

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Auto núm. /

Fecha del auto: 29/01/2021

Tipo de procedimiento: CAUSA ESPECIAL

Número del procedimiento: 20179/2020

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia:

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

Transcrito por: IPR

Nota:

Resumen

* Querrela.

CAUSA ESPECIAL núm.: 20179/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Auto núm. /

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 29 de enero de 2021.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 2 de marzo de 2020 la procuradora D^a. Beatriz Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en nombre y representación de **D. ALEXANDRE ROSELL i FELIU y D. JOAN BESOLI RIBALTA** presentó por Registro Telemático escrito formulando querrela contra la magistrada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo la Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz por presunta comisión de delitos de prevaricación y de falsedad documental.

SEGUNDO.- Formado rollo en esta Sala y registrado con el núm. 3/20179/2020, por providencia de 4 de marzo de 2020 se designó Ponente para conocer de la presente causa, conforme al turno previamente establecido, al Magistrado Excmo. Sr. Don Manuel Marchena Gómez y se remitieron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y contenido de la querrela.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal evacuó el traslado conferido con fecha 20 de mayo de 2020 solicitando la inadmisión a trámite de la querrela, previa declaración de la competencia de esta Sala, por estimar no concurrentes los elementos indispensables de los delitos objeto de querrela.

En cuanto a la supuesta prevaricación argumenta: "siendo indiscutible que concurre la condición de sujeto especial que requiere el precepto (la querellada es Magistrada), respecto de los restantes elementos, podemos señalar lo siguiente:

A -*Resolución.* Siendo indiscutible que las providencias, juntos con los autos y sentencias, son resoluciones judiciales, es al menos extraño, que la prevaricación denunciada se produzca mediante providencias (el Auto es la confirmación en reforma de una de ellas), cuyo contenido es prácticamente el de un mero acto de trámite.

B.- *Injusticia y arbitrariedad de la resolución.*- La jurisprudencia suele basar la injusticia en el hecho de que la resolución de que se trate, entre en evidente contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico, al apartarse de las opciones jurídicamente defendibles, careciendo de toda interpretación razonable. No basta la mera ilegalidad, se exige arbitrariedad. La injusticia supone la aplicación torcida de las normas procesales o materiales. "La determinación de tal injusticia no radica en que el autor la estime como tal, sino que, en clave estrictamente objetiva, al adoptarla el juez se aparte del método de interpretación y valoración previsto en el ordenamiento o usual en la práctica jurídica de tal

manera que la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente ATS 2/03/2018, Causa Especial 20962/2017).

El núcleo de la acción típica lo constituye, pues, la injusticia de la correspondiente resolución judicial; injusticia que habrá de examinarse únicamente desde la perspectiva de la legalidad, por su apartamiento del ordenamiento jurídico; por constituir, en suma, lo que se ha venido a denominar un torcimiento del Derecho (ATS 03/10/2019, Causa Especial 20419/2019).

Dicha injusticia no se observa en este caso. El querellante que formula la primera solicitud, pide la aportación de documental en un procedimiento voluminoso. En la primera providencia, dada la referencia del solicitante a las Diligencias del Fiscal y la petición de incorporación, junto con otros documentos referidos a otras CRI, de la solicitud original en inglés de la CRI 10/2015, se contesta que la Defensa tiene a su disposición todo el procedimiento para su consulta, razón por la que se le explica donde se encuentra: una parte en Cloud, y otra parte, físicamente, en la Secretaría del Juzgado. Se trata de una respuesta razonable aunque se admitiera que tal vez no se hubiera comprendido bien una de las peticiones. Tampoco refleja injusticia ni arbitrariedad alguna, al menos en principio, la afirmación de que solo se puede entregar aquello de lo que se dispone, como tampoco la de que la CRI, una vez cumplimentada, fue devuelta al requirente, disponiendo de las copias que aportara el Fiscal que es quien la recibió de EEUU, y las aportó con la querella. Y como reconocen los querellantes, la querellada nunca dijo que la documentación existía y les denegaba su consulta o su incorporación al procedimiento.

C.- "*A sabiendas*" Aunque los querellantes insisten en denunciar la imposición por la querellada, de su propia voluntad consistente en privarles de la importante documental, no concurre dolo directo. Aún cuando por vía de hipótesis se admitiera la concurrencia del anterior elemento, de la redacción de las resoluciones combatidas se desprende con facilidad, la ausencia de este requisito.

El ATS 2/03/2018, (Causa especial 20962/2017), señalaba que en el delito de prevaricación "subjétivamente, se requiere que el juez decida motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, de modo que pueda afirmarse que el juez conozca o esté convencido de la ilegalidad de su resolución." Y una CRI no deja de ser un acto de auxilio judicial. Es otro Juez (o Fiscal) quien está instruyendo un procedimiento y pide a otro Juez o Fiscal que practique una diligencia que él no puede realizar por razón de territorio. El requerido, una vez cumplimentado el requerimiento de auxilio, se limita a devolverlo al requirente, siendo lo habitual que solo deje constancia del requerimiento y de su cumplimiento y remisión. En consecuencia, no es extraño que se parta de que cumplimentada una CRI, al radicar en otro país el procedimiento que la motivó, solo quede constancia de su tramitación. No olvidemos que el querellante estaba pidiendo, además, la incorporación de originales (constando la solicitud traducida al castellano, pedía la solicitud original en inglés) y que se le informara de lo sucedido en EEUU a raíz de la investigación

citada, algo que como se manifestó posteriormente, no conocía el Juzgado Central nº 3, ni tenía que saberlo.

A ello se une que la CRI se recibió en Fiscalía puesto que la investigación se estaba llevando a cabo por la Fiscalía Este de Nueva York y el Fiscal español fue quien interpuso la querrela y acompañó toda la documentación de la que disponía. Todo esto sin perjuicio de que la tramitación de la CRI se "judicializara" y correspondiera al mismo Juzgado Central al que años después correspondió la querrela del Fiscal derivada de sus Diligencia de Investigación 39/2015.

El delito de prevaricación judicial exige la conciencia de estar dictando una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, la "intención deliberada de faltar a la justicia" y de la simple lectura de las resoluciones combatidas se desprende que dicho elemento subjetivo no está presente, sin perjuicio de que en este caso la Letrada de la Administración de Justicia, a quien corresponde la custodia de los documentos, (no el siguiente titular del Juzgado Central), encontrara testimonio de la CRI (incompleto, falta al menos un CD y algunos folios, según se indica en las diligencias de remisión a la Sala) y lo aportara, siendo absurdo pretender como hacen los querrellados que por el hecho de haber participado en la cumplimentación de una CRI (se aporta por los querrellados providencia dictada en la misma CRI por otro titular diferente de la querrellada), estando poco tiempo en un Juzgado y dado el volumen de trabajo del mismo, la querrellada tenía que acordarse forzosamente del contenido de algo tan formal y en cierto modo rutinario, como la tramitación de un acto de auxilio judicial y de si había quedado, o no, copia íntegra de su contenido.

A mayor abundamiento, ni siquiera los querellantes aciertan siquiera a sugerir cuál podía ser el interés de la Magistrada en negar la existencia de dicha documentación solicitada, además, entre muchas otras diligencias, ni el origen de la supuesta animadversión a los querrellados, animadversión que comprensiblemente, vienen a denunciar de un modo u otro, una buena parte de las personas que resultan imputadas y el procedimiento resulta adverso a sus lógicos intereses".

Y en lo que atañe a la imputada falsedad:

"Por último, el delito de falsedad doloso (el tipo imprudente queda totalmente descartado por la versión de los propios querellantes) exige conciencia y voluntad de alterar la realidad, de cambiar la realidad convirtiendo en aparentemente real lo que no lo es. El dolo falsario se da cuando el autor tiene conocimiento de los elementos del tipo objetivo, esto es, que el documento que se suscribe contiene la constatación de hechos no verdaderos y esto no aparece en el caso que nos ocupa.

Pero además, objetivamente tampoco se puede decir que el contenido de las resoluciones judiciales sea estrictamente falso como pretenden los querellantes mediante una lectura sesgada, pues en ellas se indica dónde está el procedimiento íntegro y como pueden consultarlo las Defensas, se manifiesta que no se puede dar lo que no se tiene, lo

cual es obvio,- y se indica que la CRI 10/15 fue cumplimentada y . devuelta, lo cual es cierto y se corresponde con la práctica ordinaria. No se plantea por la querellada la posibilidad de que quedara una copia, lo cual, es comprensible por lo anteriormente manifestado sobre la práctica del auxilio judicial.”

CUARTO.- Con fecha 18 de marzo de 2020 los querellantes presentaron telemáticamente a través de su representación procesal en el Registro de este Tribunal escrito de recusación del Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Marchena Gómez. El incidente sería resuelto por Auto del Pleno de la Sala Segunda de fecha 8 de julio de 2020 que acordó "*tener por apartado al recusado del conocimiento de la presente causa que continuará su tramitación sin su intervención*". La tramitación del incidente se inició el 1 de julio de 2020 tras la subsanación de una carencia derivada de la situación excepcional atravesada en los meses anteriores (estado de alarma).

QUINTO.- Por proveído fechado el 11 de junio de 2020, al tiempo que se fijaba la composición de la Sala para conocer de la querella, se acordó pasar las actuaciones al Ponente inicialmente designado, decisión que quedaría en suspenso en tanto se tramitaba la recusación promovida. El recurso de súplica interpuesto contra tal providencia sería desestimado por auto de 3 de noviembre último.

SEXTO.- El siguiente 11 de noviembre se reclamó de la Audiencia Nacional testimonio de la sentencia recaída en el asunto al que se refiere la querella, recibéndose el correspondiente oficio remisorio con la resolución indicada, que quedaron unidos a la causa, el 19 de noviembre.

SÉPTIMO.- En contestación a las alegaciones del Ministerio Fiscal, los querellantes, a través de su representación procesal presentaron escrito el 17 de junio de 2020 en contestación a los argumentos del Fiscal. Tras subrayar la implicación activa del Ministerio Fiscal en la causa en la que recayeron las resoluciones que han dado origen a la querella, explica que ello puede condicionar en alguna medida su posición. Aclara que la querella no descarta las modalidades imprudentes de los dos delitos mencionados, ni

la eventual aparición de otras posibles tipicidades (vgr., arts. 530 y ss CP; aunque no detención ilegal, como creen atisbar que entiende el Fiscal). Unas referencias jurisprudenciales sobre los estándares legales que rigen la decisión sobre admisión de una querella preceden a algunas consideraciones ya referidas al asunto concreto: el cargo ostentado por la persona querellada no puede alterar esos criterios, ni se puede anticipar lo que debe surgir como fruto de la investigación. Hay que apartar de este momento valoraciones sobre elementos subjetivos. Solo podrá decidirse sobre esa vertiente subjetiva tras la realización de las correspondientes diligencias y, en particular, la declaración de la querellada.

OCTAVO.- Por Diligencia de ordenación de fecha 20 de noviembre de 2020 pasan las actuaciones al Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral para su resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- No hay duda alguna sobre la competencia de esta Sala para conocer de la querella presentada en cuanto se dirige contra quien es Magistrada del Tribunal Supremo: art. 57.1.2º LOPJ.

SEGUNDO.- Recuerda la parte querellante en su último escrito, presentado como reacción al dictamen del Fiscal, la doctrina de esta Sala sobre el trámite al que nos enfrentamos ahora: admisión o repulsa de una querella. Y lo hace evocando con toda pertinencia la doctrina de esta Sala al respecto adobando su exposición con atinadas citas tanto de Autos de esta Sala como de alguna sentencia del Tribunal Constitucional; aunque de ellas pretende extraer una premisa (imposibilidad en este momento de adentrarse en el examen de elementos subjetivos o internos) que ni podemos compartir, ni se desprende en los términos en que la expone de ese cuerpo jurisprudencial.

Enunciamos en sintonía con ese alegato y con palabras de uno de los más recientes autos de esta Sala sobre ese punto -aunque se limita a reiterar, con fórmulas que aparecen en muchos otros precedentes, una doctrina bien conocida- el marco teórico de decisión que el querellante también enuncia:

“El artículo 313 de la LECrim –leemos en el ATS de 18 de diciembre de 2020 recaído en la causa especial 20542- ordena al Juez de Instrucción rechazar la querrela cuando no sea competente o cuando los hechos no sean constitutivos de delito.

Conforme a una jurisprudencia reiterada de esta Sala (cfr. por todos, ATS de 11 de junio de 2016, dictado en la causa especial núm. 20440/2016), ha de considerarse que los hechos no son constitutivos de delito en aquellos casos en que:

a) Los hechos contenidos en el relato fáctico de la querrela, tal y como ha sido redactada, no sean susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente. En estos casos, carece de justificación alguna la apertura de un proceso penal para comprobar unos hechos que, de ser acreditados, en ningún modo serían constitutivos de delito.

b) Cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querrela, 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. En este segundo supuesto, una interpretación de la norma ajustada al canon que informa el sistema constitucional de derechos y libertades, conduce a excluir la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos de relevancia penal meramente sospechosa, es decir, una investigación prospectiva, que no aporte, a partir del conocimiento propio del querellante, un indicio objetivo de su realidad. De lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia. En realidad, se trata de aplicar el mismo principio que es exigible cuando se trata de restringir los derechos fundamentales del artículo 18 de la CE, en este caso los derechos a la libertad personal y a la seguridad del artículo 17.1 del texto constitucional.

De modo que la presentación de una querrela no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal, sino que se precisa la realización de una inicial valoración jurídica de la misma, de conformidad con las consideraciones expuestas, que puede conducir a su no admisión a trámite sin más.

Tal inadmisión, por otra parte, no vulnera la tutela judicial efectiva del querellante en su vertiente de acceso a la jurisdicción, dado que es doctrina constitucional reiterada la que señala que el ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación (cfr. STC núm. 31/1996, de 27 de febrero, que se hace eco

de las SSTC núm. 111/1995, de 4 de julio; 157/1990, de 18 de octubre; 148/1987, de 28 de septiembre; y 108/1983, de 29 de noviembre)”.

A esos conocidos parámetros se ha de ajustar nuestra decisión.

Ahora bien, de ahí no puede extraerse la inasumible conclusión de que de ese análisis preliminar han de erradicarse todos los elementos del tipo subjetivo. El estudio, indagación, apreciación o ponderación de intencionalidades, conocimiento, propósitos, dolo y en general cualquier elemento subjetivo vinculado al delito o delitos invocados, necesariamente habrían de quedar aplazados a momentos posteriores, con la investigación ya iniciada.

No es correcta esa estimación que, aunque pudo gozar de alguna virtualidad (no solo para este vestibular momento procesal, sino también al perfilarse los presupuestos de un auto de procesamiento) y contó en su apoyo con alguna construcción teórica, está ya abiertamente contradicha no solo por algunos precedentes de forma explícita, sino sobre todo por una praxis concorde y sin fisuras que parte de esa posibilidad: ¡claro que es posible rechazar *a limine* una querrela por no aparecer la mínima base indiciaria en que sustentar el dolo, o la intencionalidad, o el ánimo exigido por una figura penal! En sede de procesamiento, donde se produjo una polémica paralela, se entiende hoy que los *indicios racionales de criminalidad* (art. 384 LECrim) no se refieren solo el tipo objetivo, sino que reclaman también valorar elementos subjetivos y factores vinculados a la antijuricidad, culpabilidad o punibilidad.

De ser de otra forma –y discúlpese que se acuda a un ejemplo un tanto grotesco por dar mayor expresividad a la idea-, la querrela por las lesiones derivadas de un atropello tendría que ser admitida a trámite cualquiera que sea la entidad de los daños, con el argumento de que todos los elementos objetivos del delito del art. 148 CP aparecen cubiertos. ¡Ya llegará el momento en la fase de investigación, tras interrogar al conductor imputado, entre otras diligencias, de formarse criterio sobre su intencionalidad o falta de ella!

No. Un relato de hechos en el que esté ausente la afirmación del tipo subjetivo del delito objeto de querrela, o que carezca de toda base razonable en ese particular, permite y obliga al rechazo de la querrela. Otra cosa es que, al igual que se hace con todos los elementos –tanto objetivos como subjetivos–, el dato de que no pueda ser excluida la hipótesis de su concurrencia que se presenta como posibilidad indiciariamente razonable comporte la necesidad de abrir las puertas del procedimiento penal para esclarecer ese extremo, así como cualesquiera otros que deban acreditarse para exigir responsabilidad penal.

Estas ideas rigen para todos los ámbitos delincuenciales. También para los delitos cometidos por funcionarios públicos o por Jueces y Magistrados. Otro entendimiento constituiría un puro despropósito.

Sin ocultar que algo se va a hiperbolizar (aunque tampoco en demasía), pensemos que cualquier decisión judicial anulada por vía de recurso lo ha sido por no ajustarse a la legalidad. ¿Cualquier querrela por prevaricación frente a los que la dictaron merecería ser admitida a trámite? La injusticia –apartamiento del derecho– ya consta de forma fehaciente: un Tribunal lo ha proclamado motivada y razonadamente. Estaríamos pues ante un delito de prevaricación, salvo que el juez (o los magistrados) que dictó (dictaron) la decisión desautorizada hubiese(n) obrado de buena fe, convencido(s) de la corrección de su decisión. ¡Ah!: pero eso sería ya un problema subjetivo, de intencionalidades; algo a reservar para la investigación que necesariamente habría de abrirse. Y es que cualquier decisión, incluso aunque fuese jurídicamente defendible (como una prisión o una libertad), si se dicta por motivos espurios, puede ser constitutiva de prevaricación. La existencia de esas razones inconfesables o, subsidiariamente, de una falta de diligencia en el estudio del asunto, serían temas a dilucidar y esclarecer en el ineludible e inevitable marco de un procedimiento penal cuya apertura sería obligada.

Si se partiese de la premisa que los querellantes quieren erigir en dogma de la decisión sobre la admisión de una querrela, pocos Magistrados –y entre ellos no se encontraría desde luego el ponente de este Auto, apreciación

que no me atrevo a extender a los restantes componentes de este Tribunal- habrían escapado a la condición de *investigado*. Si se quiere muy transitoria; pero *investigado*. Cualquier magistrado (también en Tribunales fuera de la jurisdicción ordinaria que ven sometidas sus decisiones al escrutinio de cortes supranacionales) sería fácilmente *querellable* ante la anulación de una de sus decisiones; eso sí, abriéndole paso a que arguya en su descargo en su declaración judicial en fase de instrucción que actuó en la *creencia* de que el derecho, la Constitución, las leyes, los convenios internacionales, según su estimación (que luego se ha revelado equivocada), conducían a la solución que plasmó en su sentencia, luego anulada. Por supuesto, tampoco le sería necesariamente difícil demostrar que no puede tacharse de negligente su decisión pues fue precedida del estudio que le era razonablemente exigible; pero tendría que manifestarlo, aportando los datos imprescindibles para avalar su excusa (decidió de buena fe y tras el estudio que podía serle exigible).

No puede ser así: querellas con esa exclusiva base no pueden admitirse a trámite, ni siquiera, aunque en ellas, elegantemente, el supuesto perjudicado arguya que no descarta que el magistrado querellado pueda haber actuado con buena fe, aunque apostillando que eso habrá de dilucidarse en el marco del procedimiento penal, comprobándose incluso si, pese a la buena fe, pudo existir una ignorancia no disculpable, o una negligencia derivada de la falta de un estudio más profundo de doctrina y jurisprudencia, o de la causa y sus antecedentes y escritos de las partes. No: la buena fe ha de presumirse también en los magistrados que pueden errar; así como ha de presumirse la mínima solvencia de su preparación y conocimientos. Y si no se ofrecen más elementos o datos que permitan considerar verosímil lo contrario, la querella basada en esa exclusiva base debe repelerse.

Podrían encontrarse ejemplos similares que originarían iguales desvaríos manejando cualesquiera otros preceptos del Código Penal. Basta traer a colación las innumerables resoluciones administrativas que a diario se anulan por la jurisdicción encargada de su control y en el art. 404 CP. O en el delito de acusación y denuncia falsa (art. 456 CP) tras cualquier acusación seguida de absolución o sobreseimiento o el rechazo de la querella

formulada. Debe ser suficiente lo apuntado para negar ese punto de partida en el que los querellantes quieren situar nuestro análisis. No es jurídicamente correcto. Ningún obstáculo se interpone para en ese doble escrutinio enunciado (subsunción jurídico penal del hecho relatado en la querella, y mínima apariencia de verosimilitud, aunque en todo caso hay pasarelas e interrelaciones entre los dos planos: no siempre discurren por líneas absolutamente paralelas), ponderar las exigencias subjetivas del tipo penal invocado.

TERCERO.- Los hechos objeto de querella en su objetividad –y en lo que es su núcleo; no en otros datos que se traen a colación tratando de corroborar la supuesta intencionalidad que los querellantes se afanan en descubrir en la querellada- están perfectamente identificados. Tres resoluciones del Instructor negando la aportación de una documentación (comisión rogatoria) que la defensa reclamaba. La razón de la denegación aparece en cada una de las resoluciones: no obra en el Juzgado; fue remitida a la autoridad requirente, aduce la última providencia. En las anteriores no se alcanza a entender la petición remitiéndose las resoluciones a lo que constaba en la causa.

Sin embargo, según vino a demostrarse posteriormente, quedaba copia (aunque no íntegra) de esa documentación en el Juzgado en el correspondiente expediente. La solicitud dirigida a la Sala de enjuiciamiento ya a las puertas del juicio oral dio resultado: el oficio dirigido al Juzgado fue contestado, comprobándose que se había dejado copia en las actuaciones derivadas de la Comisión Rogatoria, copia que, debidamente testimoniada, pudo usarse como elemento probatorio (poco o, más bien, nada decisivo, según se infiere de la sentencia), tal y como pretendía la defensa de los ahora querellantes (los emparejamos a estos efectos, aunque procesalmente fuesen dos pates distintas, asumiendo la muy razonable explicación que ofrecen sobre el reparto de papeles por las respectivas direcciones letradas en una estrategia defensiva coordinada y en buena medida compartida).

Estaríamos según la querrela ante una ocultación deliberada de información derivada del diligenciamiento de una comisión rogatoria internacional (10/2015), que quedaría exteriorizada en tres resoluciones, que se recogen bien sintetizadas en el informe evacuado por la representante del Ministerio Público:

1.- *Providencia de 5 de abril de 2018*. (Documento nº 3) Se dicta en respuesta a la petición del querellante Rosell. Concretamente, se designa el siguiente párrafo: "el procedimiento no se encontraba secreto, estando hasta el tomo 10 escaneado y a su disposición en la plataforma CLOUD y el resto en la Secretaría de este Juzgado". Añade el recurrente que la respuesta carece de sentido, dado que la Magistrada tenía que saber que la CRI no formaba parte del procedimiento (DP 28/2017), por haberla tramitado ella misma.

2.- *Auto de 20 de abril de 2018* (Documentos 4 y 5), resolutorio del recurso de reforma interpuesto contra la anterior Providencia, concretamente el siguiente párrafo: "este Juzgado no puede ofrecer al recurrente otra información distinta que aquella de la que se dispone y es exclusivamente la que obra en el procedimiento que se encuentra plenamente a disposición de las partes". Los querellantes añaden de nuevo, que la querellada, de este modo, ocultaba la realidad de una CRI, tramitada por ella misma, cuyos extractos obraban en las Diligencias Previas 28/2007. Los querellantes afirman que además, al no desestimar lo solicitado, sino negar la existencia misma de la CRI, no pudieron recurrir en apelación.

3.- *Providencia de 31 de mayo de 2018*, (Documentos 7 y 8) en respuesta de un nuevo escrito de la Defensa del querellante Rosell, en la que se dice que solicitada la unión al procedimiento de varias CRI, la CRI 10/15, una vez cumplimentada, fue devuelta a la autoridad emisora y que respecto de la CRI enmarcada en las diligencias de investigación 39/15, todo está en el procedimiento al haber sido remitida por la Fiscalía, toda la documentación de la que ésta dispuso. Según los querellantes, la Magistrada está diciendo que en el Juzgado, no quedó nada de la CRI 10/15 y que las copias de la misma se encontraban en las Diligencias del Fiscal, lo cual es falso.

Las decisiones de la Magistrada Instructora no eran las procedentes en ese particular (ni siquiera, aunque en un examen *ex post* concluyésemos que esa documentación no aportaba nada relevante por referirse a otros hechos no enjuiciados). No lo eran porque se decide sobre un presupuesto que se ha revelado erróneo. Con un punto de partida falso es lógico que no se acierte (o, incluso aunque materialmente se hubiese podido acertar, la decisión será desajustada por cuanto ofrece una argumentación errónea).

Así centradas las cosas la cuestión a dilucidar es muy simple. ¿Fue una equivocación deliberada? ¿se negó a facilitar esa documentación pese a ser consciente de que estaba en el Juzgado en otro expediente? O, más bien, tal y como argumenta la representante del Ministerio Fiscal de forma muy fundada y, bastante suasoria (tanto que la lectura de su dictamen ha movido a los querellantes, en actuación que, desde luego, no es frecuente, a un escrito de réplica bien estudiado y elaborado), ¿fue producto de una percepción equivocada, de estar convencida de que no había quedado copia de la documentación recabada en ese otro expediente tramitado unos años antes y ya archivado?

Solo en el primer caso podría hablarse de apariencia de delito. Nunca de falsedad, desde luego, como se argumentará seguidamente. Quizás -solo quizás: tampoco es ese punto impermeable a la controversia y con algunos aspectos que merecerían discusión antes de acudir a ese tipo penal-, prevaricación.

Si esa primera hipótesis revistiese apariencia de realidad, si albergarse un mínimo componente de razonable verosimilitud procederá la admisión a trámite de la querella. En otro caso no.

CUARTO.- Se advertía hace un momento que los hechos objeto de querella no son idóneos para hablar de falsedad. Por definición.

Una resolución judicial es documento oficial. Su manipulación puede dar lugar a cualquiera de los tipos falsarios del art. 390 CP. No se puede negar que cabe cometer un delito de falsedad en uno de esos documentos judiciales. Ahora bien, eso exige una precisión: la sentencia o la resolución que sea (auto, providencia) da fe de lo que ha decidido el Magistrado o Juez; también de las razones que han motivado esa decisión; en su caso, de que el Magistrado ha considerado probados los hechos que allí se consignan como tales. Pero no acredita (no es documento pensado con esa finalidad de constancia), ni que las leyes digan exactamente lo que el magistrado interpreta que dicen; ni que la sentencia invocada como precedente esté bien

invocada -puede existir un error en la fecha o en la comprensión-; ni que la doctrina que se menciona como mayoritaria sea en efecto la mayoritaria; ni que el testigo en que se apoya el razonamiento del Juez haya dicho exactamente lo que la sentencia dice que dijo; ni que los hechos sucedieron tal y como se recogen en los hechos probados. Entre lo plasmado por el juez en la sentencia o resolución pueden existir argumentos desacertados, y afirmaciones que se demuestran objetivamente falsas (por ejemplo, las manifestaciones exactas de un testigo; o la fecha de un escrito que se recoge equivocadamente en los antecedentes; o la afirmación de que el penado no estuvo en prisión preventiva cuando sí lo estuvo; etc...). Pues bien, no puede en esos casos hablarse de falsedad. Para corregir esos errores están los recursos (y en algún caso, la aclaración). No es solo un problema de dolo; es un problema de concepto: ni aunque el juez de forma deliberada y consciente, o negligente -por falta de atención-, al razonar pusiese en boca de un testigo lo que no dijo estaríamos ante un delito de falsedad: solo, en su caso, ante una prevaricación. Y si los antecedentes contienen hechos inveraces o contrarios a la realidad procesal, tampoco hay falsedad, aunque el error sea fruto de una desidia encajable en una manifiesta negligencia.

La razón aducida en la providencia dictada en último término no se ajustaba a la realidad (en su materialidad; aunque finalmente, en su literalidad, como con agudeza señala el Fiscal, tampoco era incierto nada de lo que expresamente afirmaba). Pero eso en ningún caso constituye falsedad punible. Lo constituiría una diligencia expedida por el LAJ afirmando como dato de hecho esa constancia. Es una razón equivocada o desacertada. Pero no es falsedad en el sentido de los arts. 390 y ss CP.

QUINTO.- Podría discutirse si esas resoluciones con ese acuerdo – denegación de una documentación- (que en su fondo y núcleo -se puede admitir- podría ser injusto -¿groseramente injusto?: es mucho más difícil de sostener-) pueden hipotéticamente dar vida a una prevaricación judicial. Más que por el acuerdo en sí (para valorar su grado de injusticia material habría que evaluar la relevancia para el enjuiciamiento), su apartamiento de la legalidad deriva de su equivocado fundamento: se rechaza una prueba que

solicita la defensa (y el derecho de defensa nunca es tema menor), con una base fáctica errónea, no ajustada a la realidad; una suposición que se reveló equivocada.

Pues bien, por más esfuerzos que inviertan los querellantes, en uso de su legítimo derecho, en presentar datos para inferir que pudo ser una razón aducida como excusa que se sabía incierta, no se alcanza a dotar a esa hipótesis de un mínimo de verosimilitud. Sencillamente no es imaginable que en un tema tan accesorio, un Instructor, por muy involucrado que pueda estar en la investigación como consecuencia del papel que le atribuye nuestro modelo procesal, invente una motivación de esa naturaleza, tan burda y fácilmente detectable, para omitir una diligencia de práctica nada costosa y de relevancia más que dudosa. Hay tantas otra razones plausibles para denegarla; y tantas más para practicarla, que se hace hipótesis descartable por inverosímil la que pretenden argüir los recurrentes (cuya parcialidad no será inferior a la que quieren detectar en el Fiscal; y esto no es un reproche: son parte y por tanto han de ser parciales; y son parte que han sufrido un proceso penal sometidos a la más gravosa de las medidas cautelares personales que se administra en un proceso penal; no les es exigible imparcialidad, ni que examinen con neutralidad la objetividad de los hechos).

El hecho de haber firmado dos años antes una providencia rutinaria y estereotipada de archivo, que no exige la menor reflexión, en la que se acordaba dejar copia de la comisión rogatoria al tiempo que se disponía el archivo del expediente no es indicio de nada para nadie que esté mínimamente familiarizado con una oficina judicial y la forma de trabajo que reina en ella. La pluralidad de comisiones rogatorias cruzadas concernidas en el procedimiento en que estaban imputados los ahora querellantes, como observa atinadamente el Fiscal, alimentaba la confusión y era marco propicio para que, según se deduce de su contenido, en las dos primeras resoluciones (providencia y auto), no se captase que se estaba hablando de esa específica comisión rogatoria tramitada unos años antes y no unida al proceso donde sí figuraban otras incorporadas por el Fiscal.

El conjunto de elementos que traen a colación los querellantes espigando en el procedimiento para tratar de demostrar una animadversión que habría llevado a esa extraña decisión plasmada en las providencias y auto, tampoco dota de una mínima coherencia a la visión que tratan de hacer pasar como posible.

Procede por ello la desestimación de la querella conforme prevé el art. 313 LECrim.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1.- Declarar su competencia para conocer de la querella.

2.- Inadmitir a trámite la querella por no ser los hechos constitutivos de delito.

Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Pablo Llarena Conde



Vicente Magro Servet