de un Estado de Derecho que los derechos cívicos no sólo se reconozcan teóricamente sino que existan garantías para su ejercicio (así, STS núm. 1.007/1995 de 17-10). El reconocimiento de dichos derechos quedaría vacío de contenido si no se estableciese de manera expresa la sanción de los funcionarios y autoridades que, abusando de su función, impidiesen ejercitarlos. Precisamente, por la relevancia que en un Estado de Derecho tiene la necesidad de garantizar el libre ejercicio de los derechos cívicos y no meramente su reconocimiento formal, y por el hecho de que el ciudadano está más indefenso frente a los ataques o a la obstaculización de sus derechos provenientes de quienes están investidos de una potestad administrativa, es por lo que el sistema de garantías requiere la utilización, frente a dichas conductas obstaculizadoras o impeditivas, del instrumento de coerción más poderoso de que dispone el Ordenamiento Jurídico: la sanción penal. De ahí la relevancia del artículo 542 del Código Penal .

Constituye una norma penal en blanco donde las haya, cuya norma complementaria es fundamentalmente la Constitución, que es donde se proclaman los derechos fundamentales de la persona (SSTS 165/2002 de de 11-03 ó 1.202/1995 de 30-11) y las normas legales que desarrollan de un modo u otro tales derechos (STS 443/2008 de 01-07 ó SAP Madrid (Secc. 1ª nº 347/2010 de 25-11)).

Los elementos del tipo son:

a) Subjetivo.- El sujeto activo del delito ha de ser necesariamente una autoridad o funcionario público en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, conforme a los amplios términos que al respecto ofrece el artículo 119 del Código Penal , como recuerda la STS 460/2000 de 23-03-2001 .

Estamos ante un delito especial impropio, al exigirse unas determinadas cualidades en el sujeto activo: no basta con la condición « *in genere* » de funcionario público, sino que el mismo ha de participar en el ejercicio de las funciones relacionadas con los derechos de que se trata, es decir, debe tener competencia funcional respecto de tales derechos (STS



Código Seguro De Verificación:	8Y12VNJ8B26V6WS67JPYEKAQNE7NRC	Fecha	31/08/2022
Firmado Por	JAVIER LOPEZ AZCOITIA ROSA MARIA GARCIA JOVER		
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	2/7





2.773/1992 de 22-12).

b) Objetivo.- La conducta típica ha de consistir en una acción de impedimento del ejercicio de un derecho, en la que se integra simplemente la negativa; es indiferente el medio con tal que se evidencie su idoneidad a tal fin, obstaculizando e impidiendo la pretendida actuación del derecho (SSTS de 22-12-1992 , 08-02-1993 ó 07-02-1994), pues tratándose de derechos fundamentales, lo prioritario sin excusa alguna es la actuación de tales derechos dado su carácter absoluto e incondicionado.

La determinación de la conducta típica consiste, así, en impedir a sabiendas el ejercicio de los derechos cívicos, que ha de entenderse como estorbar o dificultar la consecución de un propósito, esto es, crear un obstáculo que imposibilite realmente algo que se quiere, que es, en el caso concreto, hacer imposible el ejercicio de un derecho. La conducta de «impedir» debe entenderse en sentido amplio, como cualquier conducta que de hecho haga imposible su ejercicio, lo que, como recuerdan SSTS 165/2002 de 11 de marzo ó 07-02-1994 o SAP Navarra (Secc. 2ª) nº 220/2007 de 06-11 , incluye la conducta omisiva, modalidad que además resulta ser estadísticamente la más frecuente.

El Código de 1995 sólo concibe una forma de culpabilidad: la modalidad dolosa, dolo directo de resultado abarcador de todos los elementos objetivos del tipo. El precepto exige que el impedimento se produzca «a sabiendas» , es decir, con clara voluntad y conciencia de impedir el ejercicio de los derechos de los que se conoce pertenecen al sujeto pasivo que intenta actuarlos.

En el concreto caso que nos ocupa, el elemento de referencia para integrar el tipo en blanco es, como muy bien identifica el Fiscal, el artículo 23.1 CE que reconoce el derecho que tienen los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes y ello fue ya ratificado por el Tribunal Constitucional en STC 167/2001 . Este precepto constitucional ampara, como un derecho instrumental necesario para el ejercicio del derecho de participación en los asuntos públicos, el derecho de los representantes políticos a obtener la información necesaria para el ejercicio de su función, derecho que en el ámbito municipal reconoce de modo expreso el artículo 77 de la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local (Ley 7/1985 de 02-04), al establecer que:

«...todos los miembros de las Corporaciones Locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten necesarios para el ejercicio de su función».

No corresponde, salvo casos de peticiones aberrantes, imposibles o que no pertenezcan al ámbito de la autoridad a la que se pide, calificar la necesidad de la información a la autoridad requerida, sino al sujeto requirente, pues lo contrario convertiría el derecho en concesión graciosa y arbitraria de una autoridad que ya no podría estimarse fundada en la Constitución ni llamarse democrática.

Además, no se trata ello de una norma excepcional, sino de un principio general básico de la normativa local y general y además referida a todo ciudadano. El Real Decreto



Código Seguro De Verificación:	8Y12VNJ8B26V6WS67JPYEKAQNE7NRC	Fecha	31/08/2022
Firmado Por	JAVIER LOPEZ AZCOITIA ROSA MARIA GARCIA JOVER		
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	3/7





2.568/1986 de 28 de noviembre, por el que se aprueba el *Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales en su artículo 11* dispone que son derechos y deberes de los miembros de las Corporaciones locales los reconocidos en la Ley 7/1985 de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y los regulados en su desarrollo y aplicación por las disposiciones estatales allí mencionadas, en el Real Decreto-Ley 781/1986 de 18 abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, y por las leyes de la Comunidad Autónoma correspondiente sobre Régimen Local. Conforme a tal normativa, aparece, por un lado, un derecho de los vecinos (*art. 1 e) LBRL*) a ser informados, previa petición razonada, y dirigir solicitudes a la Administración municipal en relación a todos los expedientes y documentación municipal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 de la Constitución . Y, por otro, el deber por parte de la las Corporaciones locales (artículo 69.1 LBRL) de facilitar la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local.

Si esto es así respecto de cualquier vecino, sólo podemos interpretar que lo es aún más para los representantes democráticamente elegidos por tales vecinos para articular su participación política y que, en necesaria e inevitable consecuencia, el artículo 77 LBRL exige un cumplimiento estricto e incondicionado , pues este artículo expresa a nivel legal las exigencias de información de los representantes públicos y también del control de los representantes políticos que se deriva del mismo derecho de participación política, imposible sin esa información. Es decir, concentra en el ámbito local el desarrollo más elemental y evidente del artículo 23 de la Constitución .

Tal precepto legal, por si cupiera duda alguna, viene desarrollado por un reglamento normativo. Así el artículo 14.1 del Real Decreto 2.568/1986 de 28 de noviembre , por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, en adelante ROF; establece que:

"Todos los miembros de las Corporaciones Locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Junta de Gobierno Local (antes Comisión de Gobierno) cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función."

En todo caso, añade el párrafo tercero del precepto:

"...la denegación del acceso a la documentación informativa habrá de hacerse a través de resolución o acuerdo motivado."

Además, el artículo 15 ROF establece que:

"...los servicios administrativos locales estarán obligados a facilitar la información, sin necesidad de que el miembro de la Corporación acredite estar autorizado, entre otros casos:

a) Cuando se trate del acceso de los miembros de la Corporación que ostenten delegaciones o responsabilidades de gestión, a la información propia de las mismas.



Código Seguro De Verificación:	8Y12VNJ8B26V6WS67JPYEKAQNE7NRC	Fecha	31/08/2022
Firmado Por	JAVIER LOPEZ AZCOITIA ROSA MARIA GARCIA JOVER		
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	4/7





b) Cuando se trate del acceso de cualquier miembro de la Corporación, a la información y documentación correspondiente a los asuntos que hayan de ser tratados por los órganos colegiados de que formen parte, así como a las resoluciones o acuerdos adoptados por cualquier órgano municipal.

c) Cuando se trate del acceso de los miembros de la Corporación a la información o documentación de la Entidad local que sean de libre acceso para los ciudadanos."

Estamos, pues, ante una actuación cuidadosamente detallada y de exigencia reforzada de la autoridad municipal en mérito al derecho constitucional implicado.

A este respecto, la ya aludida *sentencia 165/2002 de 11-03*, decía que en un sistema democrático la oposición puede ser, y de hecho debe ser, molesta para quien ejerce el poder, al realizar sus labores de control, pero ello no legitima en absoluto la utilización abusiva de las facultades de gobierno para entorpecer y obstaculizar su función, impidiendo el ejercicio de derechos (información, documentación, contacto con los ciudadanos, etc.) que las leyes expresamente reconocen y que son inherentes al ejercicio del fundamental derecho a la participación de todos los ciudadanos en los asuntos públicos.

A mayor abundamiento, y es doctrina ya consolidada del Tribunal Supremo, así la *STS 2.773/1992* ya citada, que el derecho a la participación en los asuntos públicos es un derecho de todos, y por ello cuando a un representante de los ciudadanos que no forma parte del Gobierno Municipal, se le entorpece en el desarrollo de sus funciones, impidiéndole el acceso a datos e informaciones a los que tienen derecho, se está cometiendo una acción gravemente censurable, que atenta a un principio básico en el funcionamiento del sistema democrático y, en consecuencia, se perjudica a todo el cuerpo ciudadano pues cada representante lo es del total y ello reza también cuando ese representante es un concejal. En las *SSTS 015/96 de 22-01* y *172/1993 de 08-02*, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre casos similares al que hoy se nos somete, casos además sin la llamativa persistencia del que se nos somete hoy a juicio, y ha afirmado que constituye una infracción del *artículo 194 del Código Penal*, hoy 542, la conducta consistente en que el alcalde con pleno conocimiento de la injusticia y de la ilegalidad y con el fin de cercenar y obstaculizar en lo posible a los grupos de la oposición en el Ayuntamiento, sobre todo en la actuación de sus posiciones fiscalizadoras, impidiera o coartara el acceso a los asuntos municipales.

Recordemos, como se ha dicho antes, que la conducta típica ha de consistir en una acción de impedimento del ejercicio de un derecho, en la que se integra simplemente la negativa; es indiferente el medio con tal que se evidencie su idoneidad a tal fin, obstaculizando e impidiendo la pretendida actuación del derecho (*SSTS 2.773/1992 de 22-12* ó *172/1993 de 08-02*). Impedir ha de entenderse como estorbar o dificultar la consecución de un propósito, esto es crear un obstáculo que imposibilite realmente algo que se quiere, que es, en el caso concreto, hacer imposible el ejercicio de un derecho. Así en *STS 165/2002 de 11-03* declara que que vulnera el *artículo 23 de la Constitución*, el alcalde que no contesta a las numerosas solicitudes de información formuladas por los concejales de la oposición, ni hace entrega de la documentación reiteradamente pedida por éstos y sin que baste decir que la información se encuentra en secretaría, pues ni el concejal está obligado a



Código Seguro De Verificación:	8Y12VNJ8B26V6WS67JPYEKAQNE7NRC	Fecha	31/08/2022
Firmado Por	JAVIER LOPEZ AZCOITIA ROSA MARIA GARCIA JOVER		
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	5/7





peregrinar por las dependencias municipales tratando de localizar lo que busca ni, como es obvio, se puede proporcionar información sin conocimiento o asenso del alcalde(*SAP Navarra (Secc. 2ª) nº 220/2007 de 06-1*). Según otras sentencias, este delito lo comete el alcalde que deniega peticiones de información de los Concejales a la que estos tienen derecho (*SSTS 460/2001 de 23-03 ó 443/2008 de 01-0 o SAP Teruel 035/2001 de 21-06 de junio o Las Palmas 053/10 de 05-01* y no faltan sentencias, como *SAP Málaga (Secc. 1ª) nº 100/2008 de 27-03* , que confirmó la condena de un alcalde que convocó un Pleno, un solo Pleno, el sábado a última hora para el lunes siguiente dado que era prácticamente imposible que los concejales puedan informarse de los asuntos a tratar siendo evidente que con una convocatoria así se actuó a sabiendas que se eliminaba la posibilidad de información por parte de los concejales.

SEGUNDO.- En el concreto supuesto que ahora se revisa, consta en autos que las referidas solicitudes de información fueron atendidas directamente o a través de su grupo Parlamentario, que tiene acceso a toda la documentación interesada salvo la que no existe como es el caso de una comisión de investigación que está pendiente de constituir , omitiendo que toda actuación penal está sujeta al principio de intervención mínima siendo el derecho penal la “ultima ratio” a fin de evitar una judicialización de la vida política para dirimir cuestiones que nunca debieron abandonar la esfera política.

Tal conducta no denota una dolosa conducta, manifestación de una voluntad cierta y demostrada de mantener una denegación de la información solicitada, ni contradice la obligación de transparencia que debe regir la actividad pública teniendo en cuenta la abundante información aportada en que se da respuesta puntualmente a los extremos referidos, habiendo señalado la AP de Cádiz en su anterior auto que “ la exigencia formal de la declaración del imputado, la conveniencia de declarar del querellante, la de traer como testigos a cargos públicos para que declaren en relación con actuaciones llevadas a cabo por el organismo en que trabajan o en relación con peticiones o documentos que custodian se hace absolutamente innecesaria y perturbadora cuando no están justificadas.

Ello es así porque de las 58 preguntas planteadas y sus reiteraciones han sido contestadas en el presente procedimiento las cuestiones 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 40, 41, 42, 43, 45, 46, 49, 50, 53, 54 y 58 (folios 1335 a 1341) , que consta que se remitieron efectivamente al Sr Fernández Sánchez, la documentación de reclamación a la Junta de 1 millón de euros para el Museo del Carnaval, las cantidades obtenidas por préstamos en los 2015 a 2017, el importe del dictamen de los letrados Montero Aramburu, Juan Domingo Valderrama y José Antonio del Pino y el importe de las subvenciones a todas las asociaciones que están convenidas durante los años 2017-18 y relación de estas (folios 1495 a 1586) y que habiéndose interesado aclaración sobre la defecación de los perros en las playas y los importes y viajes de los concejales del equipo de gobierno durante los años 2017 y 2018 han sido remitidos en fecha 20 de julio por lo que continuando con el razonamiento realizado por la AP en el año 2019 en la que a la vista de la documentación aportada por el Ayuntamiento confirmó el archivo toda vez que “tras el descargo ofrecido vía documental no se aprecia entidad delictiva en los hechos objeto de la querella” y “ la solución no puede ser otra que el archivo”



Código Seguro De Verificación:	8Y12VNJ8B26V6WS67JPYEKAQNE7NRC	Fecha	31/08/2022
Firmado Por	JAVIER LOPEZ AZCOITIA ROSA MARIA GARCIA JOVER		
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	6/7





Ello es así porque de la abundante información solicitada por el denunciante, le fue dada cumplida respuesta de forma directa o indirecta a través de las liquidaciones de presupuestos o remitiéndola a través de los portavoces de sus grupos o interesando la información a la delegación competente para facilitarla al interesado el cual podía acceder a la misma.

Pero a mayor abundamiento las cuestiones 1, 4, 9, 10, 11, 12, 13, 30, 31,37,39,48, 51,52,55, 56 y 57 habían sido objeto de la querrela por la que se acordó el archivo confirmado un mes antes por lo que la petición ante Fiscalía era redundante, ya que contenía extremos que habían sido objeto de cosa juzgada lo que suponía una huida hacia adelante y la intención torticera de reabrir un asunto que los Tribunales de Cádiz habían archivado previamente.

Por todo ello, procede acordar el archivo de la causa, Por todo ello, de acuerdo con el artículo 789. 5, regla primera, procede acordar el archivo de las actuaciones

En base a lo expuesto;

DECIDO.- SE DECLARAN CONCLUSAS las presentes diligencias y se decreta el sobreseimiento y archivo 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 días.

Así lo acuerda, manda y firma D^a Rosa M^a García Jover , Magistrada del Juzgado de Instrucción nº 3 de Cádiz , de lo que doy fe.



Código Seguro De Verificación:	8Y12VNJ8B26V6WS67JPYEKAQNE7NRC	Fecha	31/08/2022
Firmado Por	JAVIER LOPEZ AZCOITIA ROSA MARIA GARCIA JOVER		
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	7/7

