



A LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

EL FISCAL, en la causa especial nº 3/20137/16, incoado por la interposición de una querrela contra M^a Victoria Rosell Aguilar que ostenta la condición de Diputada en las Cortes Generales en la presente legislatura por la comisión de los delitos de calumnias, injurias, prevaricación judicial, retardo malicioso en la administración de justicia y cohecho, DICE:

Primero. En cuanto a la competencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 57.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, corresponde a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocer de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra Diputados y Senadores.

Segundo. En cuanto al contenido, la querrela que nos ocupa denuncia la comisión por parte de M^a Victoria Rosell Aguilar de sendos delitos de calumnias e injurias de los arts. 205 y 208 del Código Penal que funda el querellante en supuestas manifestaciones recogidas en un medio de comunicación digital, y los delitos de prevaricación judicial del art. 446.3º del Código Penal, retardo malicioso en la Administración de Justicia del art. 449.1 del Código Penal, y de cohecho del art. 419 del Código Penal por su actuación como Magistrada del Juzgado de Instrucción nº 8 de Las Palmas de Gran Canaria en la tramitación de las Diligencias Previas 644/2014.

Como recuerda el reciente Auto T.S de 5 de Enero de 2016 dictado en el recurso 20764/2015: *“la querrela es un acto procesal por el que quien desea constituirse en parte acusadora ejercita la acción penal, lo que implica un acto de imputación de un hecho determinado que ofrezca en su integridad los caracteres de*

un específico delito, para cuya averiguación deba procederse a la incoación de un proceso penal. Es imprescindible que en la descripción del suceso que realice el querellante se ofrezcan los datos y las circunstancias que permitan, al menos indiciariamente, subsumirlo en algunas de las descripciones típicas que contiene el Código Penal. En dicho sentido y entre muchos otros, los autos dictados en las causas especiales nº 20602/2009 y nº 20080/2011, decretaron la inadmisión de querellas cuando el querellante solo relataba una serie de hechos huérfanos de todo apoyo probatorio, procedentes de una mera información periodística, al igual que ha sucedido en el caso que nos ocupa y en este sentido es especialmente clarificador el auto de esta Sala de 21/1/15 (rec. 20881/2014), allí se decía que procedía la inadmisión de la querella incluso cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos imputados, "no se ofrezca en ésta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, limitándose el querellante a afirmar su existencia, sin ningún apoyo objetivo atinente a los propios hechos". Y ello acudiendo al puro sentido común conforme al que no se justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos meramente sospechosos, por si los mismos pudiesen ser constitutivos de delito, es decir, una investigación prospectiva, sin aportar un indicio objetivo de su realidad de conocimiento propio del querellante".

Aplicando la citada doctrina jurisprudencial al caso que nos ocupa, la querella contiene una mera reproducción de informaciones periodísticas en las que se pone en boca de la querellada la expresión, que más adelante analizaremos, supuestamente constitutiva de delito de calumnias e injurias y en las que se examina la actuación de la querellada durante la instrucción de una causa cuando ostentaba el cargo de titular de un Juzgado de Instrucción de Las Palmas de Gran Canaria, acompañada de una relación de las vicisitudes procesales de la causa en cuestión de ignorada procedencia, sin aportar u ofrecer ningún elemento o



principio de prueba que avale razonablemente su realidad, ausencia de elemento de prueba que deben conducir a la inadmisión de la querella.

En cualquier caso, el examen de fondo de los hechos relatados en la querella conduce a idéntica decisión.

Por lo que se refiere a los delitos de injurias y calumnias, la querella relata que “según aparece recogido en diversos medios de comunicación nacional digital y escrita del día 3 de Diciembre de 2015, la Fiscalía de Las Palmas ha abierto diligencias de investigación a la Sra. Rosell Aguilar para investigar su actuación durante la instrucción de la causa que tramitaba como titular del juzgado de Instrucción nº 8 contra el Presidente de la Unión Deportiva Las Palmas y empresario Miguel Ángel Ramírez, ante la sospecha de que la pareja de Rosell, el periodista Carlos Sosa, negoció la venta de una licencia de radio al investigado en plena instrucción de la causa, algo que debería haber llevado a Rosell a abstenerse de forma inmediata de seguir al frente del caso”. Y considera como hecho delictivo la noticia publicada el mismo día en el periódico digital www.eldiario.es, según la cual la querellada habría manifestado lo siguiente: “No he hecho nunca nada ilegal, ni ilícito disciplinariamente ni mucho menos penal. El contrato se firmó después de que yo dejase el Juzgado para entrar en política”, asegura Rosell. “Es una intento de Jose Manuel Soria y del P.P. para neutralizar a un rival político usando la Fiscalía”.

El querellante afirma que tales manifestaciones son rotundamente falsas y constitutivas de un delito de calumnias y un delito de injurias. Delito de calumnias porque se atribuye al querellante un comportamiento delictivo que se encuentra tipificado en los siguientes preceptos penales: delito de obstrucción a la justicia del art. 464 del Código Penal; delito contra los derechos individuales del art. 542 del Código Penal y delito electoral del art. 139.7 de la Ley de Régimen Electoral General

5/1985, de 19 de Junio. Delito de injurias porque atribuir a un Ministro del Gobierno de España la conducta de utilizar la Fiscalía contra un oponente electoral supone un grave desmerecimiento en la consideración ajena y lesiona su dignidad.

Pero resulta que, por un lado, las manifestaciones que se atribuyen a la querellada emitidas en plena campaña electoral para las Elecciones Generales del 20 de Diciembre de 2015 en las que querellante y querellada presentaban su candidatura al Congreso de los Diputados por la circunscripción de Las Palmas, no pueden considerarse objetivamente constitutivas de un delito de calumnias, pues no se imputa formalmente la comisión de ilícito penal alguno, tratándose meramente de la expresión de una confrontación política dentro de la contienda electoral, y menos aún, se imputan los delitos que refiere al querellante, de obstrucción a la justicia del art. 464 del Código Penal, que requiere el empleo de violencia o intimidación contra las personas descritas en la norma para que modifiquen su actuación procesal o la realización de actos atentatorio contra las mismas personas como represalia por su actuación en un procedimiento judicial, ni se impide el ejercicio de derechos cívicos por autoridad o funcionario público que sanciona el art. 542 del Código Penal, ni estamos en presencia de las conductas sancionadas en el art. 139 de la Ley 5/1985, cuyo sujeto activo debe ser un funcionario público en activo.

Por otro lado, en el mismo contexto descrito de confrontación electoral las manifestaciones publicadas no pueden ser consideradas un atentado al honor o dignidad del querellante.

Tanto el Tribunal Constitucional como la Sala Segunda han reiterado el valor preponderante de las libertades del art. 20 de la Constitución, así en la Sentencia 39/2005, de 28 de febrero, 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; en el mismo sentido, STC 85/1992, de 8 de junio, y SSTEDH, de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside contra Reino Unido, y de 8 de julio de 1986 caso Lingens contra Austria).

En esa misma línea, el propio Tribunal Constitucional, considera –Cfr. STC 101/1990, de 11 de noviembre- que las libertades del art. 20 de la Constitución 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 38/2004, de 27 de mayo, 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). 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; *Jersild contra Dinamarca*, anteriormente citada; *Janowski contra Polonia*; *Nielsen y Johnsen contra Noruega*).

Esta Sala del Tribunal Supremo igualmente tiene declarado (Cfr. Sentencia 26 de abril de 1991) 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.

Bien es cierto que la libertad de expresión no es un derecho ilimitado y absoluto y que existen límites derivados de la protección de otros derechos fundamentales como el derecho al honor, y se deben excluir 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 la Constitución no



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Causa Especial nº 3/20137/16
(M)

reconoce un pretendido derecho al insulto (SSTC 6/2000, de 17 de Enero, 158/2003, de 15 de Septiembre y 127/2004, de 14 de Julio).

Aplicando la doctrina jurisprudencial mencionada al caso que examinamos nos encontramos ante un supuesto de ejercicio de la libertad de expresión en el marco de una contienda electoral y como respuesta a la apertura de unas diligencias penales una vez anunciada la candidatura al Congreso de los Diputados de la que hasta entonces ejercía como Magistrada en activo, sin que pueda hablarse de expresiones manifiestamente injuriosas para lo que se deseaba manifestar, más allá de la opinión que merezcan al particular afectado o de la mayor o menor fortuna o acierto de las expresiones utilizadas.

En cuanto a los delitos de prevaricación, cohecho y retardo malicioso en la Administración de Justicia, es preciso analizar la legitimación del querellante para ejercitar la acción penal por la comisión de las citadas infracciones penales.

En el apartado de la querrela dedicado a la legitimación se afirma que está legitimado el querellante como ofendido y perjudicado por los hechos delictivos relacionados. Si bien es cierto que no cabe duda de la legitimación que ostenta el querellante para ejercitar la acción penal por los delitos de calumnias e injurias en las que aparece directamente como ofendido por el delito, no sucede lo mismo con los restantes delitos cuya comisión se imputa a la querrelada supuestamente cometidos en la tramitación de un procedimiento judicial cuando ejercía como titular de un Juzgado de Instrucción de Las Palmas, pues el querellante ni es parte en ese procedimiento, ni aparece como perjudicado por el hecho delictivo. De ello es consciente el propio querellante cuando en el apartado de la querrela relativo a la competencia afirma que “en relación con el resto de los delitos objeto de la presente, mi representado ostenta la condición de perjudicado como ciudadano”.

Es decir, se admite que solamente se podría ejercitar la acción penal personándose como acusación popular, pero dicha personación no se ha producido. Hasta tal punto es así, que el poder especial que acompaña a la querrela se otorga para presentar querrela por los delitos de calumnias e injurias, y cuantos otros delitos se encuentren en concurso, sean conexos o se descubran en la instrucción, contra doña Victoria Rosell Aguilar, contenido del poder que Impide ejecutar acciones penales por dichos ilícitos penales que ni se encuentran “en concurso” con los de calumnias e injurias, ni, por razones obvias, son conexos con los mismos. A mayor abundamiento, ese mismo poder especial sirvió para interponer la querrela inicial por calumnias e injurias que se presentó en el mes de Diciembre ante los Juzgados de Madrid, querrela que pese a que se apoyaba en las mismas informaciones periodísticas no se extendía a los restantes ilícitos penales que ahora se incluyen en lo que se denomina ampliación de la querrela, precisamente porque el querellante era consciente de su falta de legitimación y el poder otorgado no habilitaba para el ejercicio de acciones penales en la condición de acusación popular. La ausencia de legitimación debe conducir a la inadmisión a trámite de la querrela.

No obstante, el examen de fondo de los hechos relatados conduce al mismo resultado.

En efecto, la querrela se funda en informaciones aparecidas en medios de comunicación, a las que se acompaña una relación circunstanciada de las actuaciones procesales realizadas en la tramitación de unas diligencias previas, relación de ignota procedencia al no estar personado el querellante en el procedimiento, sin que se aporte un mínimo elemento de prueba que avale el relato de hechos.



De la relación de hechos de la querrela parece desprenderse que se imputa a la querellada un retraso y paralización intencional en la tramitación de las diligencias previas que se relaciona directamente con una transacción comercial entre el imputado en las actuaciones penales y la pareja sentimental de la querellada, negocio que se firmó y documentó cuando la querellada ya había obtenido la excedencia en la Carrera Judicial, achacando a la querellada que incumplió con su deber de abstención.

Pero resulta, por un lado, que el propio querellante reconoce que el retraso en la tramitación fue objeto de una queja presentada ante los servicios de inspección del Consejo General del Poder Judicial y archivada por el órgano de gobierno de los jueces. En este sentido, siguiendo la STS de 19 de octubre de 1995, dictada en el recurso 3812/1994, el art. 449.1 del Código Penal eleva a la categoría de delito comportamientos judiciales relacionados con el retraso en la Administración de Justicia, conducta que a su vez tiene un reflejo puramente disciplinario en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se debe, por tanto, actuar cuidadosamente para deslindar nítidamente la responsabilidad penal de la responsabilidad administrativa evitando, no solo el bis in ídem, sino también relegando el derecho penal a su papel de última razón que solo interviene cuando las conductas trascienden de lo puramente administrativo para merecer un reproche en forma de sanción punitiva. La línea divisoria entre lo gubernativo y lo penal viene marcada por la exigencia de un elemento subjetivo de especial relevancia que cualifica la conducta dilatoria elevándola a la categoría delictiva.

El tipo penal exige una específica maliciosidad en el retraso que debe ser imputado a una voluntaria y concreta decisión de sustraer un asunto de su curso natural, para retenerlo y apartarlo, con la intención de causar un perjuicio a los interesados en su tramitación y, al mismo tiempo, lesionar el buen funcionamiento

y el crédito de la Administración de Justicia. La maliciosidad, en la definición normativa del tipo “retraso provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima”, requiere la presencia de un propósito conocido y de una intención perversa que inicialmente revela un interés personal y directo en apartar el asunto del trámite ordinario y general para ocultarlo y sustraerlo a toda posibilidad de control.

El simple retraso no revela, por sí mismo, un ánimo malicioso por más que no se haya empleado toda la diligencia necesaria en el cumplimiento del deber. No se aporta un mínimo principio de prueba que acredite ese elemento subjetivo, debiendo remitirse la conducta a la esfera sancionadora que ya se ha pronunciado.

Por otro lado, si no se aporta un principio de prueba de que se haya producido un retraso malicioso, menos aún de la pretendida prevaricación y del cohecho, pues no señala el querellante cuáles son las resoluciones injustas dictadas durante la tramitación del procedimiento ni las supuestas dádivas, recompensas o retribuciones percibidas para retrasar injustificadamente la tramitación del procedimiento. Tal inconcreción, si no se quiera iniciar una investigación prospectiva, conduce, igualmente, a la inadmisión de la querella.

Hasta tal punto aparece infundada la calificación jurídica de los hechos que el propio querellante finaliza su exposición señalando que “respecto a estos tres últimos delitos -se refiere a los delitos de prevaricación, cohecho y retardo malicioso- será el resultado de la investigación el que incardine, en su caso, la conducta llevada a cabo por la querellada”. El recurrente parece desconocer que la práctica de diligencias de instrucción no son una consecuencia automática de una querella o denuncia, por cuanto tampoco es una consecuencia necesaria la incoación del correspondiente procedimiento penal. Si se reconoce desde el principio que las conductas penales se delimitarán en el desarrollo de la instrucción,



se está reconociendo que los hechos inicialmente relatados no tienen apariencia delictiva.

Como recuerda el Auto del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2015 dictado en la Causa Especial 20788/2015 *«la decisión que se debe adoptar en relación con la admisión a trámite de la querella, debe contraerse a determinar si es procedente iniciar proceso penal o si debe rechazarse “a limine”, cuestión que dependerá de la concurrencia de los requisitos procesales y sustantivos que condicionan la inicial idoneidad procesal de la querella para provocar la apertura de un proceso, siendo necesaria la relevancia penal de los hechos. El art. 313 LECrm, ordena la desestimación de la querella cuando los hechos en que se funda no constituyan delito. Para ello es preciso una inicial valoración jurídica de la misma y sólo si los hechos alegados, en su concreta formulación, llenan las exigencias de algún tipo penal debe admitirse la querella (cfr. autos de 31 de enero de 2011, 9 de febrero de 2012, 24 de abril de 2012, 23 de octubre de 2013 y de 5 de enero de 2015 especial 20256/2014)»*.

Por último, si lo que se imputa a la querallada es el incumplimiento del deber de abstención en el que a juicio del querellante tenía un interés directo, debe recordarse siguiendo los dictados del Auto del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2015, Causa especial 20788/2015 que para la comisión de un delito de prevaricación, no basta vulnerar los deberes orgánicos de abstención previstos en los arts. 217 y ss de la Ley Orgánica del Poder Judicial; sino que es preciso, además, que se dicte una resolución injusta. Y en el caso no se invocan las resoluciones injustas, ni se aporta una argumentación suficiente sobre el contenido fáctico y jurídico de las resoluciones supuestamente prevaricadoras que permitan su valoración y evaluar su pretendido carácter injusto.

Procede, pues, la inadmisión de la querrela por no ser los hechos indiciariamente constitutivos de ilícito penal alguno, decretándose el archivo de las actuaciones.

Por todo lo expuesto;

INTERESA de la Sala que, teniendo por cumplimentado el trámite conferido, resuelva sobre el recurso, como resulta de las argumentaciones que anteceden e interesa este Ministerio.

En Madrid, a 15 de marzo de 2016