

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

CAUSA ESPECIAL

Nº de Recurso: 20137/2016

Fallo/Acuerdo:

Procedencia: QUERELLA

Fecha Auto: 25/04/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

Escrito por: FGR

Causa Especial

Recurso N°: 20137/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez
D. José Ramón Soriano Soriano
D. José Manuel Maza Martín
D. Francisco Monterde Ferrer
D^a. Ana María Ferrer García

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Abril de dos mil dieciséis.

I. HECHOS

1.- Mediante auto dictado con fecha 13 de abril del presente año y al amparo del art. 410 de la LOPJ, la Sala acordó con carácter previo a resolver sobre la admisión a trámite de la querrela formulada por el Procurador D. José Manuel Fernández Castro, recabar distinta documentación del Consejo General del Poder Judicial, del Magistrado instructor que sustituyó a la Sra. Rosell al

frente del Juzgado de instrucción núm. 8 de Las Palmas de Gran Canaria y del Letrado de la Administración de Justicia adscrito a ese mismo juzgado.

2.- Los días 20 y 21 de abril del corriente año fueron presentados los documentos requeridos en el Registro General del Tribunal Supremo.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

1.- La presente querella se formula por el Procurador D. José Manuel Fernández Castro por los delitos de calumnia, injuria, retardo malicioso en la administración de justicia, prevaricación y cohecho.

Se impone, por tanto, un examen singularizado de cada una de esas imputaciones, a los exclusivos efectos de decidir acerca de la procedencia o improcedencia de la admisión a trámite de la querella entablada contra la Sra. Rosell Aguilar.

El embrionario estado de las presentes diligencias obliga a descartar todo razonamiento encaminado a una anticipada valoración jurídica de hechos cuya realidad sólo podrá ser confirmada o desmentida a lo largo de la instrucción. La Sala está obligada, por tanto, a mantener una distancia respecto de todos aquellos extremos que no resulten indispensables para la decisión de admitir o inadmitir a trámite la querella entablada.

Sin embargo, esta actitud metodológica, impuesta por la necesidad de preservar la imparcialidad del órgano llamado, en su caso, al enjuiciamiento de los hechos imputados, no es obstáculo para descartar desde ahora la atribución de hechos que, aun admitiendo su existencia, carecerían de relieve penal. Es lo que acontece precisamente con los delitos de calumnia e injurias cuya concurrencia se defiende en la querella.

2.- A raíz de la apertura por la Fiscalía de Las Palmas de unas diligencias preprocesales para investigar la actuación jurisdiccional de la querellada durante la tramitación de las DP 644/2014, la Sra. Rosell afirmó que todo aquello no era sino “...*un intento de José Manuel Soria y del PP para neutralizar a un rival político usando a la Fiscalía*”. Estima el querellante que esa afirmación puede ser calificada como constitutiva de los delitos de calumnia e injuria, en la medida en que se imputa al Sr. Soria la comisión de un delito de obstrucción a la justicia (art. 464 del CP), un delito contra los derechos individuales (art. 452 CP) y un delito electoral del art. 139.7 de la Ley de Régimen Electoral General 5/1985, 19 de junio.

La frase que centra nuestro examen encierra una descalificación genérica cuyo alcance penal resulta más que cuestionable. Si la calumnia implica la atribución de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad (art. 205 CP), en el presente caso, no se imputan unos hechos delimitados en el tiempo y con expresión, más o menos precisa, de sus circunstancias. En nuestra sentencia 90/1995, 1 de febrero, recordábamos que para la existencia del delito de calumnia no bastan atribuciones genéricas, vagas o analógicas, sino que han de recaer sobre un hecho inequívoco, concreto y determinado, preciso en su significación y catalogable criminalmente, dirigiéndose la imputación a persona concreta. Es necesario, puntualizaba la STS 1172/1995, 17 de noviembre, que la imputación se haga de modo específico y en todo caso individualizando de forma evidente las características genéricas del tipo del delito que se achaca.

En el contexto de una contienda electoral una imputación tan elástica, ausente de toda referencia concreta a los medios o a la forma de ejecución de ese designio manipulador, debilita su potencial significado ofensivo, hasta el punto de impedir su calificación como constitutiva de un delito de calumnia.

Las afirmaciones que son objeto de análisis tampoco pueden ser etiquetadas como constitutivas de un delito de injurias. En efecto, en los supuestos de convergencia entre el derecho al honor y la libertad de expresión, el juicio ponderativo acerca de la existencia o no del delito trasciende al estricto juicio de tipicidad. La prevalencia de uno de aquellos derechos ha de proclamarse desde una perspectiva constitucional, desbordando incluso el preciso análisis de la tipicidad del hecho. Y es que conforme al sistema de valores instaurado por nuestra Constitución, hay ocasiones en las que la libertad de expresión prevalece frente al honor afectado, amparándose en la causa de justificación que, con carácter general, establece el art. 20.7 del CP, esto es, el ejercicio legítimo de un derecho.

La justificación del hecho, con la consiguiente exclusión de la antijuricidad, es el resultado de la ponderación constitucional de los bienes en conflicto. No está relacionada con el propósito *-animus iniurandi-* que, en uno u otro caso, puede llegar a impulsar al autor.

El carácter prevalente de la libertad de expresión y, por tanto, la justificación de las expresiones proferidas por la Sra. Rosell, se derivan de la aplicación de los parámetros valorativos que la jurisprudencia constitucional ha venido sugiriendo en numerosos pronunciamientos.

El primero de ellos, la naturaleza pública de la función ejercida por el querellante en el momento en el que aquella frase fue proferida. El deseo de la Sra. Rosell de expresar públicamente el malestar con lo que consideraba una injustificada investigación por la Fiscalía, hace que aquellas imputaciones aparezcan como un genuino acto de ejercicio de la libertad constitucional de expresión.

Y es que la jurisprudencia constitucional –en línea coincidente con resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vid. STEDH *Lingens*

c Austria, 8 julio 1986- viene reiterando que cuando los afectados son titulares de cargos públicos, los límites de la crítica admisible son más amplios, hasta el punto de llegar a afirmar que éstos han de soportar las críticas o las revelaciones aunque «*duelan, choquen o inquieten*» (STC 76/1995, 22 de mayo) o sean «*especialmente molestas o hirientes*» (SSTC 216/2006, 3 de julio, 192/1999, 25 de octubre y 110/2000, 5 de mayo).

En definitiva, la libertad de expresión que ampara a la querellada presenta un carácter constitucionalmente prevalente sobre el honor o la dignidad institucional del querellante. En términos generales, la libertad de expresión encierra una verdadera dimensión funcional, en la medida en que su ejercicio hace posible la creación de una opinión pública libre, actuando como presupuesto para la vigencia de otros derechos, entre ellos el derecho a la participación pública. En palabras del TEDH, la libertad de expresión encierra uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso (STEDH *Handyside v Reino Unido*, 7 diciembre 1976 y *Castells v España*, 23 abril 1992).

Se impone, en consecuencia, la desestimación de la querrela respecto de los delitos de calumnia e injuria.

3.- En el ya citado auto de fecha 13 de abril acordamos, con carácter previo a resolver sobre la admisión a trámite de la querrela y al amparo del art. 410 de la LOPJ, recabar los documentos indispensables para el examen de los hechos imputados a Dña. María Victoria Rosell Aguilar.

Analizados los documentos remitidos a esta Sala, los restantes hechos que se imputan exigen ser investigados con el fin de esclarecer su verdadero alcance. Y no es obstáculo para ello –como parece sugerirse en el informe del Fiscal- la decisión del órgano disciplinario de los Jueces, que acordó no incoar expediente disciplinario a la Sra. Rosell. En efecto, el análisis de la

documentación aportada por el Excmo. Sr. Promotor de la Acción Disciplinaria pone de manifiesto que el acuerdo recaído en las diligencias informativas núm. 51/2016, incoadas a raíz de la denuncia formalizada por la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Las Palmas contra la Sra. Rosell, supone una decisión administrativa de archivo que en modo alguno puede interferir el espacio jurisdiccional de esta Sala. Se opone a ello, no sólo la preferencia de la jurisdicción penal proclamada en el art. 415.2 de la LOPJ, sino el hecho de que con posterioridad a esa resolución de archivo han trascendido nuevos datos – relatados en el escrito de ampliación de la querrela- que no pudieron ser ponderados por el órgano disciplinario. El acuerdo de archivo carece de toda virtualidad de cierre. A su falta de firmeza, asociada a la decisión de la Sra. Rosell de recurrir esa resolución, se une la facultad que el art. 608 de la LOPJ reconoce a la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, que podrá “...ordenar al Promotor de la Acción Disciplinaria la iniciación o continuación de un expediente disciplinario”.

Será, pues, el Juez instructor designado por esta Sala quien deberá practicar las diligencias de investigación que estime pertinentes con el fin de concluir –o descartar- si la demora en la tramitación de las diligencias previas núm. 644/2014, seguidas ante el Juzgado de instrucción núm. 8 de Las Palmas de Gran Canaria, estuvo relacionada con el deseo de favorecer las relaciones comerciales entre D. Carlos Sosa –persona con la que la Sra. Rosell convive y mantiene una relación afectiva- y el imputado en aquellas diligencias, D. Miguel Ángel Ramírez (cfr. art. 449 CP).

4.- La fase de investigación que ahora se abre deberá también dilucidar si, más allá de su cobertura formal, incluso, de su aparente procedencia, las distintas resoluciones dictadas en las diligencias previas núm. 644/2014, no eran sino el vehículo para la consecución del objetivo de la Sra. Rosell que, según el querellante, buscaba enriquecer a su pareja. Se tratará, en fin, de afirmar –o excluir- si bajo la dilatada tramitación de ese proceso se escondía un

distanciamiento tal del principio de imparcialidad que las decisiones adoptadas no habrían sido sino una coartada llamada a camuflar el irreparable quebranto de los principios y deberes estatutarios que legitiman el ejercicio de la función jurisdiccional (cfr. art. 446.3 CP y STS 126/2012, 28 de febrero).

5.- Los testimonios remitidos por el Juzgado de instrucción núm. 8 de Las Palmas de Gran Canaria, referidos a la declaración del querellado D. Miguel Ángel Ramírez, en la que se aludió a la existencia de pagos continuados a D. Carlos Sosa, exigen del Magistrado-instructor investigar si tales hechos son –o no- subsumibles en el delito de cohecho previsto y penado en el art. 419 del CP, que en la redacción vigente en el momento de su comisión, castigaba a la autoridad que, por sí o por persona interpuesta, en provecho propio o de un tercero, *“...recibiere o solicitar e (...) dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar”*.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: a) declarar su propia competencia para la investigación de los hechos objeto de la querella; b) admitirla a trámite para la investigación de los delitos de retardo malicioso en la administración de justicia (art. 449 CP), prevaricación judicial (art. 446.3 CP) y cohecho (art. 419 CP); c) desestimar la querella en lo que afecta a las imputaciones de los delitos de calumnia e injuria.

Se designa instructor de la presente causa al Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

Así lo acordaron, mandaron y firmaron los Excmos. Sres y la Excma. Sra. que han formado Sala para ver y decidir la presente, de lo que como Letrada de la Administración de Justicia certifico.

D. Manuel Marchena Gómez D. Ramón Soriano Soriano D. José Manuel Maza Martín

D. Francisco Monverde Ferrer

Dña. Ana Ferrer García