

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CIVIL Y PENAL

MADRID

N/REF: Procedimiento Abreviado 1/ 2.012.

Querellante: **Ministerio Fiscal.**

Acusación particular: **D. Fernando Robes Ibarra.**

Procuradora: **D^a Ana Belén Gómez Murillo.**

Acusación particular: **Moma 56 S.L.**

Querellada: **Ilma. Sra. D^a María del Coro Cillán García de Iturrospe.**
Magistrada-Juez del Juzgado de Instrucción N^o 43 de Madrid.

SENTENCIA N^o 15/2013

EXCMO. SR. PRESIDENTE

D. FRANCISCO JAVIER VIERA MORANTE

ILMOS. SRES. MAGISTRADO/AS:

D. JESÚS GAVILÁN LÓPEZ

D^a SUSANA POLO GARCÍA.

En la Villa de Madrid 11 de Octubre de 2.013, habiendo visto esta Sala Civil y Penal los autos referenciados al margen, con los siguientes,

I.-ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Fiscalía de La Comunidad de Madrid, al amparo de los artículos 270 y ss. de la LECr., mediante escrito de 26 de Abril del 2.012, presento ante esta Sala querrela por delito de prevaricación, contra la Magistrada antes reseñada. Tiene su origen en las Diligencias Investigación n^o 68/11, tramitadas de oficio en la Fiscalía, incoadas con fecha 2 de Noviembre de 2.011, e incorporadas como documentación aportada a la querrela presentada.

SEGUNDO.- Por Diligencia de Ordenación de 8 de Mayo de 2.012 se acordó el nombramiento de Ponente y fecha de deliberación para el día 16 de Mayo del mismo año.

TERCERO.- Con fecha 25 de Mayo siguiente se admitió a trámite la querrela interpuesta, designándose Instructor, quien por Auto de fecha 30 de Mayo siguiente, acordó la apertura de Diligencias Previas incoadas con el número 1/2.012, así como la práctica de diligencias, incluida la toma de declaración de la querrelada, siendo notificada y citada en legal forma al efecto. Consta la



personación en concepto de acusación particular de D. Fernando Robes Ibarra y de la entidad Moma 56 S.L.

CUARTO.- Mediante Auto de fecha 15 de Octubre de 2.012, por el Instructor de la causa, se acordó la imputación formal a la querellada de un delito continuado de prevaricación, dando traslado al Ministerio Fiscal y acusaciones a los efectos de la preparación del Juicio Oral, al amparo del artículo 780 de la LECr., fijando como fianza para cubrir la responsabilidad civil que pudiera derivarse, la suma de 17.000 euros.

QUINTO.- Por la representación procesal y defensa de la querellada se interpuso recurso de apelación frente al anterior Auto, con fecha 29 de Octubre de 2.012, dándose traslado al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, impugnando el primero el recurso.

SEXTO.- Por Auto de esta Sala de 29 de Enero de 2.013, se estimó parcialmente el recurso, dejando sin efecto la fianza establecida, en concepto de responsabilidad civil, confirmando los restantes pronunciamientos.

SÉPTIMO.- El Ministerio Fiscal en su escrito de acusación considera que los hechos narrados constituyen un delito continuado de prevaricación del artículo 446 n° 3 en relación con el 74 1° ambos del Código Penal, siendo responsable en concepto de autor la acusada, conforme al artículo 28 del Código Penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; solicita la pena de multa de 24 meses con cuota diaria de 15 euros, así como la inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de veinte años e imposición de costas.

OCTAVO.- Por la acusación particular Moma 56 S.L. se presentó escrito de acusación adhiriéndose al relato fáctico del Ministerio Fiscal, con determinadas matizaciones, considerando los hechos constitutivos de un delito de prevaricación previsto y penado en el artículo 446.3° del Código Penal, siendo responsable en concepto de autor la acusada, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, e interesando la pena de dieciocho meses de multa, a razón de 10 euros diarios, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez años.

NOVENO.- Mediante Auto del Instructor de fecha 19 de Marzo de 2.013, se acordó la apertura de juicio oral y elevaron las actuaciones a esta Sala, dictándose Auto con fecha 27 de Junio de 2.013, por el que se resolvía sobre la pertinencia de las pruebas propuestas, acordando el señalamiento del juicio para los días 16, 17, 18, 19 y 20 de Septiembre del presente año.

DECIMO.- En el acto del juicio, y una vez producida la lectura del escrito de acusación del Ministerio Fiscal, por la representación de D. Fernando Robes Ibarra, se procedió a retirar la acusación particular, abandonando los estrados; se dio lectura igualmente al escrito de acusación de Moma 56 S.L., así como al formulado por la defensa de la acusada.

DECIMOPRIMERO.- Por el Ministerio Fiscal, y como cuestión previa, se interesó que por el Tribunal fuese retirada y dejada sin efecto a Moma 56



S.L. en su condición de acusación particular, al considerar que había actuado dilatando la instrucción del procedimiento, y aunque en el escrito de acusación se adhería a los hechos del Ministerio Fiscal, negaba la premisa mayor de los hechos en los que se fundaba, haciendo por tanto un uso torticero del proceso; en su defecto, si se desestimaba la petición, que por el Letrado de la sociedad, se concretasen los actos prevaricadores imputados; se opuso Moma 56 S.L., invocando el artículo 24 de la CE, y concretando los hechos prevaricadores en el nombramiento de los administradores. La defensa se opuso igualmente a la petición del Ministerio Fiscal, planteando igualmente como cuestión previa la necesidad de incorporar a la causa determinados testimonios y correos electrónicos.

DECIMOSEGUNDO.- Por el Presidente de la Sala, se informó a la defensa sobre la constancia en autos de los testimonios y correos interesados, y respecto a la petición del Ministerio Fiscal se desestimó la misma, manteniendo la personación d Moma 56 S.L. como acusación particular, formulando protesta el Ministerio Público.

DECIMOTERCERO.- Celebrado el juicio y practicadas las pruebas propuestas en su momento, por el Ministerio Fiscal se elevaron a definitivas las conclusiones de condena de la acusada; por la acusación particular de Moma 56 S.L., se modificaron, interesando la absolución de la acusada, al considerar que los hechos no eran constitutivos de prevaricación, con la consiguiente inexistencia de autoría de la acusada, improcedencia de imposición de pena, con renuncia expresa a la responsabilidad civil; por la defensa se interesó su absolución, siendo definitivamente declarados conclusos para sentencia, una vez concedida la palabra a la acusada.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús Gavilán López, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

HECHOS PROBADOS.-

Del examen de la prueba practicada en el acto del juicio oral celebrado, que incluye la declaración de la querellada, testimoniales y periciales practicadas, así como la documental incorporada a las actuaciones, dada por reproducida por las partes, se consideran acreditados los siguientes:

1º) La Magistrada Doña Coro Cillán García de Iturrospe, mayor de edad y sin antecedentes penales, titular del Juzgado de Instrucción nº 43 de Madrid, el día 21 de Septiembre de 2.011 se encontraba desempeñando sus funciones en el Juzgado de Guardia de Diligencias de Madrid, siendo presentada denuncia por D. Alberto Vos García, contra D. Fernando Robes Ibarra, ambos socios de la entidad mercantil Moma 56 S.L.

2º) En la denuncia se imputaban actuaciones calificadas como delictivas al denunciado, en su condición de administrador de hecho de la referida sociedad, que ejercía desde el mes de junio anterior, a causa de un contrato privado de compraventa de participaciones suscrito entre los socios, habiendo surgido discrepancias entre los mismos; la actividad de la sociedad



estaba centrada en la explotación del negocio de Sala de fiestas, bar y restaurante, en el local sito en la calle José Abascal nº 56 de Madrid.

3º) En la denuncia se interesaba, previa comprobación de los hechos en los que se fundaba, la adopción de medidas cautelares y urgentes, a fin de evitar la manipulación y destrucción de documentación, así como el alejamiento del socio denunciado, impidiendo que el denunciado se acercase al denunciante, o acudiere al local objeto de la denuncia o sus alrededores; esta solicitud formulada en la inicial denuncia, fue ampliada en el propio Juzgado de Guardia por el denunciante, interesando que, además, se procediese al precinto del local reseñado, basada en las sospechas fundadas de la destrucción de la contabilidad y asientos contables por personas ajenas a la sociedad. Fueron incoadas como Diligencias Previas 5659/11.

4º) La Magistrada acusada desde que el Letrado denunciante se personó en el Juzgado y tuvo conocimiento de la denuncia, se posicionó a favor de la misma, y así, se dirigió a la Fiscal de Guardia tratando de convencerle insistentemente de la necesidad y procedencia de llevar a cabo las pretensiones de la parte denunciante. La Fiscal se opuso finalmente a dichas medidas urgentes y cautelares interesadas, al considerar que “estamos ante una denuncia que pide medidas cautelares previa comprobación de los hechos denunciados y esa comprobación no se ha efectuado, máxime cuando está interviniendo Policía Nacional y parece hay otra denuncia por los mismos hechos que debe conocer otro Juzgado”, informe que incluía subrayada esa previa comprobación de hechos, no realizada por el Juzgado en momento alguno.

5º) Entre la documentación aportada con la denuncia, figuraba el Auto de 13 de Julio de ese año, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 38 de los de Madrid, como consecuencia de la denuncia anterior presentada entre las mismas personas, y básicamente por los mismos hechos, en la que se solicitaba como medida cautelar el desalojo del local por quien lo ocupaba, esto es, el mismo socio denunciado en la denuncia a que se contraen las presentes actuaciones, acordando el Juzgado el sobreseimiento provisional y archivo de las mismas, por falta de relevancia penal de los hechos denunciados, dada la existencia de un contrato privado de compraventa de participaciones entre las partes, que no llegó a escriturarse por diferencias económicas entre ellos, constando la entrega de la posesión del local y negocio explotado por el denunciante, a favor del denunciado, estando por tanto justificada la administración por el mismo, y la remisión de las partes a la jurisdicción civil, para la resolución del conflicto.

6º) La Magistrada, no obstante, sin haber dado trámite de audiencia al denunciado, ni realizada diligencia de comprobación alguna, dictó sin solución de continuidad, a partir de ese momento, una serie de resoluciones en beneficio de los denunciante, siendo la primera de ellas el Auto de fecha de 21 de Septiembre de 2.011, acordando el precinto del local, sin fundamentación específica alguna, respecto de la necesidad de dicha medida, pues el único fundamento de derecho, contenía exclusivamente la mención genérica de jurisprudencia constitucional atinente a la adopción de medidas cautelares, en tanto que, en el Antecedente de Hecho Primero,



refería que “por el denunciante se pone de manifiesto y justifica documental la necesidad de tutela judicial inmediata que proteja los bienes de la sociedad denunciante, y evite la impasibilidad de los poderes públicos ante situaciones que hacen presumir la existencia de un flagrante delito societario”; y en el segundo, que las medidas eran solicitadas por el administrador legal de la sociedad, y que iban encaminadas a la mejor protección de la sociedad y los derechos de los socios, entre los que se encontraba la persona que estaba efectuando la gestión del negocio. Dictado el Auto, se libró el oportuno mandamiento al efecto a la Comisaría de Distrito, cursado vía Fax.

7º) Ante el Juzgado de Guardia de Diligencias, esa tarde compareció el Letrado del denunciado, D. Henry Josep Felstein Arechabal, al objeto de que fuera informado sobre el precinto del local realizado, interesando la entrega de la resolución dictada, y la denuncia formulada; por el mismo se aportó documentación relativa a la denuncia presentada el día anterior ante la Policía que había provocado su intervención, contra los aquí denunciados, así como el Auto dictado por el Juzgado nº 38 de Madrid, y el Juzgado Mercantil nº6, relativo al conflicto civil existente entre las partes, solicitando expresamente su levantamiento y mostrando abiertamente su disconformidad con la medida cautelar adoptada, por la lesividad y perjuicios que ocasionaba.

8º) Una vez finalizada la Guardia de Diligencias, las instruidas fueron remitidas al Decanato, dentro del trámite ordinario, de acuerdo con las Normas de Reparto, donde se establece que la intervención del Juez Instructor, respecto a la adopción de medidas cautelares penales solicitadas, se limita exclusivamente a decretar su adopción; sin embargo, por la Magistrada se dio orden al agente judicial de que las mismas fueran rescatadas y reintegradas al Juzgado, para ser incorporadas y continuar su tramitación.

9º) Al día siguiente, esto es el día 22 de Septiembre de 2.011, y previa comparecencia del denunciante y denunciado ante el Juzgado, por la Magistrada se dictó Auto, a instancia del denunciante, en el que se acordaba el nombramiento de administrador judicial de D. Pedro Rodríguez Fernández, y levantar el precinto del local, una vez que tomara posesión de su cargo, sin motivación alguna que no fuera la comparecencia de los anteriores, y justificando que el anterior precinto del local había sido adoptado en consideración a los derechos de los 15/20 trabajadores de la entidad. De esta comparecencia no se informó ni dio audiencia al Ministerio Fiscal, ni se puso en conocimiento de la Secretaria Judicial.

10º) Mediante Providencia de 28 de Septiembre de 2.011, y a solicitud del administrador nombrado, se fijaron unos honorarios profesionales de 18.000 euros, con cargo a la sociedad, sin motivación al menos sucinta; por Providencia de 30 de Septiembre de 2.011, y no constando solicitud al respecto, por la Magistrada acusada se nombraron administradores mancomunados, junto con el anterior, a D. Juan Antonio Flores Domínguez y a D. Francisco Javier Caballero Dotres, quien mantenía con la acusada una relación de amistad íntima.



11º) Mediante Auto de 20 de Octubre de de 2.011, por la Magistrada se nombra administrador único a D. Francisco Javier Caballero Dotres, por la renuncia de los dos anteriores, a quien se fija por dicha Magistrada y mediante Providencia de 2 de Noviembre del mismo año, una retribución mensual de 2.500 euros, con cargo a la sociedad.

12º) Con fecha 18 de Octubre de 2.011, se ordenó por la acusada la apertura de una cuenta corriente en la sucursal de Banesto, de la calle Capitán Haya nº 43, nº 0030-1845-19-0001858271, en la que figuraba como titular la entidad Moma 56 S.L., y como apoderado D. Francisco Javier Caballero Dotres, que no consta en el expediente judicial de Diligencias Previas a que se contraen las actuaciones, y sin el conocimiento ni conformidad de las Secretarías Judiciales que prestaban en esos momentos sus servicios en el Juzgado.

13º) Una vez que la Fiscalía de Madrid incoa Diligencias de Investigación para el esclarecimiento de los hechos, y requerida la remisión de testimonio de las actuaciones con fecha 4 de Noviembre del mismo año, ese mismo día por la acusada se dicta Providencia remitiendo las Diligencias Previas instruidas hasta al momento a Decanato, en "cumplimiento a las normas de reparto", según se hace constar, que son rechazadas y devueltas a Decanato por el Juzgado de Instrucción nº 54, al ya haberse desarrollado actividad instructora por el Juzgado remitente, esto es el nº 43, confirmando el Decanato el criterio seguido por el Juzgado nº 54, mediante Decreto de 27 de Noviembre de 2.011, y remitiéndolas definitivamente al Juzgado de origen.

14º) Por Auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid, y estimando el recurso de apelación interpuesto frente al Auto de 22 de Septiembre de 2.011, por el que se nombraba al primer administrador judicial, dictó Auto con fecha 2 de Enero de 2.012, por el decretaba la nulidad de pleno derecho del anterior, declarando con extensa motivación la carencia de fundamento, tanto del acuerdo adoptado respecto al precinto, como de la administración judicial del local y negocio, con expresa mención de la vulneración de las normas de reparto, y la procedencia de la inhabilitación a favor del Juzgado de Instrucción nº 38.

A los anteriores hechos probados, le son de aplicación los siguientes,

II.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cuestión previa del Ministerio Fiscal: Sobre la exclusión en el acto del juicio de la acusación particular Moma 56 S.L.

Anunciada su desestimación oralmente por el Presidente de esta Sala en el acto del juicio, su ratificación en sentencia viene determinada, en primer lugar, por la estricta aplicación del artículo 786.2 de la LECr., donde se prevé expresamente la extensión y contenido de las cuestiones que pueden plantearse por las partes una vez comenzado el juicio oral, esto es, la

competencia del tribunal, la vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causa de suspensión del juicio oral, nulidad de actuaciones, así como la finalidad de las pruebas propuestas o las que se propongan en ese acto; en consecuencia, la exclusión en ese momento era materialmente extemporánea y sólo podía reconducirse al ámbito de los artículos de previo pronunciamiento, entre cuyos supuestos, cuestiones o excepciones, no figura la exclusión de parte determinada del proceso, al amparo del artículo 666 de la ley riuaria. Tampoco se solicitó la suspensión del juicio, a tal efecto, a tenor del artículo 746.1º, por razón del carácter incidental de la cuestión planteada, y la necesidad consecuente de que la parte cuya exclusión se pretendía, hubiera podido articular prueba al respecto, defendiéndose debidamente.

En segundo término, porque, efectivamente, el cauce procesal lógico y adecuado hubiera sido durante la instrucción de la causa, bien atendiendo al momento de la aceptación como parte acusadora por el Instructor, recurriendo la resolución al respecto, al corresponderse la representación de la sociedad con aquella parte denunciante, dentro del conflicto existente entre los socios, y a la que indiciariamente el Ministerio Fiscal atribuyó ya el trato de favor de la Magistrada acusada, y por ende ausencia de perjuicio alguno, pues revocó la administración que ejercía el denunciado, o caso de considerarse que dicha falta de legitimación y actuación torticera había quedado puesta de manifiesto en el transcurso de la instrucción, por circunstancias sobrevenidas, haber planteado dicha cuestión incidental, determinando la cualidad y procedencia de continuar ostentando esa condición de acusación particular, en fraude ley, como ahora se viene a invocar, pero no una vez iniciado el juicio oral, cuando durante toda la instrucción fue consentida; tampoco cabe constituir en causa de exclusión el hecho de no haberse concretado en su escrito de acusación los hechos que sustentaban esa condición de parte, pues la apertura del juicio oral estaba fundamentada, de acuerdo con el principio acusatorio que informa el proceso penal, en el escrito presentado al efecto por el Ministerio Fiscal, sin que pueda por tanto establecerse una relación directa entre el contenido del escrito de dicha parte acusadora, y los efectos que se pretenden, excluyéndole por ello del procedimiento en el acto del juicio oral, al estar informada su actuación por el interés de parte, distinto de la acusación popular, que sí precisaría del mantenimiento de una actuación procesal coherente con la defensa del interés general.

En consecuencia su estimación habría supuesto una quiebra objetiva del acceso a la jurisdicción, proscrita por nuestro ordenamiento, pues como ha proclamado en numerosas ocasiones la jurisprudencia constitucional, STC 251/2007, 17 de diciembre, con cita de la STC 311/2000, de 18 de diciembre, "el primer contenido, en un orden lógico y cronológico, del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales que reconoce el art. 24.1 CE es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (SSTC 220/1993, de 30 de junio, FJ 3)".

Por todo ello, se desestima la cuestión previa planteada.



SEGUNDO.- Cuestión planteada por la defensa de la acusada, sobre la inicial investigación del Ministerio Fiscal.-

Por la defensa de la acusada, y una vez practicadas las pruebas del juicio oral, se puso de manifiesto, en el trámite de informe sobre conclusiones, el exceso que consideraba producido por el Ministerio Fiscal en aplicación del artículo 5 del Estatuto que regula sus funciones, ante la inexistencia de contradicción, desproporcionalidad y por haber afectado a su defensa, invocando igualmente el artículo 410 de la LOPJ, la duración excesiva de dicha investigación preliminar por el efecto colateral que produce, al considerar que debió efectuarse por el Instructor de la Sala.

Sin embargo, no pueden aceptarse las alegaciones al respecto; en primer lugar, porque esta cuestión para que surtiera efecto, declarando este Tribunal la indefensión producida, y por ende la anulación del proceso, tendría que haberse planteado en estos términos, no como mero reproche o exceso en las facultades ejercitadas por el Ministerio Público, que fue el tenor de la invocación referida. Además, según se ha puesto de manifiesto en el anterior fundamento, debió plantearse en el inicio del juicio, de acuerdo con las previsiones del artículo 786.2 de la LECr., por afectar a la vulneración de ese derecho fundamental de defensa, permitiendo su contradicción por las restantes partes, especialmente por el Ministerio Fiscal, como acusación pública, en defensa del principio de legalidad, a quien se imputa esa conducta enervante de la garantía procesal aludida.

En segundo término, porque las diligencias de investigación realizadas encuentran soporte legal bastante en el artículo 5º, apartado 2, redactado por el número cuatro del artículo único de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal («B.O.E.» 10 octubre), vigente desde el 11 octubre 2007. Estas diligencias preliminares de investigación y comprobación de los hechos, con carácter previo a la interposición de la correspondiente denuncia o querrela, o judicialización del asunto, como establece el precepto, no han supuesto para la acusada la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos, con observancia de los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa, que inspiran la práctica de esas diligencias, incluyendo el recibimiento de declaración a la ahora acusada, en su condición de sospechosa, como así se hizo constar en su día por la Fiscalía, a tenor del referido artículo, habiendo estado asistida de Letrado, con expreso ofrecimiento de tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas, y sin que éstas excedieran temporalmente de una duración superior a seis meses, al incoarse el 2 de Noviembre de 2.011 y concluirse el 26 de Abril de 2.012; para finalizar, fueron proporcionadas a la naturaleza del delito investigado, partiendo del testimonio de actuaciones, orden de practicar diligencias de investigación a la Policía Judicial, dependiente igualmente del Ministerio Público, declaraciones testificales de las personas que intervinieron directamente en los hechos, y la propia declaración de la Magistrada, quien legítimamente declinó realizarla, amparada en su derecho constitucional.



Para concluir, a juicio de esta Sala, estas diligencias de investigación de carácter preliminar, en nada obstan su compatibilidad con el régimen de aforamiento de Jueces, Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal, del artículo 73.3 b) de la LOPJ, por razón de su especialidad expresamente regulada en el Estatuto Orgánico del Ministerio Público, y finalidad antes apuntada, y porque en nada afectan al desarrollo posterior y a las competencias propias de la instrucción formal de la causa, atribuida a esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, como así se ha llevado a cabo, con plenitud de garantías para la acusada y partes intervinientes, si bien es cierto que esa modificación normativa aludida al no estar desarrollada, respecto a supuestos en los que se encuentran encartadas personas aforadas, debe aplicarse de forma ponderada a las circunstancias concurrentes, por los mismos motivos que se justifica el aforamiento, y, desde luego con las garantías descritas, a las que se han sumado razonablemente en el presente caso, el haberse llevado a cabo en el ámbito de la Fiscalía adscrita a este Tribunal Superior de Justicia, competente para la instrucción y enjuiciamiento de tales hechos, desestimando por ello la cuestión planteada.

TERCERO.- Calificación jurídica de los hechos, autoría y motivación.-

Los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito continuado de prevaricación judicial dolosa, previstos y penados en el artículo 446 n° 3 en relación con el artículo 74.1°, ambos del Código Penal, del que debe responder la acusada en concepto de autora, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ni responsabilidad civil, al haber renunciado las acusaciones particulares a la acción ejercitada.

El artículo 446 del Código Penal dispone: *"El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado: 3º. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictare cualquier otra sentencia o resolución injustas"*.

1.- Doctrina y jurisprudencia sobre el delito de prevaricación.-

Dice la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo, Sala 2ª, Sección 1ª, de 29 de Junio de 2.011, Recurso 2171/2011, que *<<...La exigencia de la resolución injusta es un requisito de la tipicidad del delito de prevaricación doloso e imprudente y se integra como elemento nuclear de la tipicidad de la prevaricación. La diferenciación en orden a la calificación de la resolución es que, en el delito doloso, la resolución ha de ser injusta, en tanto que en la modalidad imprudente, la resolución ha de ser manifiestamente injusta. La diferencia entre una y otra implica una valoración de mayor gravedad sobre el contenido de la injusticia de la resolución.*

Nuestra jurisprudencia en orden a la conceptualización de lo que debe entenderse por resolución injusta, ha abandonado posiciones subjetivas, que hacían depender de la subjetividad del juez lo justo de lo injusto, y construye su contenido en el quebrantamiento del derecho objetivo, que se produce cuando



la aplicación realizada del derecho no resulta objetivamente sostenible, según los métodos generalmente admitidas en la interpretación del derecho. Se exige, por lo tanto, una indudable infracción del derecho, y, además, una arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción.

Lo injusto y lo justo no depende, por lo tanto, de la voluntad del juez, sino de la misma aplicación de la norma y realizada ésta es justa cuando el juez la aplica acudiendo a fuentes de interpretación validas y admisibles. Entre ellas, claro está, la que resulta de órganos de la jurisdicción superiores en el orden al que se actúa...

En nuestra reciente jurisprudencia se ha compendiado la doctrina sobre la prevaricación (STS 101/2012, de 27 de febrero) en los siguientes términos: "En la interpretación de la injusticia de la resolución esta Sala ha acudido a una formulación objetiva de manera que, como dijimos en la STS 755/2007, de 25 de septiembre , puede decirse que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero)". Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que el sujeto activo del delito no aplica la norma dirigida a la resolución del conflicto, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Son muchas las Sentencias de esta Sala que reproducen estos criterios, basta con citar la 627/2006, de 8 de junio, 102/2009, de 3 de febrero, y las importantes 2/99, de 15 de octubre, 2338/2001, de 27 de noviembre y 359/2002, de 26 de febrero. En todas ellas destacamos la particularidad de la prevaricación judicial: de una parte, la mayor gravedad de este delito frente a la prevaricación administrativa; y, de otra, que la prevaricación judicial es un delito de técnicos del Derecho, de ahí que no deban trasladarse "sic et simpliciter" los calificativos que tradicionalmente ha utilizado la jurisprudencia para definir el acto injusto, como "esperpéntica", "apreciable por cualquiera", etc., pues éstos han sido forjados para funcionarios no técnicos en Derecho.

Dijimos en la Sentencia 101/2012, de 27 de febrero y reproducimos que: "La falta de acierto en la legalidad y la injusticia no son lo mismo, pues la legalidad la marca la ley y la interpretación que de la misma realice el órgano dispuesto en la organización de tribunales como superior en el orden jurisdiccional de que se trate, en tanto que la injusticia supone un plus, una acción a sabiendas de la arbitrariedad de la decisión judicial adoptada".

Por último, la resolución será injusta tanto cuando se refiere a la aplicación arbitraria de una norma sustantiva al hecho sujeto a decisión, como cuando la actuación judicial se realiza, de forma arbitraria, fuera de competencia o sin observar las normas del proceso debido...>>.



2.- Aplicación al presente caso.- De acuerdo con los hechos declarados probados, a partir de aquellos que fueron puestos de manifiesto por las acusaciones, en este caso el Ministerio Fiscal, al haberse retirado finalmente la ejercitada por la representación procesal de Moma 56 S.L., durante el proceso, interesando la absolución de la acusada, se llega por la Sala a la aplicación de esos preceptos, por las siguientes consideraciones:

1ª) La acusada, efectivamente, desde el inicio de la denuncia presentada, se posicionó a favor de la misma y en contra del socio denunciado; así, se confirma durante toda la instrucción de la causa y especialmente en el acto del juicio oral, por la Fiscal de Guardia de Diligencias, D^a Soledad García Serrano, quien en sus declaraciones dice de forma clara y concluyente que la Magistrada, en unión del Letrado que la había presentado, se dirigen a ella, tratan de convencerle y le insistieron sobre la denuncia, durando por lo menos una hora la conversación; que vio bastante interesada a la Magistrada, sin llegarse a sentir coaccionada, pero sí presionada, y cansada por haber estado hablándole del tema durante todo el día; el dirigirse la titular del Juzgado de Guardia al Fiscal en unión de un Letrado denunciante para convencerle de la procedencia de determinadas medidas solicitadas, sumado al contenido y extensión de la conversación, y la perseverancia a los largo de la guardia, no sólo es inverosímil en la función jurisdiccional ordinaria sino que objetivamente, constata sobradamente la conclusión apuntada. Tanto a la Fiscal referida, como a la Secretaria Judicial en funciones de Guardia, D^a Celia García Moreno, en su propia declaración en el juicio oral, les sorprende la relación entre la acusada y el Letrado denunciante, y sobre todo el hecho de encontrarse a los dos en una mesa próxima del restaurante donde fueron a cenar ambas, en unión de una tercera persona, aquella misma noche. El punto de conexión de la acusada con ese Letrado denunciante viene determinado por la relación de ambos en la Universidad, con el Catedrático Sr. García de Pablos; la Magistrada anuncia a la Fiscal de Guardia que el anterior le llamaría por teléfono, pues quería hablar con ella, lo que así ocurrió, y posteriormente, una vez que obra la denuncia en el Juzgado, la acusada le presenta al Letrado como amigo del citado señor, produciéndose la conversación referida, según la declaración de la Fiscal, en el acto del juicio.

2ª) No se discute la existencia del referido informe de la Fiscal, contrario a la adopción de dichas medidas cautelares interesadas: se subrayaba especialmente, incluso gráfica y materialmente en el informe, que el propio denunciante las había planteado y solicitaba su adopción, previa comprobación de los hechos denunciados, y sin embargo, aunque la acusada menciona en su declaración que "llamó a la Policía científica para saber sobre el tema" es lo cierto, que no existe constancia alguna de esa llamada, ni menos aún del destinatario concreto y contenido de la misma, contradicha precisamente por el propio informe citado, que afirma taxativamente, que esa comprobación no se ha efectuado, sin constancia de ninguna otra diligencia al respecto; además, como también se reseñaba, y así figura acreditado en las actuaciones, estaba interviniendo ya la Policía Nacional, por la constancia de denuncias en los días inmediatamente anteriores al de guardia, incluso, la Fiscal refiere en el acto del juicio, que le había dicho a la acusada que todo aquello debía resolverlo el Comisario; a mayor



abundamiento, figuraba en la denuncia la intervención del Juzgado de Instrucción n° 38, fundada básicamente en los mismos hechos, aportándose incluso el Auto dictado por su titular, con fecha 13 de Julio de ese año, que la acusada reconoce en el acto del juicio, haberlo leído cuando se presentó la denuncia.

3ª) No obstante por la Magistrada, sin haber dado tampoco trámite de audiencia al denunciado, dicta el Auto reseñado de fecha 21 de Diciembre de 2.011, acogiendo la solicitud de precinto del local; invoca como antecedentes de hecho, y así consta en el auto, *“la justificación documental de la necesidad de tutela judicial efectiva que protegiera los bienes de la sociedad denunciante, y evitara la impasibilidad de los poderes públicos ante actuaciones que hacen presumir la existencia de un flagrante delito societario”*, cuando era notorio que no se estaba denunciando delito alguno que se estuviera perpetrando en ese momento, y que por su carácter de flagrante, precisara de la intervención del Juzgado de Guardia de Diligencias, no sólo por la presencia e intervención ya de la Policía en el referido local, sino porque, como figuraba en la denuncia, se interesaba *“la adopción de medidas cautelares y urgentes a fin de evitar la manipulación y destrucción de documentación, así como el alejamiento del socio denunciado, impidiendo que el denunciado se acercase al denunciante, o acudiere al local objeto de la denuncia o sus alrededores”*, solicitud inicial que fue ampliada en el propio Juzgado de Guardia por el denunciante, interesando que, además, se procediese al *“precinto del local reseñado, basada en las sospechas fundadas de la destrucción de la contabilidad y asientos contables por personas ajenas a la sociedad”*; es decir, se invocaba expresamente en la denuncia, no la concreta comisión de hechos delictivos, sino presumir la existencia de delitos societarios, que se relacionaban con supuesta manipulación y destrucción de documentación, sin atisbo alguno de carácter indiciario, siquiera invocado, sino meras presunciones y sospechas, que le alejan de delitos flagrantes, por definición, lo que un Juez sabe perfectamente.

Como puede apreciarse en la denuncia presentada, en su apartado 5º, se refieren como actividades delictivas, determinados cobros a clientes, dar altas y bajas a trabajadores, o el inicio de determinadas obras en el local, aunque se cuestionen por falta de autorización de quien manifiestan ser el administrador, lo que notoriamente estaba cuestionado y se corresponde con la controversia civil existente, nunca con ilícitos penales, como, efectivamente vendría a confirmar tanto el Juzgado n° 38, como posteriormente la Audiencia Provincial en el Auto referido de 2 de Enero de 2.012, por estos hechos que eran continuación de los inicialmente denunciados.

En el segundo antecedente de hecho, se refería que *la medida era solicitada por el administrador legal de la sociedad, y que iban encaminadas a la mejor protección de la sociedad y los derechos de los socios, entre los que se encontraba la persona que estaba efectuando la gestión del negocio, y como único fundamento de derecho, la mención genérica de jurisprudencia constitucional atinente a la adopción de medidas cautelares, que desde luego nada tiene que ver con el proceso penal, como luego se verá. Pues bien, sólo*



de la mención de estos extremos, se colige, en definitiva, que la cuestión subyacente era la posesión del local y negocio objeto de controversia por parte del socio comprador de las participaciones societarias, quien a través del denunciado, y con base al contrato privado suscrito entre las partes, lo estaba gestionando y explotando legítimamente, pretendiendo el denunciante vendedor su remoción, por el hecho de no haberse elevado a público el contrato suscrito, lo que así había sido expresamente declarado por el Juzgado de instrucción nº 38 como consecuencia de la denuncia anterior presentada entre las mismas personas, y refiriendo en lo sustancial los mismos hechos, en la que se solicitaba como medida cautelar el desalojo del local por quien lo ocupaba, acordando el Juzgado el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones, por falta de relevancia penal de los hechos denunciados, *dada la existencia de un contrato privado de compraventa de participaciones entre las partes, que no llegó a escriturarse por diferencias económicas entre ellos, constando la entrega de la posesión del local y negocio explotado por el denunciante, a favor del denunciado, estando por tanto justificada la administración por el mismo, y la remisión de las partes a la jurisdicción civil*, para la resolución del conflicto.

No afectan a esta valoración probatoria y conclusiones obtenidas, el hecho de que se invocase la condición de administrador legal del denunciante, pues, como se ha dicho, ese era precisamente la fuente del conflicto existente, y del que debía conocer la jurisdicción civil, como ya había declarado anteriormente el Juzgado de Instrucción nº 38.

A modo de resumen de lo analizado hasta el momento, coincide por tanto, la toma de posicionamiento favorable de la acusada con el denunciante, acreditada por su intervención con la Fiscal y en la relación de previo conocimiento existente entre ella y la parte denunciante, quien presenta la denuncia cuando la misma se encontraba de guardia de diligencias, constando la previa de denuncia por los mismos hechos básicos, en los que se pretendía el desalojo del local de quien lo ocupaba en virtud precisamente del contrato suscrito entre los socios, acordando el citado Juzgado de Instrucción nº 38, como se ha dicho, el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones, remitiendo a las partes al proceso civil correspondiente.

4ª) En ambas denuncias se mencionan conductas concretas atinentes a la documentación, su pérdida y posible manipulación, cobros realizados, gestión de personal, y extremos, efectivamente, relacionados con la gestión societaria, pero basados en presunciones y sospechas, nunca en hechos puntuales delictivos y flagrantes, que justificaran una inmediata intervención judicial en el ámbito penal; el hecho de que en la denuncia originadora de estas actuaciones, finalmente se hubiera solicitado y acordado el precinto del local, en nada afecta la similitud de los hechos denunciados; se solicita "ex novo" y ampliando la denuncia, el precinto del local, porque, de hecho, la adopción de esa medida cautelar, provocaba el mismo efecto que la solicitud de la anterior denuncia resuelta por el Juzgado nº 38, esto es, el desalojo de quien ocupaba el local (el socio denunciado), al interesarse con evidente similitud, el alejamiento del anterior, impidiendo que se acercase al denunciante, o acudiere al local objeto de la denuncia o sus alrededores, es decir, sacar al socio denunciado de la gestión y



explotación del local y negocio, con la imputación de conductas que invocaban como delictivas, pero en las que subyacía realmente la clara controversia y discrepancia relativa al cumplimiento del contrato existente, y la gestión de la sociedad transferida voluntariamente por los denunciante en su momento, a la parte contraria, así como la posesión del local y negocio en cuestión.

A ello se suma, como se analizará también a continuación, que el precinto del local, al que sigue su revocación casi inmediata al día siguiente, y la administración judicial acordada, en nada altera la posición de favor de la acusada para los intereses de la denunciante, impidiendo la continuidad en la gestión por el socio denunciado, sino que se amplía a los intereses propios y personales de la Magistrada acusada, al nombrar administrador judicial único, a la persona con quien mantenía una relación íntima de amistad, cuando los dos administradores sucesivamente nombrados inicialmente, renuncian inmediatamente a su nombramiento, tras un periodo muy corto de ejercicio en el cargo, sin justificar esta renuncia de modo consistente, en el acto del juicio.

El posicionamiento a favor de la denuncia presentada, y por ende de los denunciante, no tiene solución de continuidad con posterioridad, en una labor acreditada del control directo y exclusivo por la misma de los autos, que estaban siempre guardados en su despacho, durante el tiempo que permanecieron en el Juzgado, habiendo confirmado la Secretaria D^a Sacramento que nunca los tuvo a su disposición, y haber recibido la orden expresa de la Magistrado de no notificar la providencia posterior al auto de nombramiento de administrador al Ministerio Fiscal, extremo que confirma la otra Secretaria Judicial D^a Celia García Moreno, cuando una oficial le comunica tal situación, manifestando dicha Secretaria Judicial igualmente, que la Magistrada había negado la entrega de los Autos a Sacramento; se refiere por las mismas la intervención del magistrado Don Juan Antonio Toro, quien cuando estaba sustituyendo a la acusada por un permiso, tuvo que llamarle por teléfono para localizar los autos y entregarlos a la Secretaria Judicial, añadiendo ésta que es a partir de ese momento cuando se regularizan las notificaciones. El Fiscal adscrito al Juzgado D. Conrado Saiz confirma el extremo de no haber tenido acceso las Secretarías Judiciales a las actuaciones. La Sala considera estos testimonios de mayor relevancia por su precisión y concordancia, que los puestos de manifiesto por los funcionarios D. Luis Quesada o D. Segundo Pérez, cuando el Magistrado citado anteriormente, confirma esa intervención en orden a la localización del expediente en el despacho de la magistrada, a instancia de la Secretaria Judicial, por estar sustituyéndole, aunque manifieste que el despacho no estaba cerrado con llave, lo que era evidentemente necesario para acceder al mismo, en ausencia de la titular, siendo cuestión distinta el extremo atinente a ese cierre habitual con llave, que refiere en su declaración el Fiscal citado.

5^a) Para concluir respecto a la prueba y valoración del Auto dictado, acordando el precinto del local, según se anticipaba antes, carece de todo fundamento, así declarado por resolución firme de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15^a, de fecha 2 de Enero de 2.012, decretando la nulidad de



pleno derecho de aquel dictado nombrando al primer administrador, en donde con extensa motivación, esa carencia de fundamento se hace extensiva tanto al acuerdo adoptado respecto al precinto, como de la administración judicial del local y negocio, con expresa mención de la vulneración de las normas de reparto, y la procedencia de la inhibición a favor del Juzgado de Instrucción nº 38. A mayor abundamiento, la fundamentación jurídica del Auto acordando el precinto, se sustenta en la doctrina del Tribunal Constitucional, esto es, el Auto de 7 de Julio d 1.992, en el que se abordan aspectos atinentes a una medida cautelar de naturaleza estrictamente civil, cual es la suspensión cautelar de una sentencia firme civil, sobre la resolución de un contrato de arrendamiento de local de negocio, y así lo refiere el texto de la misma, cuando dice que” *Los dos problemas planteados en el recurso carecen de contenido constitucional. En primer lugar si un auto del Tribunal Supremo, que, en el seno de un recurso de revisión, deniega la suspensión cautelar de la ejecución de una sentencia firme está protegido por el principio de cosa juzgada material, de forma que su modificación por otro auto posterior supondría una vulneración del art. 24 CE, y, por otra parte, si la escueta motivación de los SSTS 20 noviembre 1991 y 26 febrero 1992 es suficiente para satisfacer los requisitos constitucionales exigidos por los arts. 24.1 y 14 CE.*”. En consecuencia, esa jurisprudencia era absolutamente inaplicable y ajena totalmente a aquellas que la jurisdicción penal establece como medidas cautelares, en sede del artículo 13 de la LECr., como prevención y aseguramiento de las pruebas del delito y sus responsables, con expresa remisión a los artículos 544 bis y ter de la ley rituaria, por otra parte ni siquiera invocado. Pero, es que, la carencia de fundamento, se pone de manifiesto también por la justificación que la acusada pretende incorporar “ex novo” en el posterior auto nombrando administrador judicial, donde deja sin efecto el precinto, manifestando ahora que fue dictado para proteger a los derechos de 15/20 trabajadores.

6ª) Una vez que el mismo es ejecutado, precintándose el local por la Policía Nacional, está acreditado por las declaraciones en el acto del juicio de la Secretaria en funciones de Guardia de Diligencias, D^a Celia Moreno, y la funcionaria adscrita al Juzgado, D^a María Ángeles Añover, de forma clara y concluyente, que cuando finalizó la guardia de diligencias, las instruidas fueron remitidas al Decanato, dentro del trámite ordinario y sin embargo, por la Magistrada se dio orden al agente judicial de que las mismas fueran “rescatadas”, según propia terminología utilizada por ambas, siendo reintegradas al Juzgado, para ser incorporadas a los asuntos generales y continuar su tramitación. Por el contrario, de acuerdo con las Normas de Reparto de los Juzgados de Instrucción, en funciones de Guardia de Diligencias, incorporadas a las actuaciones, consta expresamente que la intervención del Juez Instructor, respecto a la adopción de medidas cautelares penales solicitadas, se limita exclusivamente a decretar su adopción, lo que conlleva, como así se hizo inicialmente, que por los funcionarios y siguiendo el trámite ordinario, se remitieran todas las practicadas al Decanato. Esa vulneración de las normas de reparto, es confirmada igualmente por la Audiencia Provincial en el referido Auto firme de 2 de Enero de 2.012. Nada obsta las anteriores conclusiones, el hecho de que finalmente por el Decanato se decretara la competencia del Juzgado de la acusada para continuar con su tramitación, cuando fueron remitidas



posteriormente a reparto, al haber interesado la Fiscalía testimonio de las actuaciones al Juzgado, pues esa atribución de competencia vino determinada precisamente por haber practicado diligencias de instrucción, que no le correspondían, como se analizará posteriormente. Tampoco se justifica ese rescate por la necesidad de agotar la práctica de la medida cautelar adoptada, que hubiera podido incardinarse en la competencia del Juzgado de Diligencias, cuando esta es revocada y se sustituye por la administración judicial, lo que supone una tramitación e instrucción carente de toda competencia, por los anteriores fundamentos.

7ª) Al día siguiente, esto es el día 22 de Septiembre de 2.011, una vez finalizada la guardia de diligencias, y previa comparecencia de denunciante y denunciado ante el Juzgado, consta por los testimonios aportados, que, efectivamente, por la Magistrada se dictó Auto de esa fecha, en el que se acordaba el nombramiento de administrador judicial de D. Pedro Rodríguez Fernández, y levantar el precinto del local, una vez que tomara posesión de su cargo, fundamentado en la comparecencia de los anteriores. De esta comparecencia no se informó ni dio audiencia al Ministerio Fiscal, como consta en el testimonio de actuaciones y así se pone de manifiesto en el acto del juicio, confirmando la Secretaria Judicial D^a Sacramento Fernández, quien se encontraba aquel día en el mismo, en comisión de servicio, no haber tenido tampoco conocimiento de dicha comparecencia. El Auto dictado, fue declarado nulo de pleno derecho por la Audiencia Provincial, en el referido Auto de 2 de Enero de 2.012, declarando expresamente, entre otros extremos, la naturaleza civil del asunto del que conocía incluso el Juzgado Mercantil nº 6, por la demanda interdictal y diligencias preliminares instadas al respecto por los socios, y así consta en autos, las irregularidades manifiestas cometidas, la falta de competencia del Juzgado, por la conexión de los hechos con los ya conocidos por el Juzgado de Instrucción nº 38, y la absoluta falta de motivación de la resolución, que *“no cumple los mínimos parámetros de motivación legal y constitucionalmente exigida”*, como dice de forma expresa.

También debe tenerse en cuenta que de haberse reconducido esa medida cautelar de administración judicial al ámbito del artículo 13 de la LECr., de difícil encaje, al ser notoria la ausencia de cualquier finalidad objetiva de prevención y aseguramiento de las pruebas del delito y sus responsables, que no fuera la discusión y controversia existente entre los socios, según anteriores razonamientos, es claro que, en todo caso, debería haberse adoptado por el procedimiento previsto en los artículos 630 y ss., de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria, en virtud del artículo 4º del mismo texto legal, lo que tampoco fue llevado a cabo. Así lo pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación, sin perjuicio de reiterar la naturaleza civil de las cuestiones planteadas,

8ª) Constan igualmente de los testimonios aportados, sin discutirse por la Magistrada, que mediante Providencia de 28 de Septiembre de 2.011, y a solicitud del administrador nombrado, se fijaron unos honorarios profesionales de 18.000 euros, con cargo a la sociedad; por Providencia de 30 de Septiembre de 2.011, se nombraron administradores mancomunados, junto con el anterior, a D. Juan Antonio Flores Domínguez y a D. Francisco



Javier Caballero Dotres, quien mantenía con la acusada una relación de amistad íntima. Mediante Auto de 20 de Octubre de de 2.011, por la Magistrada se nombra administrador único a D. Francisco Javier Caballero Dotres, por la renuncia de los dos anteriores, a quien se fija por la acusada y mediante Providencia de 2 de Noviembre del mismo año, una retribución mensual de 2.500 euros, con cargo a la sociedad.

Estando documentadas y reconocidas la resoluciones en cuestión, la relación de íntima amistad queda acreditada sin duda alguna, a juicio de la Sala, por las concluyentes manifestaciones tanto de la Fiscal, D^a Soledad García, quien refiere en el acto del juicio que “Coro le contó que tenía un novio” añadiendo un episodio concreto de conocimiento directo, en el sentido de que, “en una guardia fue a buscarla, ella le presentó como novio...y hablaba de Javier con toda naturalidad..” La Secretaria Judicial reseñada, D^a Sacramento Fernández, haberle sido presentado como novio, y refiere igualmente otro episodio puntual, cuando este se encontraba en determinada diligencia en la Sala de Vistas; también la Secretaria Judicial D^a Celia García Moreno, confirma esa cualidad de novio con que era presentado y conocido Javier, incluso precisando que en una guardia se retrasó porque fue a buscarle y dejarle en el apartamento; el Fiscal D. Conrado Saiz, adscrito al Juzgado igualmente refiere que “Coro le presentó a Javier, que es un abogado que está en su casa y va a su casa de Alicante” así como otros extremos puntuales, como haberle comentado su situación y la de su padre en San Sebastián; estos testimonios son de mejor rango valorativo que los expresados al respecto por los Magistrados compañeros de la acusada, así como los testimonios de alguno de los funcionarios, por razón de la mayor proximidad personal y profesional de las anteriores y el Fiscal referido con la acusada, al no negar los segundos de forma consistente, sino desconocer, en términos generales, el contenido o incluso existencia de esa relación. No tienen ninguna incidencia las claras discrepancias del anterior con la acusada, incluida la declaración del testigo Abogado Sr. Montero, pues todas ellas se producen claramente en el ámbito estricto de actuaciones profesionales, en el marco de sus respectivas funciones, cuando, además, el testimonio de este último en los aspectos relevantes enunciados, guardan relación y concordancia con los expresados por las anteriores.

A ello se suma que el informe de la Policía Judicial (folio 86 del Rollo de Sala, Tomo 1), confeccionado a partir de los partes de reserva elaborados reglamentariamente, confirman que D. Francisco Javier Caballero Dotres, se alojó en el hotel a que se refieren, en habitación compartida con la acusada, los días 17/11/2011 y 18/11/2011, estando alojado una noche; este informe fue ratificado en el acto del juicio oral por el Comisario Sr. Alcázar Martínez, y constituye prueba bastante frente a la que cede el testimonio del Director del Hotel, quien confirma no obstante que la acusada vive en un apartamento, el alquiler de una habitación durante cuatro o cinco días, a causa de un incendio, que no compartieron habitación y que siempre le ha visto sola, pero sin explicación alguna convincente, relativa a la razón de figurar el referido D. Javier en dichas hojas de reserva, junto con la acusada, o por qué podía afirmar que no compartieron la habitación, cuando el registro oficial (folio 95 del Rollo de Sala, Tomo 1) dice lo contrario. De todo



ello se colige, la existencia de esa relación íntima de amistad que se considera probada por la Sala, siendo nombrado administrador único por la acusada, y asignándole la retribución citada de 2.500 euros mensuales.

9ª) Con fecha 18 de Octubre de 2.011, se ordenó por la acusada la apertura de una cuenta corriente en la sucursal de Banesto, de la calle Capitán Haya nº 43, nº 0030-1845-19-0001858271, en la que figuraba como titular la entidad Moma 56 S.L., y como apoderado D. Francisco Javier Caballero Dotres, que no consta en el expediente judicial de Diligencias Previas a que se contraen las actuaciones, y sin el conocimiento ni conformidad de las Secretarías Judiciales que prestaban en esos momentos sus servicios en el Juzgado, como confirman estas de forma clara y taxativa en el acto del juicio; el documento relativo a su apertura incorporado a la causa por el funcionario adscrito al mismo Juzgado que la acusada, D. Segundo Pérez, le fue facilitado por la misma Magistrada, para su incorporación a la actuaciones, como declaró en el acto del juicio; los informes periciales, ratificados en el acto del juicio, ponen de manifiesto que la firma obrante en el mismo no corresponde a la Magistrada ni desde luego a la Secretaria Dª Sacramento Fernández, investigación que pudo agotarse en la fase instructora con los empleados del Banco que hubieran procedido materialmente a su apertura, pero ciertamente queda corroborado que su apertura se produce por orden de la Magistrada, y consta su directa participación y desplazamiento al Banco, en unión del referido funcionario del Juzgado D. Segundo Pérez, quien en el acto del juicio, dice que cree que sí firmó la acusada un documento, aunque no se acuerde con total seguridad, haber llegado un administrador y procedido a ingresar determinada cantidad de dinero. En consecuencia, esa cuenta corriente bancaria fue abierta al margen de todo control interno del Juzgado, en la que figuraba como titular la entidad Moma 56 S.L., y como apoderado D. Francisco Javier Caballero Dotres, y sin la intervención de las personas autorizadas al efecto, en concreto el Secretario Judicial, a tenor de los artículos 452 y ss., de la LOPJ, con especial significación del artículo 459, al responder éstos de todos los bienes y depósitos atinentes a expedientes judiciales.

10ª) Existe un dato final de suma relevancia cual es que, efectivamente, una vez que la Fiscalía de Madrid incoa Diligencias de Investigación para esclarecimiento de los hechos, y requerida la remisión de testimonio de las actuaciones con fecha 4 de Noviembre del mismo año, como se ha reseñado en los hechos probados, y consta en el testimonio de actuaciones, ese mismo día es cuando por la acusada se dicta Providencia remitiendo las Diligencias Previas instruidas hasta al momento a Decanato, en "cumplimiento a las normas de reparto", según se hace constar, lo que confirma, a juicio de la Sala, tener conciencia la Magistrada de la situación de irregularidad de la tramitación realizada, cuando las normas de reparto, efectivamente determinaban su remisión al Decanato, pero en el momento de finalizar la guardia, sin haber sido rescatadas y reintegradas al Juzgado, como se hizo, figurando en la documentación de la denuncia inicial, a mayor abundamiento, que otro Juzgado conocía del asunto, siendo por tanto objetiva y razonablemente realizada esa precipitada remisión, por la constancia ya inequívoca de la intervención de la Fiscalía en el ámbito

apuntado, como superior jerárquico del Fiscal adscrito al Juzgado, y posible antesala del ejercicio de las acciones pertinentes, finalmente producida.

3.- Concurrencia de los requisitos determinantes del delito.- Efectivamente, concurren todos y cada uno de los elementos integrantes del tipo penal imputado y así declarado por esta Sala, de un delito continuado de prevaricación judicial dolosa, previsto y penado en el artículo 446.3º en relación con el artículo 74.1, ambos del Código Penal; en primer término, la acusada llevó a cabo la acción típica antijurídica, consistente en dictar a sabiendas resolución injusta; tiene carácter de delito continuado, por razón de las distintas resoluciones dictadas, sin solución de continuidad, con la consiguiente pluralidad de acciones, dentro de ese plan preconcebido para favorecer a los denunciantes, y finalmente al propio novio o persona con la que mantenía una relación de amistad íntima, en perjuicio del denunciado, de acuerdo todo ello con el citado artículo 74.1 del Código Penal.

En segundo lugar, concurre el elemento objetivo del tipo, por el carácter de injustas de las resoluciones dictadas, pues tanto el Auto precintando el local, el dictado posteriormente para nombramiento de administrador judicial inicial, la providencia dictada en desarrollo del mismo, fijando los honorarios, la providencia dictada para el nombramiento de administradores mancomunados, así como el Auto reseñado, nombrando ya administrador único a la referida persona con quien mantenía esa relación íntima de amistad, y la posterior providencia fijándole los honorarios mencionados de 2.500 euros mensuales, dentro de esa formulación objetiva a que se refiere la doctrina y jurisprudencia invocada, no eran sostenibles jurídicamente mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, ni cumplían los mínimos parámetros de motivación, constitucionalmente exigible, como pusiera de manifiesto el Auto firme de la Audiencia Provincial, declarando la nulidad de pleno derecho de los dos primeros.

Carecían de una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autora, con claras contradicciones internas, como la mención simultánea de delitos flagrantes con presunciones y sospechas de esa actividad, más la cita de jurisprudencia manifiestamente inaplicable al caso, pues se refería a medidas cautelares en el orden civil, derivada de una ejecución de sentencia, por la interposición de un recurso de revisión, o la ausencia manifiesta de motivación en el Auto de nombramiento de administrador judicial, ya citada, aprovechando la resolución para justificar el precinto, invocando causas no reseñadas en el primero de ellos; a ello se suma que las resoluciones y consiguiente actuación judicial se realiza, fuera de su competencia, habiendo asumido la que correspondía a otro Juzgado, como declara en resolución firme la Audiencia Provincial, al haberse vulnerado las normas de reparto, sin observar las normas del proceso debido, al dictarse sin audiencia del denunciado, y sustrayendo al Secretario Judicial de su competencia en la apertura de una cuenta corriente, al margen del expediente judicial, y con intervención directa de la magistrada, tanto en su apertura, como en los propios ingresos de cantidades que el administrador llevó a cabo, siendo acompañada por un funcionario al banco, lo que, desde luego no está dentro de los cánones ordinarios más elementales de orden legal ni menos aún consuetudinario o



de praxis judicial ; para concluir, son dictadas de forma arbitraria, cuando se favorece al denunciante y al propio novio o amigo con el que mantenía una íntima relación de amistad, impidiendo o dificultando el conocimiento del procedimiento a las Secretarías Judiciales adscritas al Juzgado y el Ministerio Fiscal, llegando, incluso, a no convocarle para la comparecencia de la que derivó el Auto de nombramiento de administrador, u ordenar la no notificación de determinadas resoluciones al Fiscal del Juzgado.

Finalmente, y respecto a los elementos integrantes del tipo, dice la Sentencia del TS de 9 de Febrero de 2.012, que *"1. En cuanto al elemento subjetivo, plasmado en la expresión "a sabiendas", no es otra cosa que la inclusión expresa del dolo, en el sentido de que el autor debe tener plena conciencia del carácter injusto de la resolución que dicta. Es decir, debe ser consciente de la adopción de la resolución, de su sentido y de sus consecuencias y de que todo ello no puede estar amparado en una interpretación razonable de la ley. En este sentido, el elemento subjetivo se integra por "...la conciencia de estar dictando una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, en aquellos casos en los que la norma pueda ser susceptible de distintas interpretaciones, elemento que debe ser puesto en relación con la condición del Juez de técnico en derecho, y por tanto conocedor del derecho y de la ciencia jurídica «iura novit curia»-.", (STS nº 2338/2001).*

2. No se trata de un elemento subjetivo integrado en el elemento objetivo relativo a la injusticia. Es decir, la resolución no se reputa injusta porque el juez la considere así. Lo que importa, desde el punto de vista atinente al tipo objetivo, es que lo acordado no es defendible en Derecho ni podría llegarse a ello por alguno de los métodos de interpretación de las normas admitidos en Derecho.

El elemento subjetivo, por el contrario, se refiere al conocimiento de esos elementos del tipo objetivo. Basta con que el juez sepa que la resolución no es conforme a derecho y que a ella no llegaría empleando los métodos usuales de interpretación, sino solamente imponiendo su propia voluntad, su deseo o su criterio sobre la interpretación racional de la ley."

Pues bien, los hechos probados, con la motivación expuesta, confirman plenamente, a juicio de la Sala, que la Magistrada acusada era plenamente consciente de estar dictando resoluciones y aplicando el procedimiento, de modo no conforme a derecho, desde el inicio, en el Auto del precinto del local, Auto y posteriores resoluciones nombrando a los administradores judiciales sucesivos, hasta la providencia final estableciendo los honorarios de su novio o amigo íntimo, así como de las consecuencias que de ello se derivaban, con actos claros y determinantes de carácter indiciario, demostrativos de esa conciencia de ilegalidad e injusticia, impidiendo o dificultando en grado sumo el acceso ordinario de las actuaciones a las Secretarías Judiciales y Fiscal adscrito al Juzgado, la no notificación a este de la resoluciones determinadas, la apertura de cuenta corriente al margen del expediente judicial, y la precipitada remisión al Decanato, para proceder al reparto de las diligencias que debieron remitirse en su momento, cuando la Fiscalía interesa la expedición de testimonio de las actuaciones,



resoluciones dictadas, apartándose totalmente del principio de legalidad e interpretaciones usuales, sin que las normas aplicadas pudieran ser susceptibles de distintas interpretaciones, por los fundamentos expuestos, elemento que al ponerse en relación con la condición de la Juez de técnica en derecho, y por tanto conocedora del derecho y de la ciencia jurídica, en base al principio enunciado de *«iura novit curia»*, vienen a determinar esa concurrencia íntegra de los elementos enunciados del tipo penal.

En definitiva, como dice la Sentencia del TS de 29 de Junio de 2.012, también en el presente supuesto, *desde los hechos probados surge con facilidad que el magistrado conocía los hechos en su total dimensión, la competencia de otro juzgado, conocía las medidas adoptadas por el mismo; también los deberes que le incumben en orden a la aplicación de la ley, sustantiva y procesal y, sin embargo, no actuó conforme exigía ese conocimiento disponiendo la ordenación del proceso sin observar las normas del proceso debido y aplicando la norma sin atención a los presupuestos que le facultaba actuar. Su actuar es doloso pues el autor conoce las circunstancias concurrentes y los deberes que le incumben. La resolución ha sido dictada con incumplimiento consciente de su deber jurisdiccional produciendo la resolución injusta.*

Para concluir, desde la perspectiva del valor constitucional y proyección pública de la función jurisdiccional que ejercen Jueces y Magistrados, la Sentencia citada del TS, de 9 de Febrero de 2.012, dice que *“los poderes públicos, también el judicial, están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1 CE); y el artículo 117.1 de la misma Constitución, somete a los jueces solamente al imperio de la ley. En la STS 2338/2001 se hacían referencias a la posición del juez, a quien corresponde “...el monopolio de la jurisdicción y la facultad exclusiva de resolver los conflictos que se le presenten mediante la aplicación de la Ley, en un poder independiente que encuentra su límite en la aplicación del Ordenamiento Jurídico, resolviendo de manera vinculante y definitiva el asunto enjuiciado”.*

Respecto al contenido y extensión de esa función jurisdiccional, plasmada en las concretas resoluciones que la sustentan, precisa que, *“En un sistema democrático como el regulado en la Constitución española, el Poder judicial se legitima por la aplicación de la ley a la que está sujeto, y no por la simple imposición de sus potestades. De manera que el Estado de Derecho se vulnera cuando el juez, con el pretexto de aplicación de la ley, actúa solo su propia subjetividad concretada en una forma particular de entender la cuestión a resolver, y prescindiendo de todos los métodos de interpretación admisibles en derecho, acoge un significado irracional de la norma, sustituyendo así el imperio de la ley por un acto contrario de mero voluntarismo. La superación del simple positivismo, que pudiera conducir a actuaciones materialmente injustas, resulta de la Constitución y, especialmente, de sus normas sobre derechos fundamentales, que constituyen al tiempo una guía interpretativa y un límite infranqueable.*

Desde esta perspectiva, la previsión legal del delito de prevaricación judicial, no puede ser entendida en ningún caso como un ataque a la independencia del Juez, sino como una exigencia democrática impuesta por la necesidad de



reprobar penalmente una conducta ejecutada en ejercicio del poder judicial que, bajo el pretexto de la aplicación de la ley, resulta frontalmente vulneradora del Estado de Derecho”.

4.- La acusada responde del delito imputado en concepto de autora, a tenor del artículo 28 del Código Penal.

5.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, sin haberse invocado por la defensa, las partes o el Ministerio Fiscal

CUARTO.- Pena a imponer.-

En cuanto a la individualización de la pena, teniendo en cuenta la naturaleza de delito continuado antes expuesta, es de aplicación el artículo 446.3º en relación con el artículo 74.1, ambos del Código Penal, imponiendo a la acusada la pena de 18 meses y un día de multa, con cuota diaria de 15 euros, atendiendo a la petición del Ministerio Fiscal y capacidad económica profesional de la acusada, así como la inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 15 años y un día, que es la pena en su mitad superior, prevista en el último de los preceptos, por la naturaleza de delito continuado.

QUINTO.- Efectos de la pena.-

El artículo 42 del Código Penal dispone que la pena de inhabilitación para empleo o cargo público produce "...la privación definitiva del cargo sobre el que recayere", y de los honores que le sean anejos. Asimismo produce "...la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena". El mismo precepto establece que en la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación.

En el caso, cometido el delito en la condición de Magistrada, la inhabilitación alcanzará al mencionado cargo, así como a los honores que le son anejos, causando su pérdida definitiva. La incapacidad de obtener el mismo cargo durante el tiempo de la condena se extenderá, tal como dispone la ley, a otros análogos, que se concretarán en el fallo a cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial, o con funciones jurisdiccionales fuera del mismo.

SEXTO.- Responsabilidad civil.-

La retirada de la acusación particular de D. Fernando Robes Ibarra, y la petición de absolución por la acusación particular de Moma 56 S.L., y la no petición formulada al respecto por el Ministerio Fiscal, determina el no pronunciamiento de esta Sala en cuanto a la misma pues aunque el delito de prevaricación no protege bienes jurídicos de carácter individual, es lo cierto que puede causar daños individualizados en quienes sufren las consecuencias de la resolución injusta, pero habría sido necesaria la solicitud al respecto.



SÉPTIMO.- Costas.-

Se imponen a la acusada, e virtud del artículo 240.2º de la LECr., excluyendo las de las acusaciones particulares, al haber retirado la acusación.

Vistos los preceptos legales reseñados y demás de general y pertinente aplicación, esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dicta el siguiente

III. FALLO

1º) Debemos condenar y condenamos a la acusada Ilma. Sra. Dª María del Coro Cillán García de Iturrospe, Magistrada-Juez del Juzgado de Instrucción Nº 43 de Madrid, como autora responsable de un delito continuado de prevaricación del artículo 446.3º, en relación con el artículo 74.1 ambos del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 18 meses y un día de multa, con cuota diaria de 15 euros, y la inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 15 años y un día.

2º) Inhabilitación especial por tiempo de quince años y un día, del cargo de jueza o magistrada, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, así como con la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial, o con funciones jurisdiccionales fuera del mismo.

3º) Al pago de las costas procesales, excluidas las de las acusaciones particulares.

4º) Sin condena en cuanto a responsabilidad civil.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de Casación, que será preparado ante esta Sala para ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo en el plazo de cinco días, y póngase asimismo en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial a los efectos oportunos.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos

