

# TRIBUNAL SUPREMO

## Sala de lo Penal

### Auto núm. /

Fecha del auto: 11/11/2021

Tipo de procedimiento: CAUSA ESPECIAL

Número del procedimiento: 20693/2021

Fallo/Acuerdo: Auto Texto Libre

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Procedencia: Tribunal Supremo

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

Transcrito por: ARB

Nota:

Resumen

Causa especial.-

CAUSA ESPECIAL núm.: 20693/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

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. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D<sup>a</sup>. Susana Polo García

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 11 de noviembre de 2021.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La representación procesal de la Asociación de Abogados Cristianos presentó escrito de querrela en fecha 27/07/2021, contra el Excmo. Sr. D. Andres Ollero Tassara, Magistrado del Tribunal Constitucional, por un presunto delito de retardo malicioso previsto en el artículo 449 del Código Penal. Con posterioridad, la representación procesal de la Asociación HazteOir.Org, presentó escrito de querrela en fecha 13/09/2021, contra los Excmos. Sres. D. Pascual Sala Sánchez, D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, D. Juan José González Rivas y D. Andrés Olelro Tassara, los dos primeros como expresidentes del Tribunal Constitucional, el tercero como Presidente del mismo en la actualidad y el último como ponente del asunto, basándose sustancialmente en los mismos hechos.

**SEGUNDO.-** Por diligencia de ordenación de 7 de septiembre pasado se remitió dicho escrito al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y contenido de la querrela formulada.

**TERCERO.-** El Ministerio Fiscal, en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 30 de septiembre de 2021, en el que DICE:

*«1º) El presente procedimiento tiene por objeto conocer de las querellas presentadas por:*

*A) La representación procesal de la ASOCIACION HAZTEOIR, ORG. contra los Excmos. Sres. Magistrados del Tribunal Constitucional, D. ANDRES OLLERO TASSARA, D. PASCUAL SALA SÁNCHEZ, D. FRANCISCO PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL Y D. JUAN JOSE GONZALEZ RIVAS, a los que se les imputa un delito de retardo malicioso del art. 449 del CP.*

*B) La presentada por LA ASOCIACION DE ABOGADOS CRISTIANOS contra el Excmo. Sr Magistrados del Tribunal Constitucional D. ANDRES OLLERO TASSARA, al que se les imputa un delito de retardo malicioso del art. 449 del CP.*

*2º) Las querellas narran que los querrellados son autores de un delito de retardo malicioso previsto en el artículo 449 del CP. por no haber dictado resolución alguna en el recurso de inconstitucionalidad nº 4523 /2010 formulado por más de 50 Diputados del Grupo Popular, contra determinados artículos de la L.O. 2/2020 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo.*

*En definitiva, consideran que han incurrido en el mencionado delito D. ANDRES OLLERO TASSARA, ponente de este asunto y D. PASCUAL SALA SÁNCHEZ, D. FRANCISCO PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL Y D. JUAN JOSE GONZALEZ RIVAS,*

presidentes del Tribunal Constitucional durante la tramitación de la citada cuestión de inconstitucionalidad, por no haber sido resuelta la causa transcurridos 11 años desde su presentación.

*El delito de retardo malicioso que se imputa a los querellados previsto en el artículo 449 sanciona al juez o magistrado que, de forma maliciosa, provoque un retardo en la Administración de Justicia, entendiendo por tal aquel que persiga una finalidad ilegítima.*

*Este delito tiene lugar cuando se demora la obligada resolución judicial por una conducta, sea de forma meramente omisiva o consista en el cumplimiento de trámites inútiles o injustificados desde la perspectiva legal, de manera incompatible con el Estado de Derecho y la tutela judicial efectiva y, además, ello se haga de manera que se persiga una finalidad ilegítima.*

*Ninguno de tales elementos concurre en el presente caso.*

*Hemos de señalar que el delito del artículo 449 sanciona el retardo de las causas tramitadas por los órganos de la administración de justicia mencionados en el art 117 de la C.E. en los que no están incluidos los magistrados del Tribunal Constitucional.*

*Y, finalmente, recordar que conforme al artículo 4.2 de la LOTC no corresponde a esta Sala la revisión de las decisiones del Tribunal Constitucional.*

*En consecuencia, el Fiscal interesa que:*

*1º) Esta Excm. Sala asuma la competencia para el conocimiento y decisión de las presentes querellas, en aplicación del art. 57.1.2 de la Ley Orgánica de Poder Judicial y 26 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, corresponde a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocer de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra Magistrados del Tribunal Constitucional. Es notorio que dos de los Magistrados contra los que se dirige la querella han cesado en su condición de miembros del Tribunal Constitucional. Sin embargo, lo eran en el momento de la comisión de los hechos que se les imputan, cometidos, según los querellantes en el ejercicio de sus cargos. Y como señala el Auto de 5 de Diciembre de 2003, dictado en la causa especial 23/2003, con cita de otras resoluciones anteriores, y se recuerda en el Auto de 1 de Octubre de 2013, dictado en la causa especial 20329/2013, la competencia de la Sala se prolonga teniendo en cuenta, antes que el cese de la actividad profesional, la circunstancia de que los hechos se hayan realizado en el ejercicio del cargo, por la gran trascendencia social que puede tener una conducta como la imputada en el desempeño de funciones judiciales.*

*2º) Se proceda a la desestimación de la querella formulada contra los querellados, al no ser los hechos objeto de la misma constitutivos de delito alguno, decretándose el ARCHIVO de las actuaciones(sic)».*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Asociación de Abogados Cristianos presentó escrito de querrela contra el Excmo. Sr. D. Andres Ollero Tassara, Magistrado del Tribunal Constitucional, por un presunto delito de retardo malicioso previsto en el artículo 449 del Código Penal. Se señalaba en el referido escrito que el Tribunal Constitucional había admitido a trámite por providencia de 30 de junio de 2010 un recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra diversos artículos y disposiciones de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Que en fecha 14 de julio de 2010, el Tribunal Constitucional dictó auto nº 90/2010 denegando la suspensión solicitada, y en el que, además, se decía : *“Por último, atendiendo a lo interesado en la demanda y a lo alegado por el Abogado del Estado, este Tribunal Constitucional dará carácter prioritario a la tramitación y resolución del presente recurso”*. Que, desde entonces han transcurrido casi 11 años y el Tribunal Constitucional no ha dictado ninguna resolución al respecto. Que ni el querrellado, designado ponente del asunto, ni los diferentes presidentes del Tribunal hasta la fecha, han llevado el asunto al Pleno, de manera que no solo no se ha dictado una resolución sino que ni siquiera se ha discutido el asunto.

Consideran los querellantes que los hechos pueden ser constitutivos de un delito de retardo malicioso previsto en artículo 449 del Código Penal, pues se trata de una conducta dolosa incumpliendo el deber de dictar sentencia en plazo, omitiendo su obligación de resolver durante más de diez años. Y, además, concurriendo el elemento consistente en pretender una finalidad ilegítima, que identifican, de un lado, en que el retardo se ha producido sin razón alguna, y, de otro, en que mientras no se resuelva la ley se mantiene vigente.

Con posterioridad, la Asociación HazteOir.Org, presentó escrito de querrela contra los Excmos. Sres. D. Pascual Sala Sánchez, D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, D. Juan José González Rivas y D. Andrés Oleiro Tassara, los dos primeros como expresidentes del Tribunal Constitucional, el tercero como Presidente del mismo en la actualidad y el último como ponente del asunto, basándose sustancialmente en los mismos hechos. Añaden, entre otros aspectos fácticos que el 16 de diciembre de 2020, un total de 24 firmantes del recurso de inconstitucionalidad del grupo popular, presentaron un

escrito ante el Tribunal reclamando el dictado de una sentencia. Consideran que son responsables del retraso tanto el ponente como los sucesivos presidentes, al no haber requerido al primero para la presentación de un borrador.

El Ministerio Fiscal considera que esta Sala es competente aunque alguno de los querellados ya no ostentan el cargo de Magistrados del Tribunal Constitucional, y se opone a la admisión a trámite de las querellas al no ser los hechos constitutivos de delito.

**SEGUNDO.-** La competencia de esta Sala resulta de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 57 de la LOPJ, según el cual, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá:

«2.º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Fiscal Europeo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo, así como de las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía.

Por conexión, la competencia se extiende respecto de los querellados que en la actualidad no ostentan el cargo de Magistrados del Tribunal Constitucional.

**TERCERO.-** Como se ha dicho más arriba, los querellantes consideran que los hechos descritos en las respectivas querellas son constitutivos de un delito de retardo malicioso en la Administración de Justicia, previsto en el artículo 449 del Código Penal, o bien, de un delito de negativa a juzgar del artículo 448, según la segunda asociación querellante.

1. El artículo 448 del Código Penal sanciona al Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.

Y el artículo 449, al Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Añadiendo este precepto que se considerará malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima.

Hemos señalado en otras ocasiones que, partiendo de que el artículo 313 de la LECrim, ordena al Juez de instrucción rechazar la querrela cuando no sea competente o cuando los hechos no son constitutivos de delito, a los efectos de la admisión o rechazo de la misma, el carácter delictivo de los hechos imputados puede negarse liminarmente por dos razones, fundamentalmente. De un lado, porque los hechos contenidos en el relato fáctico de la querrela, tal y como éste viene redactado, no sean susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente (ATS de 26 de octubre de 2001). En estos casos carece de justificación alguna la apertura de un proceso penal para comprobar unos hechos que, de ser acreditados, no serían constitutivos de delito en ningún caso.

De otro lado, 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 verosimilitud, limitándose el querellante a afirmar su existencia sin ningún apoyo objetivo. En este segundo grupo de casos, aunque la ley no lo dispone de forma expresa, una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común, conduce a sostener que no se justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos que, ya desde el primer momento, no se presentan como verosímiles en tanto que carecen de cualquier apoyo probatorio, aportado u ofrecido en la querrela, que pueda ser considerado accesible y racional.

2. En la STS de 19 de octubre de 1995 se decía, en relación al Código Penal derogado, que “*El tipo penal del artículo 357 párrafo segundo del Código*

*Penal exige una específica maliciosidad en el retraso que debe ser imputado a una voluntaria y consciente 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 requiere la presencia de un propósito conocido y de una intención perversa que normalmente revela un interés personal y directo en apartar el asunto del trámite ordinario y general para ocultarlo y sustraerlo a toda posibilidad de control”.*

Y más adelante se precisaba que *“El simple retraso no revela, por sí mismo, un ánimo malicioso”.*

Ya se precisaba entonces que no era suficiente con constatar la existencia de un retraso en la resolución por un lapso temporal apreciable, ni siquiera afirmando su carácter doloso, sino que era necesario algo más, que se precisa en el Código Penal vigente como la persecución de una finalidad ilegítima. En este sentido se decía en la STS de 20 de enero de 2003 que *“Retardo malicioso”, describe la figura típica, si bien, y a diferencia del art. 357 del Código de 1.973, el vigente 449 nos ofrece una interpretación auténtica de lo que el legislador entiende por tal expresión, pues de seguido, el precepto define el “retardo malicioso” como el provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima”.*

En el mismo sentido se pronunciaba esta Sala en la STS nº 1243/2009, de 20 de octubre, en la que se decía que *“En el art. 449.1º CP se establece, acerca del componente subjetivo del delito, que el retardo sea malicioso, y de manera extremadamente auténtica, se interpreta que es malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima”.*

Así pues, el tipo exige la identificación de la finalidad perseguida con el retraso, y su calificación como ilegítima.

3. Es cierto que, aunque en ocasiones las circunstancias concurrentes, así como la complejidad de algunos asuntos, pueden explicar situaciones excepcionales, la celeridad en la resolución es un objetivo deseable, en el ámbito del funcionamiento de los Tribunales.

Pero, en el caso, de un lado, del relato de hechos contenido en las distintas querellas no se desprenden indicios de que los querellados se hayan negado definitivamente a resolver en la forma descrita en el precepto.

De otro lado, tal y como se ha expresado, el mero retraso no basta para acreditar que su objetivo sea obtener una finalidad ilegítima, por lo que, por sí mismo, no es suficiente para integrar la conducta típica.

Y, en el caso, nada indica que la actuación de los querellados en el asunto estuviera presidida, individual o colectivamente, por algún tipo de interés personal, o de cualquier otra clase, concretado en provocar un retraso en la resolución con el objetivo de alcanzar una finalidad a la que pudiera aplicarse aquel calificativo.

Así pues, al no apreciar indicios de delito, procede la inadmisión a trámite de ambas querellas.

## **PARTE DISPOSITIVA**

### **LA SALA ACUERDA:**

1. Declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento de los hechos.

2. Inadmitir a trámite las querellas formuladas, por no ser los hechos constitutivos de ilícito penal alguno y el consiguiente archivo de las actuaciones.

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



Manuel Marchena Gómez Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Susana Polo García Carmen Lamela Díaz