



Roj: **STSJ M 10177/2014 - ECLI: ES:TSJM:2014:10177**

Id Cendoj: **28079310012014100003**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/10/2014**

Nº de Recurso: **1/2013**

Nº de Resolución: **18/2014**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **EDUARDO DE URBANO CASTRILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 10177/2014,**
STS 1516/2015

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior
de Justicia de Madrid

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934848,914934750 31053860

NIG: 28.079.31.1-2013/0001361

N/REF: Procedimiento Abreviado 1/2.013.

Querellante: Ministerio Fiscal, representado por el Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Comunidad de Madrid, Excmo.
Sr. D. Manuel Moix Blázquez.

Acusación particular: D. Damaso Paulino y D. Raul Domingo .

Procurador: D. Ignacio Aguilar Fernández.

Letrado: D. Damaso Paulino

Acusación particular: D. Cayetano Emiliano .

Procurador: D. Argimiro Vázquez Guillen

Letrado: D. Nicolás González-Cuellar Serrano

Acusado: D. Gonzalo Geronimo

Procurador: D. Javier Fernández Estada

Letrados: D. Gonzalo Boyé Tuset y D^a Isabel del Val Sánchez

SENTENCIA N° 18/2014

IMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. ARTURO BELTRÁN NÚÑEZ

MAGISTRADOS:

D. EDUARDO DE URBANO CASTRILLO

D. JESÚS MARÍA SANTOS VIJANDE



En la Villa de Madrid, a 6 de octubre de 2.014, habiendo visto esta Sala de lo Civil y Penal los autos referenciados al margen, expresa los siguientes,

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal presentó el 15-7-2013, ante el Registro General, querella por delito de prevaricación, retardo malicioso en la Administración de Justicia del art. 449.1 del Código Penal y dos delitos contra la libertad individual del art. 530 del Código Penal, contra el Ilmo. Sr. Magistrado titular del Juzgado de Instrucción nº NUM000 de DIRECCION000, D. Gonzalo Geronimo.

Dicha querella tiene su origen en las Diligencias de Investigación 28/13, incoadas de oficio en la Fiscalía, con fecha 29-4-13, tramitadas e incorporadas como documentación aportada a la querella presentada.

SEGUNDO.- Por Diligencia de Ordenación de fecha 17-7-13 se acordó el nombramiento de ponente, señalándose para el inicio de la deliberación el 25-7-13.

TERCERO.- Con fecha 25 de julio siguiente se admitió a trámite la querella interpuesta, designándose Instructor, quien por Auto de la misma fecha 25-7-13, acordó la incoación de Diligencias Previas con el número 47/2013, así como la solicitud al Juzgado de Instrucción nº 9 de Madrid de testimonio íntegro de las Diligencias Previas 58/10, 3173/13 y 4182/13.

CUARTO.- Por escrito recibido en esta Sala el 30-7-13, se personan como Acusación Particular D. Raul Domingo y D. Damaso Paulino, representados por el Procurador D. Ignacio Aguilar Fernández y por escrito recibido en esta Sala el 6-8-13, se persona en las diligencias en concepto de Acusación Particular D. Cayetano Emiliano, representado por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillen.

Por providencia de fecha 11-9-13 del Instructor se acuerda dar traslado de la Querella y del Auto de Admisión al imputado y citarle para recibirle declaración, teniendo por personadas a las acusaciones particulares.

QUINTO.- Comparecido el imputado designando Abogado y Procurador así como domicilio a efectos de notificaciones, por providencia de 19-9-13 se acordó a petición del imputado la suspensión de la declaración, citándosele nuevamente en sucesivas resoluciones para declarar el 2-10-13, el 16-10-13, el 28-10-13 y el 21-11-13, practicándose asimismo prueba testifical.

SEXTO.- Por Auto del Instructor del 9-12-13, se acuerda proseguir las actuaciones por los tramites del Procedimiento Abreviado conforme a los arts. 780 y siguientes de la LECrim, y se declara formalmente a D. Gonzalo Geronimo imputado por un delito continuado de prevaricación, retardo malicioso en la administración de justicia, y contra la libertad individual, previstos en los arts. 446.3, 449.3 y 530 del Código Penal y se fija la suma 8.000 Euros para asegurar responsabilidades pecuniarias.

SÉPTIMO.- Por el querellado se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación, frente al anterior auto, mediante escrito presentado en el registro el 13-12-13 y por auto del Instructor de 26-12-13 se desestima íntegramente el recurso de reforma, se rectifica el error material de la incorrecta mención del art. 449.3 del Código Penal sustituyéndolo por el procedente del art. 449.1 del Código Penal y se admite a trámite el recurso de apelación interpuesto contra el referido Auto de 9-12-13, el cual fue desestimado por Auto de la Sala de fecha 21-1-14, dejando sin embargo, sin efecto, la fianza exigida.

OCTAVO.- El Ministerio Fiscal por escrito presentado el día 23-12-13, formula acusación en el que tras los hechos narrados, considera son constitutivos de un delito continuado de prevaricación de los arts. 446.3 y 74.1 del Código Penal, de un delito continuado de retardo malicioso en la administración de justicia de los arts. 449.1 y 74.1 del Código Penal, en concurso aparente de leyes del art. 8.4 del Código Penal con el delito continuado de prevaricación y de dos delitos Contra la Libertad Individual del art. 530 del Código Penal, ambos en concurso medial del art. 77 CP con el delito continuado de prevaricación, sin circunstancias modificativas de responsabilidad criminal;

Y solicitó por el delito continuado de prevaricación, la pena de multa de 24 meses con cuota diaria de 15 ? (quince euros), con arresto sustitutorio, en caso de impago, de un día por cada dos cuotas impagadas, conforme a lo dispuesto en el art. 53.1, así como 20 años de inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, e incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo en el ámbito de la administración de justicia, en particular, aquellos que conlleven ejercicio de función jurisdiccional o de gobierno dentro del Poder Judicial, o con funciones jurisdiccionales fuera del mismo, y por cada uno de los otros dos delitos, la penas de 4 y 6 años, respectivamente, de inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado, 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 en el ámbito de la administración de justicia, en



particular, aquellos que conlleven ejercicio de función jurisdiccional o de gobierno dentro del Poder Judicial, o fuera del mismo. Y costas.

NOVENO.- Por la acusación particular de D. Raul Domingo se presentó escrito de calificación, en el que se solicitaba 1. Por el delito continuado de prevaricación judicial del art 446.3º en relación con el art 74 1º CP , la pena de 24 meses de multa con una cuota diaria de 15 €, con responsabilidad personal del art 53 CP e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 20 años. 2.- Por el delito de retardo malicioso del artículo 449.1 del Código Penal , procede imponer al acusado una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 4 años. 3.- Por los delitos contra la libertad individual del artículo 530 del Código Penal , procede imponer al acusado dos penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 8 años, cada una de ellas. 4.- Por el delito de revelación de secreto del artículo 466.2 en relación con el artículo 417 del Código Penal , procede imponer al acusado una pena de multa de 18 meses, con una cuota diaria de 15 euros, con responsabilidad personal del artículo 53 del CP , y una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 3 años. Con costas procesales, incluidas las de la acusación particular. Asimismo manifiesta hacer reserva de las acciones civiles para su ejercicio ante la jurisdicción civil una vez concluida la causa criminal.

DÉCIMO.- Por la acusación particular de D. Cayetano Emiliano , se presentó escrito de acusación con fecha 23-12-13, calificando los hechos como constitutivos de un delito continuado de prevaricación del art. 446.3 del Código Penal en relación con el art. 74 del mismo texto legal y de un delito de retardo malicioso en la administración de justicia del art. 449.1 del Código Penal .

Solicita imponer al acusado por el delito continuado de prevaricación, la pena de 24 meses de multa, a razón de 100€ diarios y arresto sustitutorio de un día por cada dos cuotas diarias no satisfechas, e inhabilitación especial para el ejercicio del cargo de la función judicial por tiempo de 20 años y por el delito de retardo malicioso en la administración de justicia, la pena de inhabilitación especial por tiempo de cuatro años. Con costas incluidas las de la acusación particular.

Asimismo solicita que el acusado sea condenado a indemnizar a D. Cayetano Emiliano : a) en la cantidad de 50.000 euros como indemnización por el daño a su honor y sufrimiento moral provocado por la reapertura de la causa que se integrara en la masa activa de su concurso de acreedores y b) en la cantidad a que asciende el coste de la asistencia letrada y representación mediante procurador en las Diligencias Previas 58/10 tras su reapertura el 7-6-12, según se determine en ejecución de sentencia aplicando los criterios orientadores de los colegios profesionales.

UNDÉCIMO. Mediante Auto del Juez Instructor de 22-1-2014 se declara la apertura de juicio oral, se tiene por formulada la acusación, se declara competente a la Sala de lo Penal de este Tribunal Superior de Justicia y se fija la cantidad de 60.000 euros, para asegurar las responsabilidades pecuniarias que pudieran declararse, requiriendo al acusado para prestar fianza en el plazo de 10 días.

El 24-2-14 se presenta en el Registro general por la representación procesal del acusado, tras la ampliación del plazo acordado por providencia de 30-1-14, escrito de defensa, solicitando se dicte sentencia absolutoria con todos los pronunciamientos favorables.

DECIMOSEGUNDO.- Por Diligencia de Ordenación de 25-2-14, se acuerda remitir las actuaciones a la Sala Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia, como órgano competente para el enjuiciamiento y por providencia de la Sala de 10-3-14, se acusa recibo del procedimiento acordando la composición de la Sala y requiriendo al acusado por tres días para explicar el objeto de determinadas pruebas testificales propuestas y por autos de 24-3-14 y de 26-3-14 se acuerda sobre la admisión e inadmisión de pruebas y se señala para el comienzo de las sesiones del juicio oral el día 21-4-14, acordándose por Diligencia de ordenación de 26-3-14 el desarrollo del acto del juicio oral los días 21 a 28 de abril.

DECIMOTERCERO.- Iniciado el juicio el día señalado, el día 24 de abril se acuerda su suspensión, a efectos de tramitar las recusaciones de los integrantes de dicho Tribunal, su Presidente el Ilmo. Sr. D. Cornelio Belarmino y la Magistrada Ilma. Sra. Doña Esther Isabel .

Dado curso a dichas recusaciones, por la Sala prevista en el art. 77.1 LOPJ se tuvo por recusada y apartada del enjuiciamiento a la Ilma. Sra. Esther Isabel , en tanto se rechazó la recusación del Presidente del Tribunal.

DECIMOCUARTO.- Por escrito de fecha 5-5-2014, el Ilmo. Sr. Don Cornelio Belarmino , presentó escrito solicitando abstenerse y ser apartado el juicio, por estimar que podría haber perdido la imparcialidad a los ojos de la opinión pública y del propio acusado.

El incidente fue resuelto por Auto de fecha 22-5-2014, estimando no justificada la abstención.



DECIMOQUINTO.- Por escrito de fecha 8-6-2014, la representación procesal del acusado Don Gonzalo Geronimo , presentó seguidamente, escrito de recusación contra los Ilmos. Sres. Magistrados Don Cornelio Belarmino y Don Manuel Pio .

Dándose al mismo el tramite legalmente previsto, se resolvió por Auto de 20-6-2014, acordándose no admitir a trámite dicha recusación, por las razones que en el mismo se contienen.

DECIMOSEXTO.- Por diligencia de Ordenación de 25-6-2014 se tuvo por designado nuevo letrado de la defensa del acusado, al Letrado D. Gonzalo Boye Tuset, habiendo sido sustituido igualmente, el procurador del Sr. Gonzalo Geronimo , ahora representado por el procurador de los Tribunales D. Javier Fernández Estrada.

DECIMOSÉPTIMO.- Conforme a lo acordado por Providencia de 28-5-2014, se dio comienzo a las sesiones del juicio, el día 7 del actual, desarrollándose hasta el día 11 de Julio por la tarde, inclusive.

DECIMOOCCTAVO.- Celebrado el juicio y practicadas las pruebas propuestas en su momento, por las partes, se elevaron a definitivas las conclusiones de condena por las acusaciones, con las siguientes modificaciones:

La acusación del Sr. Raul Domingo , aun conteniendo su escrito de conclusiones provisionales un delito de revelación de secretos, no informó sobre el mismo, al adherirse a la calificación del Ministerio Fiscal que no incluía tal delito, en base a que se sigue contra el acusado, ante este Tribunal Superior de Justicia, otra causa por hechos que pudieran ser constitutivos de dicho ilícito penal.

La acusación del Sr. Cayetano Emiliano rectifica, únicamente, la página 8 punto 6 apartado B de su escrito de conclusiones provisionales, el cual debe decir "desde el 7 del 12 de 2012".

Por su parte, la defensa del acusado manifestó que modificaba sus conclusiones provisionales, indicando que se han vulnerado los derechos fundamentales del acusado y subsidiariamente que no se han acreditado los hechos imputados, solicitando además, que se deduzca testimonio para proceder contra Don Borja Fulgencio y Don Raul Domingo , en los términos que constan en el escrito que aportó.

DECIMONOVENO.- En el trámite del derecho a la última palabra, el acusado se declaró inocente y solicitó una sentencia absolutoria.

Concluido el referido trámite previsto en el art 739 LECrim , se declararon los autos conclusos para sentencia.

VIGÉSIMO.- En la redacción de la presente resolución se han observado las formalidades legales, excepto el plazo previsto para dictar sentencia, en atención a la complejidad de la causa, que ha requerido un minucioso examen de la misma y numerosas reuniones de los componentes del Tribunal para llegar a la decisión finalmente adoptada.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. EDUARDO DE URBANO CASTRILLO, quien expresa el parecer mayoritario del Tribunal.

HECHOS PROBADOS.

Del examen de la prueba practicada en el acto del juicio oral, se consideran acreditados los siguientes hechos:

PRIMERO.- El acusado Ilmo. Sr. DON Gonzalo Geronimo , mayor de edad y sin antecedentes penales, estaba destinado, desde antes de diciembre de 2009, como Magistrado-Juez en el Juzgado de Instrucción nº 9 de los de Madrid.

En tal condición, y en lo que ahora interesa, incoó e instruyó los siguientes procedimientos:

- Diligencias Previas 58/2010, incoadas a raíz de una denuncia presentada por el "Sindicato colectivo de funcionarios públicos MANOS LIMPIAS" contra DON Raul Domingo y DON Cayetano Emiliano por presuntos delitos societario, de falsedad y de estafa.

- Diligencias Previas 3173/2013 seguidas por presunto delito societario o de apropiación indebida, entre otros, contra DON Raul Domingo .

- Diligencias Previas 4182/2013, seguidas por presunto delito de revelación de secretos contra DON Damaso Paulino , abogado del Sr. Raul Domingo en los dos procedimientos antes citados.

Aunque las tres causas guardan relación, para una más clara exposición, el relato de hechos procurará, en lo posible, referirse a la actuación del acusado en cada una de ellas por separado.

SEGUNDO.- A) Las diligencias previas 58/2010 se incoaron, tras la denuncia antes citada, por Auto del 12/01/2010. Los hechos denunciados eran la concesión de un crédito por parte de la entidad CAJA MADRID de 26,6 millones de euros a DON Cayetano Emiliano , para lo cual prestó como garantía su holding inmobiliario



empresarial, valorado en 6 millones de euros, a sabiendas de la quiebra de las empresas, y el hecho, además de poner el prestatario como garantía sus acciones de la empresa "VIAJES MARSANS" que previamente había pignorado a la entidad Banesto.

El acusado, en el auto de incoación, acordó citar al Secretario General del Sindicato denunciante, a fin de hacerle el ofrecimiento de acciones, requerirle documentación acreditativa de los hechos y tomarle declaración. Dicho Secretario General, DON Felipe Inocencio , declaró el 05/02/2010. El declarante no aportó documentación alguna, se comprometió a hacerlo en pocos días, y, como no lo hiciera, el acusado dictó Auto de sobreseimiento provisional, conforme al artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por no aparecer debidamente justificada la perpetración del delito.

Notificado el auto anterior al Ministerio Fiscal y al denunciante los días 22/02/2010 y 23/03/2010 respectivamente, no fue recurrido, por lo que ganó firmeza.

B) En forma que no consta, el acusado tuvo conocimiento de que, en el Juzgado de Instrucción nº 21 de Madrid, había sido presentada una denuncia o querrela contra la entidad BANKIA. A raíz de esa noticia, por Auto de 07/06/2012 acordó la reapertura de las diligencias 58/2010 (provisionalmente sobreseídas por auto firme) en base al siguiente razonamiento: "habida cuenta de la querrela que se ha formulado en relación a la entidad BANKIA de la cual entiende el Juzgado de Instrucción nº 21 de Madrid, procede la reapertura de la presente causa al objeto de citar al denunciante DON Felipe Inocencio en nombre y representación del Sindicato de Funcionarios Públicos MANOS LIMPIAS y oírle en declaración por si tiene conocimiento de tal denuncia y en su caso pudiera tener relación con la que ahora se reabre".

La declaración acordada tuvo lugar el día 18/07/2012. En ella el Sr. Felipe Inocencio afirmó que existía conexidad entre ambos procedimientos y que el Juzgado de Instrucción nº 21 se había inhibido del conocimiento de los hechos a favor de los Juzgados Centrales de Instrucción.

C) El acusado, que iba a iniciar sus vacaciones, dejó redactado un borrador o minuta de Auto de inhibición a favor del Juzgado nº 2 de los Centrales de Instrucción por cuanto "de las diligencias de investigación practicadas, se infiere que la conducta pudiera ser constitutiva de delitos societarios y de falsedad documental". El juez sustituto natural en el Juzgado nº 9, procedió a firmarla y por Auto de 03/07/2012 , acordó la inhibición a favor del Juzgado Central nº 2. EL Juzgado Central de Instrucción nº 4, al que, en definitiva, se turnaron las actuaciones rechazó la competencia por Auto de 08/10/2012 por entender que los hechos denunciados en el Juzgado nº 9 no guardaban relación con la actividad de BANKIA, añadiendo que no se alcanzaban a comprender los motivos de la reapertura de las diligencias y su remisión al Juzgado Central, pues, del testimonio remitido, no se desprendían razones para tal decisión.

D) Ante ello, el acusado y por Auto de 16/11/2012 decidió (de nuevo) la reapertura de la causa y la continuación de la instrucción y acordó citar a los denunciados Srs. Raul Domingo y Cayetano Emiliano a fin de que prestaran declaración como imputados por si "en su caso pudiera tener relación con la que ahora se reabre". Al tiempo, el Auto proveía un escrito del sindicato denunciante a fin de que la Procuradora presentara poder acreditativo de la representación (del sindicato MANOS LIMPIAS) así como la cualidad de su personación en el proceso.

La fundamentación del Auto de 16/11/2012 era literalmente: "Procede la reapertura de estas diligencias y continuar la instrucción de la causa".

La citación al Sr. Raul Domingo se produjo sin darle traslado de documentación alguna, ni aun de las resoluciones de sobreseimiento y reapertura de las diligencias.

E) El 21/11/2012 la representación procesal de MANOS LIMPIAS presentó escrito afirmando que su personación se había efectuado en calidad de acusación popular. El acusado, con fecha 23/11/2012, dictó Providencia en la que acordó tener por personado a dicho sindicato en concepto de acusación particular.

F) El día 05/12/2012 DON Raul Domingo declaró como imputado, asistido del abogado DON Damaso Paulino . Compareció como acusación el Sindicato MANOS LIMPIAS, que aportó copia de una denuncia presentada en el Registro General de los Juzgados de Instrucción en el mismo día. Tal denuncia se basaba en la noticia aparecida dos días antes en el diario EL MUNDO (recorte de la cual se acompañaba a la copia de la denuncia) y se refería a las presuntas irregularidades en la adquisición por CAJA MADRID del CITY NATIONAL BANK OF FLORIDA, lo que podía suponer la comisión de un delito societario. En virtud de la misma, el letrado del sindicato MANOS LIMPIAS solicitó la celebración de la comparecencia prevista en el art. 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para decidir sobre la libertad o prisión del Sr. Raul Domingo . Esta pretensión fue rechazada por el acusado, Sr. Gonzalo Geronimo porque los hechos recogidos en la ampliación de la denuncia "no se corresponde al título imputatorio que se sigue en este procedimiento", esto es, al crédito concedido a las empresas del Sr. Cayetano Emiliano .



G) Dos días después, el 07/12/2012, el acusado dictó una extensísima Providencia, sin motivación alguna, en la que acordaba la práctica de hasta 37 diligencias de investigación de amplísimo contenido. Las diligencias no se referían exclusiva ni primordialmente al crédito denunciado en el año 2009 sino que se ampliaban a todas las operaciones conocidas por el BANCO DE ESPAÑA que guardaran relación con los Sres. Raul Domingo y Cayetano Emiliano o sus empresas (apartado 1-d, apartado 5-e f, g, h, i, j, k, l, n, p; apartado 6º a, b, c, e, f) a operaciones sospechosas de blanqueo de capital en relación con los imputados o la compañía MARSANS (apartado 2-a); salidas y entradas de los imputados del territorio nacional (apartado 3), declaraciones de los impuestos de renta y sociedades de los Sr. Raul Domingo y Cayetano Emiliano de los últimos diez años (apartado 4), a la actuación de los órganos de dirección o supervisión externos e internos de la Caja (apartado 1-a, b; apartado 5-a, b, c, de y m) con reclamación de tres grupos de direcciones de correos electrónicos corporativos: los de los propios imputados, los de los inspectores del Banco de España encargados de la supervisión de CAJA MADRID entre los 2002 y 2010, y los de los miembros del Comité de Riesgos, del Comité Financiero y Comisión Ejecutiva Delegada de CAJA MADRID entre 2003 y 2010. Igualmente se reclamaba el contenido de los correos electrónicos recibidos o remitidos desde esas direcciones en igual periodo de tiempo (apartados 1-f y 5-q y r).

Las investigaciones acordadas, se extendían igualmente, a las operaciones de activo y pasivo desde el año 2003 de los hijos, cónyuges y socios de los imputados que les hubiera otorgado Caja Madrid o entidades vinculadas a ésta.

La Providencia se redactó en términos muy enérgicos: todas las personas requeridas (Director General de Supervisión del Banco de España, Dirección del SEPBLAC, Dirección General de Policía, entidad BANKIA, Presidente del Consejo General del Notariado), debían cumplir los requerimientos en plazo de treinta días, con apercibimiento expreso de incurrir en los delitos de desobediencia previstos en los art. 410 o 556 del Código Penal.

Buena parte de las diligencias contenidas en la Providencia se practicaron a pesar de que fue recurrida por las defensas de los Sres. Raul Domingo y Cayetano Emiliano, ya que el acusado resolvió los recursos el 27-5-2013, en resolución que fue anulada por la Audiencia Provincial de Madrid, mediante Auto de 19-6-2013.

H) Entre las diligencias acordadas, se encontraban los correos de DON Raul Domingo, que habían sido borrados, según protocolos internos de CAJA MADRID, lo cual exigió la contratación de un especialista. Y como quiera que no se había recuperado sino una parte de dichos correos, el acusado, el 07/02/2013, dictó Auto por el que ordenó la entrada y registro en la sede de BANKIA, donde se ubicaban los servidores informáticos de dicha entidad a fin de obtener información de los correos del Sr. Raul Domingo o información sobre sus actividades, diligencia que sería practicada por la Policía Judicial (Guardia Civil). Esa diligencia se practicó y los correos electrónicos del Sr. Raul Domingo fueron puestos a disposición del acusado.

La representación del Sr. Raul Domingo, en escrito de 08/02/2013, solicitó que por el Juez se separaran los correos que tenían relación con el préstamo objeto de la denuncia del resto de la correspondencia del Sr. Raul Domingo que debía ser entregada a éste. Tal escrito no fue proveído.

1) Por Auto de 08/02/2013 el acusado Sr. Gonzalo Geronimo acordó el secreto de las actuaciones en las citadas diligencias 58/2010. Para ello, tras referirse a la documentación aportada en cumplimiento de lo acordado en la Providencia del 07/12/2012 el Juez atendía a los siguientes hechos:

- Que la intervención de las partes se había limitado a recurrir prácticamente la totalidad de las resoluciones del instructor.
- Que no habían aportado el menor justificante del pago del crédito, lo que, de haberse producido, era manifiestamente fácil de acreditar.
- Que las versiones de los imputados en su descargo eran inverosímiles, y permitían, en relación con la documentación obrante en la causa, inferir una imagen sumamente deteriorada de la forma de gestionar y en particular de la llevanza de los riesgos en CAJA MADRID.
- La necesidad de mantener la confidencialidad de los datos obtenidos en ejecución de la Providencia de 07/12/2012 y la documentación aportada por BANKIA atinente a los correos corporativos del Sr. Raul Domingo, teniendo en cuenta el alcance de la "presente causa, los eminentes intereses en juego, su proyección a nivel social general, como especialmente respecto del sistema financiero español", pues de ser tales datos conocidos, podrían comprometer muy seriamente el fin de los actos de investigación, dada la posibilidad de que tales correos contengan información financiera y de gestión bancaria de carácter muy relevante para el desarrollo de la causa.



El secreto de las actuaciones fue prorrogado por Autos de 08/03/2013 y 08/04/2013 fundamentados por remisión al de 08/02/2013, en cuanto que se consideraba que no habían variado los motivos que llevaron a dictar éste. Finalmente, fue levantado por Auto de 29/04/2013.

J) Los Autos de reapertura de las actuaciones de 07/06/2012 y 16/11/2012 y la Providencia de 20/11/2012, que tenía por personado al Sindicato MANOS LIMPIAS como acusación particular fueron recurridos en reforma y subsidiariamente en apelación por la representación de DON Raul Domingo el día 05/12/2012. El acusado resolvió el recurso de reforma por Auto de 09/01/2013 en sentido desestimatorio.

En dicho Auto, y, en lo que ahora hace al caso, se razona sobre la reapertura de las actuaciones. Al efecto, se apela a la aparición de nuevos hechos de carácter notorio, evidente u obvio y, entre los manifiestamente notorios, se citan la gravísima crisis económica, la situación de CAJA MADRID, la necesidad, que se hizo realidad, de su control por el Estado, el rescate de BANKIA, cifrado en 23.500 millones de euros, hechos todos anteriores a la reapertura de la causa, y la razonable deducción de que la crisis financiera en España no respondía exclusivamente a causas exógenas, sino también a causas endógenas, y, en concreto, en lo referido a CAJA MADRID, a la pésima gestión de la entidad y a la conculcación sucesiva de buenas prácticas bancarias y de los protocolos para prevenir los riesgos dimanantes del negocio bancario.

En cuanto a la personación de MANOS LIMPIAS, en síntesis, se sostenía que la fianza no era exigible sino al querellante y no a quien comparecía como acusación en un proceso ya iniciado, aunque en este caso, lo hiciera como acusación popular, al tiempo que se rechazaba la perseguibilidad de los delitos societarios exclusivamente por los perjudicados, cuando la comisión del delito podía afectar a los intereses generales, con cita de los artículos 295 y 296.2 del Código Penal .

A pesar de tales razonamientos la Sección 30 de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante los Autos 505/2013 y 506/2013 de 19 de junio , declaró la nulidad de los Autos de 07/06/2012 y 16/11/2012 que ordenaron la reapertura, por considerarla abiertamente injustificada y fundada en noticias oficiosas, con retroacción del estado de las actuaciones al Auto de sobreseimiento provisional de 09/02/2010. En el Auto 507/2013 de 19 de junio , la Audiencia censuraba la admisión como parte en concepto de acusación particular del Sindicato MANOS LIMPIAS, en base a las razones que en dicha resolución se expresaban, pero sin declarar la nulidad de la Providencia de 23/11/2012 y sin pronunciarse sobre su eventual personación como acusación popular, en razón de la nulidad declarada en los dos Autos anteriores.

K) La Providencia de 07/12/2012 fue recurrida directamente en apelación por la representación de DON Cayetano Emiliano , y en reforma y subsidiariamente en apelación por la representación de DON Raul Domingo . El recurso de reforma, tras ser tramitado, quedó sobre la mesa del juez para su resolución por Providencia de 21/02/2013. Tres meses y seis días más tarde, y cuando se habían practicado gran número de las diligencias que se acordaban en ella, fue desestimado por Auto de 27/05/2013 , dictado por el acusado, decisión anulada por el Auto 502/2013 de 19 de junio de la Sección 30 de la Audiencia Provincial del Madrid , debido a la absoluta desproporción de las diligencias interesadas en relación al objeto del proceso - el denunciado crédito supuestamente irregular por importe (según la denuncia) de 26,6 millones de euros-, la injerencia en los derechos fundamentales a la intimidad y el secreto de las comunicaciones, y la naturaleza prospectiva de las diligencias, que resultaba de las razones anteriores y de su extensión a personas que nada tenían que ver con la causa (hijos y esposa de los imputados, Banco Popular y Banco Español de Crédito) y de la ampliación de la investigación a hipotéticos delitos fiscales o de blanqueo de capital.

L) Por Providencia de 26/04/2013 se dio traslado al Ministerio Fiscal y demás partes para alegaciones respecto de los recursos de reforma y subsidiarios de apelación, o directos de apelación, interpuestos por la representaciones de DON Raul Domingo y DON Cayetano Emiliano contra los Autos de 08/02/2013, 08/03/2013 y 08/04/2013 que acordaban o prorrogaban el secreto reforzado de las actuaciones.

M) En Providencia de 03/06/2013 el sustituto natural del Juzgado nº 9, Magistrado Sr. DEL TORO, hace constar la existencia de 16 recursos sin resolver contra resoluciones dictadas por el acusado entre el 04/01/2013 y el 21/03/2013 (las ocho primeras) y entre el 12/04/2013 y el 22/05/2013 (las otras ocho).

Consta acreditado que al Juez Sr. Gonzalo Geronimo se le informaba de inmediato de los escritos que llegaban pero no resolvía con rapidez, e incluso llegó a decir que no se tramitaran algunos de los recursos que presentaba la defensa del Sr. Raul Domingo porque eran obstructivos e iguales que otros anteriores.

TERCERO.- A) Las Diligencias Previas 3173/2013 traen causa de la ampliación de la denuncia, antes referida, del Sindicato MANOS LIMPIAS, presentada el 05/12/2012 sobre la adquisición del CITY NATIONAL BANK OF FLORIDA. Así lo recoge el Auto de 13/05/2013 (que se refiere a la nueva denuncia como presentada el 10/12/2012, lo que se explica porque, como se ha dicho, lo aportado el 05/12/2012 fue una copia del escrito original presentado ese día en el Registro General de los Juzgados).



Dicho Auto de 13/05/2013 se refiere al resultado de las diligencias practicadas en virtud de la Providencia de 07/12/2012, y llega a la conclusión, de que el precio de compra de dicho Banco, estaba muy por encima de su valor real, y que la operación se había hecho mediante mecanismos de elusión de control de la Consejería de Economía de la Comunidad de Madrid, en la ignorancia de la situación del Banco adquirido, que era mala, denuncia el escaso realismo de la política de crecimiento de CAJA MADRID en relación con la situación económica imperante, así como la pérdida presumible en la operación de más de 500 millones de euros. Tras razonar sobre todo ello, llega a la conclusión de que podrían existir indicios de administración desleal en dicha operación, cuya conexión con el delito investigado en las Diligencias 58/2010 no podría, por el momento, ni asegurarse ni descartarse. Como quiera que los indicios nacen de las diligencias practicadas conforme a lo acordado en la Providencia de 07/12/2012, se acuerda deducir los testimonios oportunos de dichas diligencias y de la denuncia de MANOS LIMPIAS y la incoación de nuevas Diligencias, que, conforme a las normas de reparto (se cita expresamente la norma 12.2) serán de competencia del propio Juzgado nº 9. En la parte dispositiva del Auto se acuerda, además, citar a DON Raul Domingo como imputado para el 16/05/2013, así como al Ministerio Fiscal, a fin de celebrar la comparecencia prevista en el art. 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

B) Este Auto de 13/05/2013 pone fin al trámite en primera instancia de admisión de la ampliación de denuncia citada de MANOS LIMPIAS.

De esa denuncia ampliatoria se había dado traslado a las partes el 04/01/2013. La defensa del Sr. Raul Domingo y el Ministerio Fiscal entendieron, en escritos de fecha 9-1-2013 y 12-12-2012, respectivamente, que los hechos denunciados no guardaban conexión alguna con la denuncia inicial y debía incoarse un nuevo procedimiento y someterse a reparto. En el citado Auto de 13/05/2013 el acusado se adjudicó el conocimiento de la nueva causa sin someterla al preceptivo trámite de reparto, como acordaría después la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid.

No obstante, la Sección 17 de la Audiencia Provincial de Madrid en Auto de fecha 20/12/2013 entendió que no se trataba de una cuestión de competencia sino de reparto y que el Decanato de los Juzgados había actuado correctamente al asignar el procedimiento al Juzgado de Instrucción nº 9, al haberse adoptado tal decisión sobre la base de que indiciariamente eran causas conexas, si bien no se entró a examinar a fondo tal extremo, al entenderse que era una mera cuestión de reparto.

C) El día 16/05/2013 tuvo lugar la declaración del Sr. Raul Domingo en las nuevas diligencias y aunque no se habían incoado formalmente las nuevas diligencias, por un problema de asignación informática de número, el acusado decidió no esperar a que se procediera a contar con un número de registro nuevo y practicar las diligencias acordadas declaración del Sr. Raul Domingo y de otro imputado y comparecencia prevista en el art. 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -, lo cual supuso practicarlas en el procedimiento ya incoado correspondiente a las Diligencias Previas 58/2010.

En la declaración del Sr. Raul Domingo estuvo presente el abogado del Sindicato MANOS LIMPIAS. La defensa del Sr. Raul Domingo se opuso a dicha presencia en base a que el Sindicato carecía de la condición de perjudicado y no había formulado querrela. Sin embargo, el acusado consideró que eran objeciones ya resueltas por el Auto de 09/01/2013 , citado, aunque el Auto 449/2013 de 25/06/2013 de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid , indicaría posteriormente que la personación se había producido en las Diligencias Previas 58/2010 pero no en las Diligencias Previas 3173/2013.

A continuación tuvo lugar la comparecencia del Sr. Raul Domingo para decidir sobre su situación en ambas diligencias. En la comparecencia relativa a las DP 58/2010 se acordó la libertad sin fianza del Sr. Raul Domingo Posteriormente, pero ese mismo día, en las nuevas diligencias, numeradas como 3173/2013, el Sindicato MANOS LIMPIAS solicitó la prisión provisional eludible bajo fianza de 3 millones de euros. El letrado del Sr. Raul Domingo se opuso a cualquier medida cautelar alegando su permanente puesta a disposición del Juzgado incluido el día presente, y reiterando que había cuestiones de nulidad pendientes de resolver. En el Acta no consta cuáles eran esas cuestiones, pero ha de pensarse que se refiere a las objeciones sobre ausencia de condición de perjudicado y al modo en que se desarrolló la diligencia, por lo cual el Sr. Raul Domingo y su abogado se negaron a firmar el Acta.

D) El acusado, de forma verbal y resumida, anticipó que iba a acordar la prisión provisional, sin matizar su posible elusión mediante fianza, y las razones para ello. No obstante, en el Auto de 16/05/2013 que dictó seguidamente, impuso una fianza de 2,5 millones de euros.

En él comienza por reiterar los indicios fraudulentos que presentaba el préstamo que dio origen a las Diligencias Previas 58/2010, pese al Auto de libertad acordado en dichas diligencias y califica de temeraria y aberrante la adquisición del Banco de Florida, remarca la ausencia de medidas de control internas en dicha adquisición y califica los hechos indiciariamente de administración desleal o apropiación indebida. Y las razones que se



dan para acordar tal medida cautelar son: de una parte, que la libertad del imputado podría dar lugar a la ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba relevantes para su enjuiciamiento, dada la posible relación o connivencia del imputado con otros miembros de CAJA MADRID y el peligro fundado y concreto de que pudieran colaborar con el mismo en la alteración, presentación sesgada o manipulación de dichas fuentes; y, de otra parte, el riesgo de fuga, que no desaparecería, por el arraigo en España del imputado, conforme a reglas de experiencia, dada la gravedad del hecho y su relevancia penal, y, como corolario, la pena imponible.

El importe de 2,5 millones de euros se justificó "con independencia del patrimonio del imputado que pudiera averiguarse y de sus disponibilidades económicas aparentes", teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos investigados que pudieran "haber implicado la puesta en relativo riesgo sistémico de CAJA MADRID, en el contexto de la crisis económica ya más que previsible en el momento de la adquisición de CNBF".

A pesar de que se le solicitó un plazo de 24 o 48 horas para prestarla, el acusado ordenó el inmediato ingreso en prisión del Sr. Raul Domingo , quien prestó la fianza el día 17/05/2013 e inmediatamente fue puesto en libertad por Auto de igual fecha del Juzgado de Instrucción nº 53, en funciones de guardia ya que el día 17 de mayo era viernes.

E) El mismo día 17/05/2013, el acusado dictó Auto acordando que las Diligencias incoadas el día 13/05/2013 se seguirían con el número 3173/2013 del Juzgado de Instrucción nº 9. En el mismo Auto se requería al Sindicato MANOS LIMPIAS a "realizar comparecencia ratificando (sic) la personación en las presentes diligencias", lo que efectivamente tuvo lugar el día 22/05/2013. El juez Gonzalo Geronimo no dictó resolución alguna teniendo por parte al citado Sindicato. Ese mismo día 22/05/2013, y mediante el correspondiente Auto, el acusado acordó el secreto reforzado de las Diligencias Previas 3173/2013.

Por Providencia de 03/06/2013 el acusado acordó nueva declaración como imputados del Director General de CAJA MADRID, DON Anton Lucas , y del propio Sr. Raul Domingo para el día cinco de junio siguiente, así como la comparecencia prevista en el art. 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Las declaraciones del día 05/06/2013 duraron varias horas y en ellas interrogaron el juez, el Ministerio Fiscal, el abogado que defendía al Sindicato MANOS LIMPIAS así como los abogados defensores de los Srs. Anton Lucas y Raul Domingo .

En la vista de comparecencia que tuvo lugar a continuación son de destacar los siguientes datos:

- El abogado del Sr. Raul Domingo solicitó la suspensión del acto por haber recusado al magistrado y no haberse dado trámite a dicha recusación. El Ministerio Fiscal se opuso por cuanto la recusación se había planteado en las Diligencias Previas 58/2010. No se admitió a trámite la recusación.
- También el abogado del Sr. Raul Domingo cuestionó la legitimación del Sindicato MANOS LIMPIAS para sostener cualquier pretensión, en su condición de acción popular y en relación con el delito al estimar que sólo era perseguible a instancia de los perjudicados.
- Sólo el abogado del Sindicato MANOS LIMPIAS solicitó la prisión del Sr. Raul Domingo , que además de en los indicios de delito, fundaba en el riesgo de fuga, más acentuado, en su opinión, por la holgada posición económica de dicho imputado.
- El Ministerio Fiscal y la defensa del Sr. Raul Domingo expusieron las razones por las que no debía acordarse la prisión provisional cuales eran el arraigo del imputado, su comparecencia ante el Juez siempre que se le había citado, y, en definitiva, la ausencia de riesgo de fuga, y aunque el Ministerio Fiscal aceptó que podría ser otra la resolución del Juez, remarcó que la prudencia desaconsejaba claramente la medida de prisión, más aún cuando pendía un recurso de apelación contra el Auto de 16/05/2013 que acordó por primera vez la prisión, eludible mediante fianza, del Sr. Raul Domingo . Razones similares esgrimió la defensa del propio Sr. Raul Domingo .
- El Juez acordó la prisión provisional, en primer término de viva voz, tras un largo razonamiento que hacía referencia a que las explicaciones dadas en el día por el Sr. Raul Domingo , en vez de disipar los indicios de delito los confirmaba y acentuaban, y la conducta se presentaba como progresivamente más grave; al riesgo de fuga ponderando la extensión de la posible pena futura; y a la necesidad de practicar diligencias de investigación, sin riesgo de ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba. Se refería expresamente a cruces de correos entre el Sr. Raul Domingo y otro imputado que podía referirse a la manera de salvar el control de la Comunidad de Madrid, y al hecho de tener cubierta no solo la compra del NATIONAL CITY BANK, sino además cien kilos (100 millones de dólares) "por si se ponía algo a tiro". Con similares razonamientos a los expuestos verbalmente, aunque más extensos, se acordó por escrito la prisión provisional, ahora sin fianza, de DON Raul Domingo por auto de ese mismo día 05/06/2013.



Los Autos de prisión de 16/05/2013 y 05/06/2013 fueron recurridos en apelación. La Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid los revocó, acordando la libertad provisional del Sr. Raul Domingo en sendos Autos de 25/06/2013 y 04/07/2013. En ambos se consideraba incorrecta la admisión como parte del Sindicato MANOS LIMPIAS, por no ser perjudicado ni haber formulado querrela ni prestado fianza. Se añadía que la personación en las Diligencias Previas 3173/2013 del Sindicato MANOS LIMPIAS no se había producido, por faltar en ambos casos la resolución judicial que así lo acordara - y en el primero (el día 16/05/2013) incluso la solicitud de personación del Sindicato, la cual se produjo con posterioridad, en concreto, el día 22-5-2013-. En cuanto a las razones de fondo, el Tribunal entendía que el riesgo de fuga no concurría con una mínima intensidad suficiente para acordar la prisión provisional en ninguno de los dos casos, y en el segundo, consideraba como simple indicio añadido los correos electrónicos a que se refería el Juez en su Auto de 05/06/2013 y sobre los cuales, por cierto, pesa una causa penal abierta contra el acusado.

Estos Autos de la Sección 15 supusieron, obligar a la devolución de la fianza, pues, tras prestar ésta el Sr. Raul Domingo quedó en libertad el 17/05/2013, pero no se le devolvió hasta el 3-7-2013. Y respecto al segundo ingreso en prisión, la libertad provisional se acordó a la vista de los Autos de la Sección 30 de la Audiencia Provincial que acordaban la nulidad de los autos de reapertura y de la providencia de 7-12-2012.

Ese mismo día, ante tales decisiones de la Audiencia, el acusado se reunió en su despacho, durante largo rato, con los abogados de Manos Limpias a cuya finalización acordó la libertad del Sr. Raul Domingo, todo ello sin hallarse presente en dicha reunión, ni el Ministerio Fiscal ni la defensa del Sr. Raul Domingo. Al respecto, consta acreditado que era práctica habitual, que en el presente caso, la representación de Manos Limpias accedía directa y sin traba alguna, al despacho del acusado.

CUARTO.- Como se ha dicho, por Auto de 22/05/2013 se acordó el secreto de las Diligencias Previas 3173/2013, resultando que en la primera página figuraba la mención de que la causa estaba declarada secreta, sin que se haya aclarado las razones de tal circunstancia.

Lo cierto es que el Sr. Raul Domingo sabía que sus comunicaciones estaban intervenidas, y así se puso de manifiesto en conversación telefónica con su abogado, conversación que fue oída por los agentes de la Guardia Civil a los que se les habían encomendado las escuchas, lo que pusieron en conocimiento del Juez.

En vista de ello el acusado incoó las Diligencias Previas 4182/2013 por si lo anterior fuera constitutivo de un delito de revelación de secretos, y citó como imputado al letrado DON Damaso Paulino y como testigo al Sr. DON Raul Domingo para el día 04/06/2013.

El Sr. Raul Domingo declaró ese día en primer lugar y explicó que, además de sospecharlo, tenía plena conciencia de la intervención de las comunicaciones porque así constaba en el Auto que se le había notificado. Pese a ello, el acusado prosiguió las diligencias acordadas, tomando declaración al Sr. Damaso Paulino como imputado, sólo tras de lo cual el mismo día 04/06/2013 dictó Auto por el que acordaba el sobreseimiento provisional de las actuaciones.

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

II.- FUNDAMENTOS PE DERECHO

Cuestiones previas

PRIMERO.- Al inicio del juicio oral, las partes plantearon al Tribunal, una serie de cuestiones previas, al amparo del art 786 LECrim, las cuales fueron desestimadas por las razones que constan y se recogen en el Acta del día 8 de julio del presente, pero que se desarrollan, a continuación, a los efectos de su debida motivación y control de las mismas.

MINISTERIO FISCAL

1ª) Testifical de D. Calixto Moises en relación con la declaración prestada el 16 de junio de 2014 ante la Magistrada Instructora en las diligencias previas que se están tramitando ante esta Sala de lo Civil y Penal con el nº 17/2014, y documental, consistente en la aportación de testimonio sobre tal declaración: se pretende demostrar que la relación existente entre el acusado y el Abogado que intervino en representación de Manos Limpias excede de la meramente profesional.

2ª) Documental consistente en aportación págs. 17, 21, 22, 27, 29, 41, 81, 82 y 107 del libro del acusado "Justicia desahuciada" (publicado en el mes de febrero de 2014), que indicarían que la conducta del acusado, al reabrir las Diligencias Previas 58/2010, iba encaminada a cercenar el derecho de defensa del Sr. Raul Domingo.



En relación con la primera de las cuestiones, examinada por la Sala dicha declaración emitida en diligencias que se sustancian ante este mismo Tribunal, no se aprecia, prima facie, qué influencia pudiera tener en la decisión de la presente causa una escueta afirmación, muy posterior a los hechos ahora enjuiciados, reconociendo, sí, amistad con el acusado, pero indicando que le conoce desde hace poco tiempo.

En cuanto a la documental de parte del Libro del acusado Justicia Desahuciada, es verdad que tal documental se genera con posterioridad a los escritos de acusación y es cierto que pudiera reflejar indiciariamente posibles motivaciones del acusado en relación con algunas de las decisiones que son ahora objeto de enjuiciamiento. La Sala entiende, no obstante, que tal documental no guarda una relación suficientemente intensa con el thema decidendi como para propiciar su admisión, amén de que su aportación a la causa pudiera incurrir en superfluidad pues no contiene, desde luego, una confesión; todo lo más refiere apreciaciones subjetivas, enunciadas y conformadas por el propio acusado con posterioridad a los hechos aquí enjuiciados, que la Sala reputa más perturbadoras que esclarecedoras respecto de la acreditación de los hechos que integran la acusación y de la concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo del tipo por el que se acusa: ni es, pues, una prueba necesaria para decidir -dada la profusión de prueba directamente conectada con los hechos y coetánea a los mismos que se ha admitido-, ni, en la mediata conexión que guarda con el thema decidendi, se revela como útil y conducente al buen fin del proceso.

En definitiva, efectuado el juicio de pertinencia y de necesidad tan reiteradamente impuestos por la jurisprudencia (recientemente, SSTs de 26 y 17 de junio de 2014 , ROJ STS 2902 y 2841/2014 , respectivamente), la Sala rechaza la testifical y documental referidas.

ACUSACIÓN PARTICULAR (SR. Raul Domingo)

Se dan por respondidas en tanto coinciden con las del Ministerio Público.

La única que añade a las del Fiscal es la solicitud de aportación del ATS de 14 de abril de 2014 , recaído en el procedimiento 20073/2014, que no admite a trámite la querrela interpuesta por el Sr. Gonzalo Geronimo contra el Magistrado instructor de esta causa, Sr. Oscar Virgilio .

La Sala entiende que este documento no es pertinente, puesto que el hecho de que la Sala Segunda del Tribunal Supremo no haya apreciado el menos indicio de delito en la actuación como Instructor de esta causa del antedicho Magistrado, no tiene que ver con el objeto de la acusación en este proceso, ni condiciona en modo alguno la decisión que en él se haya de tomar sobre la certeza de los hechos que se imputan al acusado.

ACUSACIÓN PARTICULAR (SR. Cayetano Emiliano)

No formula cuestiones previas.

DEFENSA DEL ACUSADO

1ª) Litis endencia. En síntesis, se sostiene que hasta tanto se resuelva la causa que se está siguiendo contra el Sr. Raul Domingo por la compra del CITY NATIONAL BANK OF FLORIDA, no se debe celebrar el presente juicio ni resolver sobre este proceso, pues el resultado de aquél condicionaría el de esta causa.

Es evidente de toda evidencia que el presente proceso ni versa sobre los mismos hechos ni afecta al mismo acusado que el proceso que se sigue contra el Sr. Raul Domingo en las diligencias previas 3173/2013, ante el Juzgado de Instrucción nº 9 de esta capital.

Sin invocar una suerte de litispendencia en el proceso penal sólo tiene sentido desde la perspectiva de la más absoluta identidad de objetos procesales -dada la exclusión de la función positiva o prejudicial de la cosa juzgada material-, que aquí no concurre, hemos de concluir que, en realidad, se pretende una especie de prejudicialidad penal en el proceso penal no regulada por la ley.

Como pone de relieve el FJ 1 de la STS de 3 de mayo de 2002 (ROJ 3142/2002), la LECrim. sólo regula expresamente, en los arts. 3 a 7 , las cuestiones prejudiciales civiles y administrativas respecto de una causa penal, pero no contempla ni regula los supuestos que el recurrente llama prejudicialidad penal respecto a otra causa penal (STC 176/01, de 19 de septiembre). Por lo demás, esa especie de prejudicialidad penal resultaría, en el caso, carente de todo fundamento, pues conduciría a la situación absurda de que un Juzgador no pudiera ser acusado de prevaricación hasta tanto se verifique la culpabilidad o la inocencia del acusado en otro proceso, si dicho acusado es el pretendido sujeto pasivo del actuar prevaricador. Por poner un ejemplo que excusa todo comentario: que el Magistrado acusado en esta causa pueda o no haber cometido delito de prevaricación al acordar la prisión provisional del Sr. Raul Domingo , es independiente de la culpabilidad o inocencia de éste en la causa que contra él se sigue en las citadas diligencias 3173/2013.

2ª) Vulneración del derecho a un proceso debido por pretendido error de foliación de la causa.



La Sala pone de relieve el carácter puramente formal de esta queja: señala la defensa que al folio 3 aparece el Auto de admisión de la querrela, sin que ésta conste hasta el folio 677 -tomo III del rollo de Sala-. De ahí ni se sigue, como se pretende, que la querrela se haya admitido sin examen previo por parte del Tribunal; ni se invoca de qué indefensión o de qué desconocimiento de la causa ha podido ser objeto el acusado para pretender la vulneración de derecho fundamental alguno.

3ª) Se alega la falta de imparcialidad objetiva de dos miembros de la Sala, pues en su día participaron en las sesiones de este juicio oral, que ahora se vuelve a celebrar. Alega, asimismo, la defensa que dos días antes del comienzo del juicio oral -el sábado, día 5 de julio- ha tenido conocimiento de la admisión a trámite de una demanda interpuesta contra los Magistrados Sra. Esther Isabel y Sr. Cornelio Belarmino -Presidente de la Sala- por violación de derechos fundamentales: señala que no está en condiciones de aportar más datos ni sobre el contenido de la acción procesal ejercitada, ni sobre el alcance de la resolución judicial que se haya podido emitir.

En relación con este último alegato la Sala trae a colación, porque la juzga aplicable al caso, aquella doctrina jurisprudencial, ya clásica, que señala que para evitar el fraude procesal consistente en denunciar o acusar sin fundamento a un Juez o Magistrado con el fin de apartarlo del conocimiento de un asunto, la jurisprudencia condiciona la viabilidad de esta causa de abstención al hecho de que la denuncia o la acusación reúna las siguientes características:

- La acusación por alguna de las partes debe realizarse mediante denuncia o querrela - Cfr. STS (2ª) de 7 de octubre de 1963 (Ar. 3955)- presentada ante Juez competente con anterioridad al comienzo del pleito -Vid. SSTS (2ª) de 24 de enero y 2 de diciembre de 1958 (Ar. 64 y 3723)-, cumpliendo las formalidades legales.

- En cuanto al fondo, la acusación ha de tener visos de seriedad, de tal manera que, con independencia de que culmine en una absolución o en una condena, la querrela sea admitida a trámite y la denuncia surta tal efecto que, en su virtud, se proceda a la averiguación de los hechos que comprende Vid. SSTS (2ª) de 24 de enero y 2 de diciembre de 1958 (Ar. 64 y 3723), 8 de julio de 1994 (Ar. 6702), 30 de marzo de 1995 (Ar. 2130) y 14 de junio de 1996 (Ar. 4770)-.

Pues bien, ninguno de estos requisitos aparece acreditado en el alegato que formuló la defensa del Sr. Gonzalo Geronimo , dado que no consta su admisión a trámite.

Y por lo que concierne a la pretendida falta de imparcialidad objetiva de los Magistrados, Sres. Cornelio Belarmino y Manuel Pio , la Sala recuerda que es cuestión ya resuelta por Auto de 20 de junio de 2014, por el que el Instructor de la recusación suscitada por este mismo motivo acuerda no admitirla a trámite. La Sala se remite a las razones contenidas en el referido Auto y a las que constan en el que resolvió sobre la abstención del Sr. Cornelio Belarmino , de fecha 22-5-2014

4ª) Se aduce que la compañía aseguradora que ha afianzado la responsabilidad civil del acusado ni ha sido citada ni se encuentra en la Sala, no pudiendo, en consecuencia, ser condenada.

El Tribunal, para responder a esta cuestión, repara en que ninguna acción se ejercita en la causa contra dicha aseguradora, y recuerda, finalmente, la doctrina de la Sala Segunda sobre esta materia, expuesta con toda claridad, por todas, en el FJ 5 STS de 27 de mayo de 2009 (Roj: STS 3609/2009), cuando, en lo que toca al presente caso, dice:

"Cuando el asegurado es el (supuesto) autor del delito, es claro que si la compañía aseguradora, en virtud de contrato o de la ley, quiere repetir el importe de lo pagado a un tercero perjudicado como consecuencia de tal delito en nombre de su cliente (asegurado), deberá verificarlo en el proceso civil que a su derecho convenga, pero nunca en el proceso penal, y ello como consecuencia de varias razones: en primer lugar, porque el pago no es consecuencia del delito, sino de su propio contrato, como ya hemos afirmado; en segundo lugar, porque la posición jurídica de la aseguradora del propio acusado se convierte de esta forma en contraria a los intereses de éste en el proceso penal, de modo que ostentaría una acción civil, que se contrapone con los intereses de su mismo asegurado; en tercer lugar, porque esta dualidad de posiciones, y las cuestiones que se solventan en el proceso penal, no es el ámbito adecuado para resolver los problemas derivados del contrato que quisiera hacer efectivo tal compañía aseguradora, porque el proceso penal no es el espacio más idóneo para desenvolverse los problemas derivados de las excepciones procesales, dilatorias o perentorias, o la misma interpretación del contrato, en el caso de que el asegurado pudiera oponerlas; ello sin contar con que, en muchos casos, se produciría la pretensión de un ilícito enriquecimiento, pues la aseguradora pretendería repetir aquello a lo que ya estaba obligada por el contrato (la indemnización al perjudicado); en cuarto lugar, porque el contenido del art. 117 del C. Penal es suficientemente explícito al respecto, desde nuestro punto de vista. Dicho precepto dice así: "los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un



hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda".

Esto es, tales aseguradores ostentan frente al ámbito jurídico de la víctima la condición de responsables directos hasta tal límite de lo pactado o legalmente establecido, pero con respecto a la órbita del causante de la infracción penal, que es el acusado, o lo que es lo mismo, su asegurado, si bien pueden ostentar algún derecho de repetición, la ley penal - en el precepto transcrito- les reserva tal acción, pero deberán ejercitarla en el procedimiento civil correspondiente, no en sede del proceso penal".

Por su parte, la reciente STS 1865/2014 de 14-05, tras indicar que no es el trámite de cuestiones previas el idóneo para discutir cuestiones de constitución de las partes procesales, recuerda que " no podemos prescindir ni soslayar la jurisprudencia de esta Sala, como criterio aplicativo vigente, constatado en las SSTs. 199/2007 de 1 de marzo, 412/2008 de 25 de junio y 762/2011 de 7 de julio, y habida cuenta de que la legitimación activa se halla estructurada según la configuración legal, de conformidad con el art. 113 CP. y el acuerdo Plenario de esta Sala de 30 de enero de 2007 " cuando la entidad aseguradora tenga concertado un contrato de seguro con el perjudicado por el delito y satisfaga cantidades en virtud de tal contrato, sí puede reclamar frente al responsable penal en el seno del proceso penal que se siga contra el mismo, como actor civil, subrogándose en la posición del perjudicado ".

Pero precisamente de esta jurisprudencia se sigue lo contrario de lo que pretende la defensa del acusado, a saber, que previa petición formal de la aseguradora de constituirse parte en el proceso -lo que aquí no ha sucedido-, la eventual admisión de tal solicitud, lo sería con el carácter de actor civil para reclamar del eventual condenado, las responsabilidades civiles dimanantes del hecho delictivo.

Por todo lo cual procede rechazar la presente cuestión previa.

5ª) Vulneración del derecho de defensa por la negativa a la incorporación de los correos de CAJA MADRID o BANKIA, indicando que es determinante para apreciar el elemento subjetivo del tipo por el que se acusa que el Tribunal oiga al acusado sobre el conocimiento que tuvo de los correos y su influencia en las resoluciones que dictó.

La Sala recuerda, dejando de lado ahora otros aspectos que tienen que ver más o menos mediatamente con la decisión de fondo de esta causa -como es la validez misma o no de la intervención de tales correos telemáticos-, que, precisamente en pro del derecho de defensa, se ha permitido la incorporación de aquellos correos relacionados con las diligencias previas en la que intervino el acusado como instructor; y cumple recordar, asimismo, que sólo en una de las resoluciones judiciales de las muchas que, en los términos de las acusaciones, integrarían un delito continuado de prevaricación, se hace mención a dichos correos: en concreto, en el segundo Auto de prisión, de 5 de junio de 2013, FJ 4.

La Sala no aprecia, pues, lesión alguna del derecho de defensa, ni impedimento de ningún tipo para que el acusado haya podido explicar el porqué de las resoluciones que dictó, por la incorporación de unos correos que o no aparecen mencionados en ellas o cuando, en una concreta ocasión, sí se hace referencia a ellos, ésta es una alusión a mayor abundamiento.

6ª) Indebida personación en la causa como acusación particular del Sr. Cayetano Emiliano, al no presentar querrela, ni aportar poder especial, ni ratificarse, por lo que no puede admitirse su personación en la causa.

Nada más lejos de la realidad, iniciadas las presentes actuaciones por querrela del Ministerio Fiscal, la acusación particular indicada puede personarse sin necesidad de querrela ni poder especial, al amparo del 761.2 LECrim. Esta objeción procesal se plantea, por lo demás, de un modo totalmente intempestivo, cuando media una actuación en esta causa de dicha representación largo tiempo conocida y consentida por la defensa del acusado.

La defensa también juzga indebida la personación como acusación de D. Damaso Paulino, pues, si bien consta poder especial a favor del Sr. Doroteo Sebastian, éste no habría firmado un solo escrito.

El argumento no es atendible, pues como pone de relieve el Sr. Damaso Paulino, en el poder aportado se hace constar que la defensa de la acusación particular del Sr. Raul Domingo se hará bajo la dirección del propio Letrado, Sr. Damaso Paulino, quien ejerce su propia defensa sin colisión alguna de intereses, incluyendo, en efecto, en un poder general para pleitos al Sr. Doroteo Sebastian, por si se hubiera presentado la necesidad de algún tipo de sustitución.

7ª) Inadmisión de la testifical de D. Damaso Paulino.



Se cuestiona que pueda actuar como testigo, por impedirlo el art. 704 LECrim, quien es letrado de una de las acusaciones y, a la vez, perjudicado que ejercita la acción penal y actúa en su propia defensa.

Esta cuestión se revela inoperante desde el punto y hora en que los proponentes de esta testifical (Ministerio Fiscal y la defensa del acusado) han renunciado a su práctica.

Ahora bien; la Sala se siente en la obligación de recordar que existe consenso doctrinal y jurisprudencial en que el ordenamiento español no excluye el contenido probatorio que puedan ofrecer las manifestaciones de los perjudicados por el delito. Así, h. STS de 18 de diciembre de 1991 -RJ 1991, 9493- recuerda que "el tratamiento procesal penal del ofendido o perjudicado, ante una regulación específica inexistente, se rige por las normas de la prueba testifical respecto a sus declaraciones. Ya sean, a veces, testigos cualificados -como cuando fueron víctimas-, ya, en otras ocasiones sólo perjudicados. La diferencia esencial entre el testigo, sin más adjetivos, y la víctima testigo es que aquél es ajeno al proceso y ésta no. Pero existe un claro denominador común: se trata de juicios históricos sobre la vivencia o vivencias que tuvo el declarante".

E insiste en esta idea la STS de 27 de diciembre de 1996 -RJ 1996, 9243-, que advierte que "la víctima del delito no es un testigo, pues característica de este medio de prueba es la declaración de conocimiento prestada por una persona que no es parte en el proceso y el perjudicado puede mostrarse parte en la causa como acusador particular o incluso con sólo finalidad resarcitoria como actor civil", pero, sin embargo, afirma, acto seguido, que "su declaración se equipara al testimonio".

Más contundente es todavía, entre muchas, la STS de 20 de mayo de 1997 -RJ 1997,4262-, cuando dice: "Quien es parte en el proceso civil -dice la sentencia- no puede declarar como testigo, sino por medio de la llamada prueba de confesión; pero esto no ocurre en el proceso penal, en el que a tales efectos sólo hay una parte, aquélla contra la que se ejercita la acción penal, única que no puede declarar como testigo. Todas las demás personas que pueden aportar algún dato de interés al proceso han de actuar en el mismo prestando su testimonio con sometimiento a las normas procesales que regulan esta clase de prueba. También los ofendidos por el delito...".

Criterio refrendado, también desde decenios atrás, por el Tribunal Constitucional, que ha declarado en la STC 229/1991, de 28 de noviembre, que "en ausencia de otros testimonios, la declaración del perjudicado practicada normalmente en el juicio oral con las necesarias garantías procesales, tiene la consideración de prueba testifical, y como tal, puede constituir válida prueba de cargo, en la que puede basarse la convicción del Juez para la determinación de los hechos del caso". De ahí, precisamente, que sea un criterio hoy mantenido por jurisprudencia reiterada la que tiene declarada la aptitud de la sola declaración de la víctima (verosímil, persistente y sin indicios de móviles espurios) para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia (v.gr., SSTS 325/2010 y 474/2010 y ATS 769/2013).

Ningún inconveniente hubiera habido, pues, en la declaración del Sr. Damaso Paulino, que se habría dispuesto se prestara en primer término, dada su presencia en estrados -para preservar lo dispuesto en el art. 704 LECrim-, y máxime versando sobre hechos de los que ha tenido conocimiento como testigo directo, y no como Letrado.

8ª) Renuncia al aforamiento.

La Sala se limita a recordar, sobre este extremo, la constante doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que impide tal posibilidad de renuncia al fuero procesal de jueces o magistrados encausados por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos "por la gran trascendencia social que una conducta delincuente en el desempeño de funciones judiciales tiene para la sociedad" (v.gr., FJ 2 ATS de 5 de diciembre de 2003, Roj: ATS 13846/2003).

9ª) Nulidad de todo lo actuado.

Por último, y aunque no fue invocada formalmente como cuestión previa, antes del inicio del juicio, sino en la 4ª sesión del juicio, antes de darse comienzo a la prueba testifical señalada para ese día, y reiterada en el trámite de informe de la defensa, ésta solicitó la nulidad de todo el proceso seguido contra el acusado por considerar que sin perjuicio de las acciones legales que se reservaba en relación al Ministerio Fiscal, las Diligencias de Investigación nº 28/2013 seguidas contra su defendido, vulneraron sus derechos fundamentales, porque no se le tomó declaración en ellas, las mismas no se encuentran unidas a la causa, y que en todo caso, se han aportado de modo parcial e incompleto.

Dado traslado a las acusaciones personadas, por el Ministerio Fiscal se contesta que las Dª 28/2013 están íntegramente aportadas con la querrela y que no es obligado tomar declaración al Sr. Gonzalo Geronimo.

Por su parte las acusaciones particulares personadas se opusieron al incidente, considerando que era una "cortina de humo" y que el Sr. Gonzalo Geronimo supo en todo momento que estaba siendo investigado por



la Fiscalía y el CGPJ, por las denuncias presentadas por el Sr. Raul Domingo debido a las actuaciones del Sr. Gonzalo Geronimo .

El Tribunal comunicó que tomaba conocimiento en ese momento de tales afirmaciones y que resolvería en sentencia, tal como se hace en este momento.

En primer lugar, hay que indicar que la cuestión mencionada debió ser planteada en el trámite previsto en el art 786.2 LECrim , por lo que no siendo el momento oportuno, al haber precluido el mencionado trámite, ha de ser inadmitida.

No obstante, y en virtud del superior imperativo constitucional de la tutela judicial efectiva, este Tribunal manifiesta, al respecto, lo que sigue.

Las 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, están previstas 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 de 2007.

En el presente caso, no hay constancia de que se hayan adoptado contra el acusado medidas cautelares limitativas de derechos e incluso, su no toma de declaración, se debió a no considerarse necesario, a la vista de que lo investigado era el dictado de una serie de resoluciones de fácil acceso y la tramitación de un determinado procedimiento.

Finalmente, fueron incorporados con la querrela que dio inicio al presente PA **1/2013**, habiendo manifestado el Fiscal Jefe ante el TSJ de Madrid que se incorporaron de forma completa, cuestión por lo demás que no tiene la relevancia que le da la defensa del acusado pues al tratarse de diligencias de naturaleza preprocesal, unas veces se archivan sin más y otras se incorporan, de modo completo o en lo que resulte pertinente al proceso dado que es una norma procesal de general conocimiento que las actuaciones superfluas para una causa, no se tienen en cuenta, como así sucede, por ejemplo, con la discriminación de las comunicaciones telefónicas intervenidas, al descartarse las irrelevantes y aportarse a la causa las que tengan interés procesal.

Por último, y como ya dijera esta Sala en la STSJ de Madrid número 15/2013 de fecha 11-10 , 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, 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 el acusado y partes intervinientes.

También es de recordar, como la STC 41/1998, de 24 de febrero , legitimó las diligencias preliminares abiertas por el Ministerio Fiscal y que justificaron la investigación judicial subsiguiente, y recordó -como no puede ser de otra manera- que el fallo que debe dictar la Sala sentenciadora sólo puede apoyarse en las pruebas practicadas en el acto del juicio oral con todas las garantías, y no en las diligencias de investigación que se pudieran haber llevado a cabo, pues es el juicio oral, con su carácter de plenario, y con observancia de los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción, donde ha de valorarse el acervo probatorio finalmente configurado y resolverse las distintas cuestiones planteadas, con la debida motivación que exige el art. 120.3 CE .

Y por ende, "que la documentación del sumario remitido al Tribunal llamado a conocer del fondo fuera incompleta carece de toda trascendencia constitucional", salvo que alguno de los elementos consignados en ella hubiera sido determinante para resolver alguna cuestión planteada en el acto del juicio, lo que en el presente caso no ha ocurrido, dada la abundante prueba practicada y el hecho especialmente relevante de que el objeto del juicio, venía constituido, esencialmente, por el análisis y valoración en su contexto, de una serie de resoluciones presuntamente prevaricadoras, dictadas por el acusado.

Habiéndose dispuesto de tales resoluciones, debatiéndose por las partes sobre su alcance y significación, y resultando que se ha escuchado a magistrados, funcionarios y al propio Sr. Raul Domingo , éste como testigo y en su condición de presunto perjudicado por la instrucción llevada a cabo por el acusado, se ha dispuesto de material bastante, válidamente constituido, y practicadas las pruebas pertinentes, con observancia de todas las garantías, por lo que se desestima la cuestión planteada.

Se desestiman, pues, todas las cuestiones previas planteadas por las partes.

Valoración de la prueba



SEGUNDO.- La clave de todo juicio, es la prueba practicada en la vista pues de su resultado derivan los pronunciamientos de orden jurídico y económico de la sentencia.

A) En tal sentido, no es ocioso recordar que el derecho a la presunción de inocencia, consagrado en nuestro sistema con rango de derecho fundamental en el artículo 24 de la Constitución , implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Esto supone que es preciso que se haya practicado una mínima prueba de cargo, cuya iniciativa corresponde a la acusación, que sea suficiente para desvirtuar esa presunción inicial (STS 251/2004) pues toda persona es inocente hasta que no se demuestre lo contrario.

Y así, es preciso, analizar:

a/ Si existe en las actuaciones prueba practicada como fundamento de la condena (prueba existente)

b/ Si dicha prueba de cargo ha sido obtenida y aportada a las actuaciones con observancia de las garantías constitucionales y de las normas aplicables en cada caso y en cada medio de prueba (prueba lícita)

c/ Si esa prueba de cargo, lícitamente obtenida y aportada al proceso puede considerarse suficiente para justificar un pronunciamiento condenatorio (prueba suficiente); y esta suficiencia ha de exigirse con rigor ya que toda duda razonable en materia de prueba ha de resolverse conforme al principio "in dubio pro reo" en favor del acusado.

Debe incidirse en que, no puede prescindirse de la ineludible necesidad de desplegar una prueba de cargo, razonablemente suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. Presunción que no solo constituye un derecho fundamental declarado en nuestra Constitución sino que además, es el "eje alrededor del cual giran las demás garantías procesales y en definitiva el funcionamiento de todo el procedimiento penal. (STS 2 de diciembre de 2003).

Y como ya señalara la Sentencia del Tribunal Constitucional 137/88 de 7 de julio y ha reiterado en numerosas resoluciones, la presunción de inocencia ocasiona un desplazamiento de la carga de la prueba a las partes acusadoras a quienes incumbe exclusivamente probar los hechos constitutivos de la pretensión penal, debiendo ser suficiente para generar en el juzgador la evidencia de la existencia un hecho punible y de la responsabilidad penal que haya tenido en él el acusado, así como sustentarse la actividad probatoria en auténticos medios de prueba obtenidos con respeto a los derechos fundamentales y practicados en el juicio oral bajo los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad, exceptuándose los supuestos de prueba preconstituida y anticipada siempre que se observe el cumplimiento de determinados requisitos materiales (imposibilidad de reproducción en el juicio oral), subjetivos (intervención del juez de instrucción), objetivos (contradicción con la intervención de letrado) y formales (introducción en el juicio través de la lectura de los documentos).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2007 dice que la presunción de inocencia "ha dejado de ser un principio general del derecho que ha informado la actividad judicial (in dubio pro reo) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos" (STC 31/81, de 28 de julio). En reiterados precedentes se ha declarado que la presunción de inocencia se integra en nuestro ordenamiento como un derecho fundamental de toda persona en cuya virtud ha de presumirse su inocencia cuando es imputada en un procedimiento penal. Este derecho supone, entre otros aspectos, que corresponde a la acusación proponer una actividad probatoria ante el tribunal de instancia y que de su práctica resulte la acreditación del hecho del que acusa. El tribunal procederá a su valoración debiendo constatar la regularidad de su obtención y su carácter de prueba de cargo, es decir, con capacidad para alcanzar, a través de un razonamiento lógico, la declaración de un hecho típico, antijurídico, penado por la ley y que pueda ser atribuido, en sentido objetivo y subjetivo, al acusado, debiendo expresar en la sentencia el relato de convicción y el razonamiento por el que entiende que se ha enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Dicho lo anterior, una auténtica valoración del acervo probatorio, exige recorrer las siguientes etapas: juicio de admisibilidad, delimitación del acervo probatorio a valorar, ponderación individualizada de cada prueba y decisión con la debida y suficiente motivación que explicita de modo claro las razones tenidas en cuenta por el órgano judicial para su resolución.

Y al respecto, resulta esencial el examen ponderado tanto de las pruebas de cargo como de descargo, cuestión que se examinará seguidamente



B) En el presente caso, dada la naturaleza de los hechos objeto de la acusación y del "factum" que este Tribunal considera acreditado, la prueba ha sido fundamentalmente de naturaleza documental.

En efecto, el pronunciamiento de este Tribunal ha versado, en definitiva, sobre las resoluciones adoptadas por el acusado que las acusaciones consideran prevaricadoras

Sin embargo, y con carácter complementario, se han tenido en cuenta pruebas de naturaleza personal, como el interrogatorio del acusado, que sólo declaró a su defensa, haciendo uso del derecho del art 24.2 CE al respecto, así como la testifical de los diversos funcionarios que fueron propuestos por las partes y cuyo testimonio se escuchó en la vista, testifical del Sr. Raul Domingo y de magistrados, funcionarios de la administración de Justicia y guardias civiles, así como la prueba constituida por la testifical en la persona de dos integrantes de la empresa de auditoría KPMG.

Quiere con ello decirse, que la tarea fundamental de este Tribunal ha sido el examen de las resoluciones en las que las partes han insistido más en su carácter prevaricador, si bien enmarcadas en el contexto de todo lo sucedido, explicitado por las propias actuaciones seguidas en el Juzgado del que era titular el acusado y las declaraciones de quienes han estado en contacto con los hechos objeto de este procedimiento.

Pruebas que han sido las finalmente practicadas, tras los pertinentes trámites de admisión y, finalmente, de renuncia a algunas de ellas, que estaban admitidas, a solicitud de las propias partes procesales

C) Resulta necesario, en este apartado, referirse de modo singularizado, a la defensa del acusado ya que la valoración de la prueba de descargo y de las alegaciones en que se basa, constituye una exigencia indeclinable de toda sentencia, como ya apunta el art 2 de la LECrim al establecer que "Todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo".

En el presente proceso, y en particular en el juicio, se ha dado oportunidad a la defensa de utilizar, al igual que a la acusación, los medios de prueba que consideró pertinentes, sin perjuicio de que se inadmitieran los ofrecidos en el acto de la vista -del mismo modo que en relación a las acusaciones- por las razones que se indican en otra parte de esta resolución, con lo cual se ha dado cumplimiento a las tres facultades que derivan del derecho a la prueba recogido en el art 24.2 CE, consistentes en alegar, probar e intervenir en la prueba propia para descargarse de las acusaciones y en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla, (SSTC 13/2006, 93/2005, 143/2001 y 76/1999, entre otras muchas), evitándose así cualquier sombra de indefensión, a fin de garantizar los derechos de defensa del acusado, (STC Pleno 258/2007, de 18 de diciembre y 226/1988, de 28 de noviembre).

Dicha defensa, desplegada con rigor técnico y estimable corrección, cual corresponde realizar a todo abogado, como colaborador esencial de la justicia, puede analizarse desde un doble ámbito, la prueba específicamente propuesta por la defensa y su participación en el resto de las pruebas practicadas.

Pues bien, empezamos por la prueba específica propuesta por la defensa, las testificales de los magistrados D. Miguel Iñigo y Don Eugenio Iñigo, además del propio interrogatorio del acusado, que sólo decidió responder a las preguntas de su letrado.

La testifical de los magistrados, cuyo contenido completo se recoge en la grabación que dispone realizar el art. 743 LECrim y en lo sustancial en las actas levantadas al efecto, han servido a este Tribunal para ilustrarse sobre el sistema de reparto de las causas en los juzgados de Madrid y para conocer el "rol" desempeñado por el Sr. Miguel Iñigo como Magistrado sustituto natural del acusado y, en concreto, para excluir de las resoluciones presuntamente prevaricadoras al Auto de inhibición a la Audiencia Nacional de 3-7-2012 (Tomo I, folio 31 de las DP 58/2010), porque lo firmó el testigo y porque aunque pudiera discutirse que fuera conforme a derecho, no se atisba que tenga carácter presuntamente delictivo alguno.

Mucho más interés, evidentemente, ha revestido la declaración del acusado a su propio letrado, la cual ocupó casi toda la sesión de la mañana del segundo día del juicio.

En su declaración, tras comenzar indicando que era objeto de una acusación falsa, explicó que en 2010 sobreescribió una denuncia en relación con la concesión de un préstamo al Grupo Marsans (Sr. Cayetano Emiliano) porque no se le aportó ningún indicio de delito.

Pero que reaperturó tal sumario ante un hecho notorio que representaba un indicio racional de criminalidad, cuál era el hundimiento de la tercera entidad financiera del país (CajaMadrid) llevando a la misma a la bancarrota.



Otra cosa que afirmó el acusado en este trámite, es que se personó Manos Limpias para informarle que había puesto una denuncia en otro juzgado -al parecer el juzgado de instrucción nº 21 de Madrid- y que le llegaría a él, si bien, es preciso apostillar que era por otros hechos distintos y que a pesar de su profecía, nunca le llegaría.

También se refirió el acusado al Ministerio Fiscal de modo displicente, justificando que no estuviera presente en la declaración de Manos Limpias -recogida al folio 29 de las DP 58/2010, pues ello era lo habitual, si bien no se aclaró a la Sala si lo citó debidamente y el Ministerio Público decidió no acudir, extremo que no pudo esclarecerse porque, como se dijo, decidió rehusar contestar a las preguntas de las acusaciones, incluido el Ministerio Fiscal.

En el resto de su declaración, justificó toda su actuación por los posibles delitos de fraude empresarial que habría cometido el Sr. Raul Domingo , al considerar conectado el "hundimiento de la entidad" con su labor de gestor de la misma, de ahí, el dictado de la providencia de 7-12-2012 -a la que nos referiremos posteriormente- y sobre la cual el abogado de la defensa, tuvo interés en que el acusado dejara bien claro que la dictó porque en la anterior declaración que tomó a los Sres. Raul Domingo y Cayetano Emiliano , estos dieron una versión de descargo muy floja y que era evidente que eran amigos y que mintieron al respecto y en cuanto al pago del crédito al no aportarle el justificante.

Por tal razón se dictó dicha providencia con la finalidad de ver cómo funcionaba la entidad y que fue cumplimentada poco a poco, no siendo una investigación prospectiva, estando relacionadas todas las diligencias con los hechos investigados.

Lo que sucede, es que la funcionaria Patricia Felicísima declararía que le instó a activar toda la providencia, lo que diligenció el 8-12- 2012, y no sólo una diligencia y con su resultado la siguiente y, por otro lado, basta leerla para comprender que, como luego diremos en el apartado de calificación jurídica de los hechos, su contenido desbordaba claramente el objeto de la causa - recuérdese, la investigación de la regularidad de un préstamo, por cierto, aprobado por los órganos correspondientes de la entidad prestamista, y no por el Sr. Raul Domingo en solitario- pues ordenaba diligencias de un calado y ámbito absolutamente irrazonable y desproporcionado.

Seguidamente el interrogatorio del acusado pretendió justificar todas las actuaciones posteriores emprendidas en investigación de los presuntos hechos delictivos que pudiera haber cometido el Sr. Raul Domingo , afirmando que cualquier manual extranjero plantea realizar el tipo de diligencias que el practicó.

Al respecto relató con cierto detalle la aprehensión de los correos del Sr. Raul Domingo , de lo que no vamos a decir nada aquí pues sobre ello se sigue otro procedimiento penal en este Tribunal, el cual se encuentra en fase de instrucción.

En cuanto a los recursos contra dicha providencia, en cuya resolución, desde que se plantearon, se empleó cinco meses, lo achacó al retraso del Ministerio Fiscal en evacuar su informe, dado que obstruía el procedimiento, y al impresionante número de diligencias que tramitaba, que cifró en 9 o 10.000 cada año.

Y sobre esta cuestión, que también es incluida por las acusaciones como un hecho relevante para calificar como prevaricadora su conducta en el proceso, aun admitiendo lo que el acusado declaró, sobre el volumen de trabajo al que debía atender en el presente caso no se cumplió la regla de que resolvía en dos o tres días todo lo que se le ponía en su mesa, como declaró, sino que se resolvieron mucho después de dicho plazo, permitiéndose de esa manera que avanzara una investigación que luego fue declarada nula a radice, por la Audiencia provincial de Madrid.

Igualmente, justificó el resto de sus actuaciones, en particular lo relativo a las prisiones acordadas respecto al Sr. Raul Domingo , achacando a un problema informático la realización de la primera comparecencia en la causa abierta, pues no disponía de número para incoar la nueva causa, o remitiendo al Secretario el tema de la devolución de la fianza pagada por el Sr. Raul Domingo , la cual éste tardó en recuperar bastantes días.

Consideró, por otra parte, que el encarcelamiento del Sr. Raul Domingo era porque entendía que podía fugarse o destruir pruebas y que el "juicio criminalístico de pronóstico" en estos casos nunca es seguro.

También se tuvo interés en esta declaración, en resaltar que los peritos de KPMG recibían amenazas en la realización de su trabajo, que no hubo retardos pues la causa era compleja, y había problemas de personal y que la competencia para la investigación de la segunda causa que entendía conectada a la primera, la adquisición del Banco de Miami, le correspondía por la normas de reparto existentes, como así confirmó la Sección 17 de la AP de Madrid.

Por otro lado, en relación al resto de pruebas, propuestas por ambas partes, acusadora y defensa, podemos hacer dos grupos: la testifical de funcionarios del juzgado que servía el acusado y otras testificales.



En cuanto a las primeras, cuyo detalle puede comprobarse en las actas levantadas, existe un mismo hilo conductor, que resumimos en las siguientes ideas:

- El Juzgado era un caos
- Sólo se vivía para el Caso Raul Domingo
- Los abogados de Manos Limpias se reunían asiduamente con el acusado, en su despacho sin que estuvieran presentes los letrados de la otra parte
- Llegaron a acumularse hasta 16 recursos pendientes de resolución, en dicha causa, todos de la defensa del Sr. Raul Domingo
- Había muy mal ambiente, se generó un sentimiento de animadversión frente al Juez
- El abogado del Sr. Raul Domingo fue amenazado de ser apartado de dicha defensa, además de serle abierto un proceso penal por revelación de secretos (sin base alguna, se añade, por lo que fue cerrado de inmediato, una vez se le tomó declaración como imputado)
- Al Juez se le informaba de inmediato de los escritos que llegaban pero no resolvía con rapidez, incluso dijo que no se tramitaran algunos recursos porque eran obstructivos e iguales a otros anteriores
- Estando declaradas secretas las actuaciones, el 5-6-2013 se citó al Sr. Raul Domingo a declarar, al igual que a Manos Limpias
- Se pretendió dictar a una funcionaría una resolución, por Manos Limpias, a indicación del juez
- Se devolvían las apelaciones que debía resolver la Audiencia Provincial -declaró la Secretaria judicial Doña Milagros Justa - porque estaban mal tramitadas
- El Juez tenía una copia de la causa para él

Por lo que se refiere a las restantes testificales, tenemos, además de la declaración del propio Sr. Raul Domingo , de un lado la de los guardias civiles que actuaron bajo las órdenes del acusado en la investigación de los posibles hechos delictivos del Sr. Raul Domingo - que aquí no se juzgan- y de otro, la de los firmantes del informe de la auditora KPMG.

Empezando por la declaración del Sr. Raul Domingo , éste relató, entre otros hechos:

- Que fue citado el 5-12-2012 sin conocer el objeto de su declaración.
- Que usualmente se le citaba por la Policía municipal o la guardia civil, en vez de por el conducto ordinario que emplean los juzgados
- Que el día 16-5-2013, estaba presente un abogado de Manos Limpias y su letrado dijo que no podía estar por no encontrarse personada, que su letrado pidió varias veces la suspensión de la declaración, por estar declaradas secretas las actuaciones y considerar que era un acto ilegal
- Que en la primera prisión acordada en su contra, a pesar de que Manos Limpias pidió prisión eludible con fianza, el Juez Gonzalo Geronimo acordó "in voce" prisión sin fianza, rectificando luego en el Auto imponiendo una fianza de 2,5 MM de euros que no había solicitado Manos Limpias
- Que su Letrado y él mismo se negaron a firmar el Acta de la comparecencia del 16-5-2013 por considerar que no reflejaba lo ocurrido
- Que cuando fue citado el 4-6-2013 tenía la convicción de que lo iba a encarcelar, de todas, que el Ministerio Fiscal se opuso a la solicitud de Manos Limpias y que lo ingresó, esta vez sin fianza, para asegurarse de que no saliera
- Que ese acto se celebró estando recusado el juez, pero no se apartó de la causa para tramitar la recusación
- Que estuvo en prisión un día, la primera vez y del 5 al 20 de junio, la segunda, y que aunque pago la fianza al día siguiente, no se le devolvió hasta varios días después
- Que no tiene la menor duda de la animadversión que tenía el Sr. Gonzalo Geronimo hacia él, entre otras cosas, por las manifestaciones que hizo en los medios de comunicación sobre su persona
- Que en relación al préstamo concedido al Sr. Cayetano Emiliano , aclara que no era para éste sino para su grupo de empresas, y que fue aprobado por unanimidad por el Consejo de CajaMadrid, pues el préstamo no tenía ninguna irregularidad, como puso de manifiesto un Informe del regulador americano.



- Que el acusado nunca preguntó a CajaMadrid si el préstamo fue pagado y que cuando le tomó declaración sólo le interesaba conocer si era amigo de Cayetano Emiliano (si cazaban, viajaban juntos, iban a fiestas...)

En cuanto a la testifical de los guardias civiles, declararon cómo actuaron bajo las instrucciones del acusado, realizando las labores que les encomendaba, señaladamente el asunto de la intervención de los correos del Sr. Raul Domingo , testificando que la llevaron a cabo con la cobertura del Sr. Juez y los correspondientes autos y mandamientos

Por último la testifical de los empleados de la auditora KPMG D. Nicolas Ovidio y D. Ceferino Clemente , sirvió para poner de manifiesto que recibieron burofaxes de dos consejeros de CajaMadrid tras entregar el informe encargado al Juzgado porque aparecían citados en préstamos concedidos a ellos o sus familias, pero que no les llamó en ningún momento el Sr. Raul Domingo .

Declararon que no se sintieron coaccionados por ello, que el Juez no les dio indicaciones sobre cómo confeccionar el informe y que detectaron irregularidades en el informe sobre el préstamo al no seguirse todos los protocolos para su concesión, aunque afirmaron que tanto el Comité de Riesgos de la entidad, como el Consejo de Administración y la propia Comunidad de Madrid, le dieron el visto bueno y se aprobó.

Y en cuanto a la documental, acreditada en autos y que no fue objeto de impugnación alguna, hasta el punto de que las partes renunciaron a su lectura, nos referiremos a ella in extenso, cuando calificaremos jurídicamente los hechos declarados probados.

Calificación jurídica

TERCERO.- Los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito continuado de prevaricación judicial dolosa, previsto y penado en el artículo 446 n° 3 en relación con el artículo 74.1°, ambos del Código Penal del que debe responder el acusado en concepto de autor.

De igual modo, se consideran producidos dos delitos contra la libertad individual, a tenor de lo previsto en el artículo 530 CP .

Ambas conductas delictivas se consideran cometidas mediante el denominado concurso de delitos, por lo que es de aplicación las reglas 1 ° y 2ª del art 77 CP , a efectos de penalidad.

Por otro lado, en relación con la acusación de "retardo malicioso en la Administración de Justicia, del art 449.1 CP , al tratarse de una modalidad de prevaricación "de recogida" o complementaria del tipo básico (STS n° 2135/2003 de 20-1), por aplicación de las reglas del art 8 3ª y 4ª CP (solución esta última que da al tema, la STS n° 1243/2009, de 30-10), la consideramos subsumida en el tipo principal del citado art 446 3ª CP , por lo que no lo consideramos aplicable.

Otra cuestión a la que deseamos hacer mención, es al hecho de que el tribunal se planteó subsumir las resoluciones que llevaron a la privación de libertad del Sr. Raul Domingo , dentro del delito de prevaricación ya que, en definitiva, no fueron sino decisiones, como las demás consideradas prevaricadoras, que se dictaron en el curso de la instrucción desarrollada por el acusado a través de las DP 58/2010 y 3173/2013.

Con ello se reduciría la pena que fija la ley, pero tal solución no es técnicamente posible dada la distinta naturaleza de los bienes jurídicos violentados por los diferentes hechos imputados al acusado, unos que afectan a la recta e imparcial administración de la Justicia y a los intereses generales que sirve el aparato público, y los otros, que violan un derecho fundamental particular, cual es el de la libertad individual de una persona, lo cual impide hacer uso del concurso normativo regulado en el art 8 CP , y obliga a decantarse por el concurso de delitos.

Sin embargo, y como finalmente se ha aplicado la pena en sus mínimos legales posibles, de hecho se ha alcanzado la misma solución, respetando los hechos y normas aplicables al caso.

CUARTO.- Procede, a continuación, examinar el primero de los delitos indicados, comenzando por el de prevaricación.

A) 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".

La doctrina y jurisprudencia sobre el delito de prevaricación, así la STS 308/2009, de 23 de marzo , recuerdan los elementos constitutivos de esta infracción penal:



1º. Sujeto activo ha de ser un juez o magistrado. Se trata de lo que venimos conociendo como delito especial propio.

2º. El medio de comisión consiste en dictar una sentencia o resolución injusta, la cual puede derivar de razones de fondo pero también existirá cuando haya importantes defectos de forma o procedimiento.

3º. El elemento subjetivo de este delito viene recogido en la expresión "a sabiendas" que, como ya dijeron dos antiguas sentencias de esa Sala, las de 14.10.1884 y 22.11.1901, consiste en actuar con conciencia e intención deliberada de faltar a la justicia, lo que ha de aparecer así de una manera que no deje lugar a dudas. Esa conciencia e intención deliberada no ha de confundirse con el móvil que puede ser incluso loable

Y en el caso de prevaricación por vulneración de normas procesales, se recuerda que "únicamente los defectos procesales de cierta entidad pueden constituir este delito de prevaricación, concretamente aquellos que consisten en absoluta falta de competencia o en inobservancia de esenciales normas de procedimiento (sentencias de esta sala 813/1998 de 12 de junio, 877/1998 de 24 de junio, 1012/1995 de 13 de octubre, 1152/1994 de 27 de mayo y 1095/1993 de 10 de mayo, entre otras) la mera ilegalidad no basta a estos efectos".

La STS de 20-10-2003, indica que la arbitrariedad supone una desigualdad o discriminación entre ciudadanos, en cuanto la decisión trata de forma injustificadamente diferente a unos respecto de otros.

Al tratarse de una resolución que, al ser arbitraria, resulta injusta para las personas sobre las que recae, implica discriminar a unos frente a otros y como indica la STS nº 181/2012 de fecha 15-3-2012 "no solo es apreciable cuando el contenido sustancial de la resolución sea inadmisibles en Derecho, sino también cuando se haya prescindido absolutamente del procedimiento establecido. Se recordaba en la STS nº 331/2003, que tal omisión "...ha sido considerada también como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre)".

En la STS nº 331/2003, se decía también que "...no se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. En este sentido, de un lado, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito".

En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución". Y, más adelante se añadía que la valoración deberá ser diferente cuando la omisión de "...las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujete a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales".

La jurisprudencia es constante en afirmar que el delito de prevaricación judicial requiere de dos elementos: a) uno objetivo, consistente en una resolución injusta por ser a todas luces contraria a derecho y b) otro subjetivo, que dicha decisión se tome "a sabiendas".

La STS 359/2002, de 26-2-2002 define los dos elementos:

- 1) "Resolución injusta": aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, siendo en definitiva "exponente de una clara irracionalidad" ya que la injusticia es un plus respecto a la mera ilegalidad.
- 2) "A sabiendas" la conciencia de estar dictando una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho.

Otra resolución, en concreto la STS 877/1998, de 24-6-1998 indica que la prevaricación exige un "torcimiento del derecho" patente y manifiesto, traducido en una ilegalidad tan grosera y evidente que revele por sí, la injusticia, el abuso y el plus de antijuridicidad

Y en cuanto al aspecto subjetivo, debe existir plena conciencia del carácter "injusto" de la resolución, es decir, que se adopte por dolo, con conciencia plena de la arbitrariedad que suponga.

La resolución citada incluye entre las posibles resoluciones, cualquiera que con independencia de su forma, posea en sí misma un efecto ejecutivo, pudiendo ser verbal, pues esta forma está admitida por el ordenamiento jurídico.



Y entre los supuestos que pueden ser objeto de prevaricación, la STS 877/1998 indica "la falta absoluta de competencia del acusado", y "la inobservancia de las más elementales normas del procedimiento" (en el caso, se autorizó un matrimonio sin la realización del preceptivo expediente matrimonial).

Por su parte, la STS 2338/2001, de 11-12, califica de "resolución delirante" un auto que no sólo se aparta de la doctrina consolidada en relación a la prescripción, su cómputo e interrupción sino que sostiene posiciones jurídicamente inasumibles, afectando al principio de seguridad jurídica, esencial en todo ordenamiento jurídico, y se hace empleando unas argumentaciones "de una pobreza argumentativa patente".

En definitiva, prevarica quien adopta una resolución no ilegal sino injusta, en cuanto deja de prestar la tutela judicial efectiva exigible a todo integrante del Poder Judicial, resolviendo de modo patentemente injusto, y a sabiendas, vulnerando gravemente los principios y garantías de un proceso. Y ello, ya sea por carecer de competencia, falsear el procedimiento, razonar de modo insostenible o decidir por razones al margen del proceso.

En cambio no son constitutivos del delito de prevaricación, las infracciones procesales que no tienen especial trascendencia o aquellas en las que las decisiones que se adoptan no son manifiestamente injustas sino razonables, y por tanto, en absoluto injustificables, dentro de la flexibilidad que concede el legislador (STS 359/2002, de 26-2-2002) que absuelve a una Juez sustitúa y a la titular de un Juzgado de Primera Instancia, por las resoluciones dictadas en un proceso matrimonial sobre custodia y capacidad decisoria respecto al colegio a que enviar a la hija de los litigantes.

Doctrina de la que se deduce, obviamente, que no todos los comportamientos reprobables del juez, en el ejercicio de la función jurisdiccional son constitutivos de un delito de prevaricación, sino sólo las decisiones injustas de mayor gravedad.

Por otro lado, dice la Sentencia del 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 "

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 admitidos 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 de 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 la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo que reproducen estos criterios, basta con citar las 627/2006, de 8 de junio, 102/2009, de 3 de febrero, o con anterioridad, las 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 "esperpéntico", "apreciable por cualquiera", etc., pues éstos han sido forjados para funcionarios no técnicos en Derecho.

Se dijo 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... en tanto que la injusticia supone un plus, una acción a sabiendas de la arbitrariedad de la decisión judicial adoptada".



Es decir, 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.

Y para terminar este apartado, como ha dicho muy recientemente la Sala Segunda del Tribunal Supremo para inadmitir a trámite la querrela formulada por el acusado frente al instructor de esta causa (ATS 14-4-2014 , Rec. Casación 20073/14), una de las líneas básicas establecidas sobre la prevaricación judicial es que "en las motivación de las resoluciones prevaricadoras predominan los argumentos encubridores del carácter antijurídicos del acto".

Por lo que es preciso estar en guardia ante resoluciones que se dictan envueltas en la formal y preceptiva motivación pero cuya argumentación "no se encuentra dentro de las opiniones que puede ser jurídicamente defendibles", como ya señalara la STS 2/99 de 15 de octubre pues -dice de nuevo el ATS 14-4-2014 - "la conciencia del Juez no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la Ley, porque ello conduce en definitiva a convertir la voluntad del Juez en decisión para resolver el conflicto. Tal planteamiento es incompatible con los postulados del Estado democrático de Derecho".

B) Aplicando tal doctrina al caso objeto de enjuiciamiento, resulta:

1.- En el presente caso, como sucediera en la Sentencia dictada por esta Sala de lo Civil y Penal, nº 15/2013, de fecha 11-10 - 2013, es aplicable lo que en ella se dice: el acusado, " desde el inicio de la denuncia presentada, se posicionó a favor de la misma y en contra" de la otra parte, habiendo formado "tándem" con el Letrado denunciante a fin de hacer prosperar la denuncia.

2.- En cuanto a la 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 efecto, el acusado llevó a cabo la acción típica antijurídica, consistente en dictar a sabiendas resoluciones injustas; su proceder tiene carácter de delito continuado, por razón de las distintas resoluciones dictadas, sin solución de continuidad, con la consiguiente pluralidad de acciones, dentro de un plan preconcebido o en aprovechamiento de las circunstancias que concurren al instruirse una causa; y ello se ha hecho para favorecer a los denunciantes, en perjuicio del denunciado, de acuerdo todo ello con el citado artículo 74.1 del Código Penal .

3.- En primer lugar, y como se ha dicho, el acusado justificó la reapertura de la causa sobre el préstamo al Sr. Cayetano Emiliano que tenía archivada porque en su opinión existía una conexión entre prestar dinero de cualquier manera y que se hunda una entidad financiera, tomando como base para ello, una operación de inversión, como la adquisición de un banco extranjero de menor tamaño.

Pues bien, este Tribunal, en su labor de valoración de la prueba, que está efectuando no puede admitir como conforme a derecho tal proceder. Antes al contrario, lo califica de disparate jurídico no sólo porque no existe tal conexidad, conforme al art.º17 LECrim sino porque no se había practicado en la causa diligencia nueva posterior al inicial sobreseimiento, único modo correcto, procesalmente hablando, de poder haber adoptado la mencionada decisión.

Piénsese, que de aceptarse como válido este modo de "conectar" causas, cualquier Juez que tenga un antecedente de una persona, puede abrir contra él, otra causa nueva -y todas las que de este modo, le parezca- por un hecho distinto, vulnerando así las reglas de la conexidad delictiva del art 17 LECrim , convirtiendo de esa forma, el proceso, en un instrumento "ad hominem" de búsqueda de responsabilidades.

4.-También concurre el elemento objetivo del tipo, por el carácter de injustas de las resoluciones dictadas, que carecían de una fundamentación jurídica sostenible distinta de la voluntad de su autor, y de las razones inaceptables en que se apoyaban, que se enmarcaban en irregularidades permanentes, denunciadas en aquella causa por el Ministerio Fiscal y la defensa del Sr. Raul Domingo , todo lo cual lleva a tener por probado que el Juez aquí acusado obraba con la conciencia de estar dictando unas resoluciones con total apartamiento del principio de legalidad y de las garantías del proceso en temas como la competencia, actos de instrucción, modo de tramitar los recursos, dictado de medidas cautelares...poniendo de manifiesto así, una voluntad persecutoria del investigado que compaginaba con la permanente limitación de sus posibilidades de defensa, como lo prueba el trato preferente que daba a una de las partes, produciendo de ese modo una auténtica quiebra técnica de la imparcialidad y de la esencia de todo proceso, como es el respeto a la dualidad de las partes, que exige tratar -a ambas- de modo equitativo.



5.- En cuanto al tema del dolo en concreto, la defensa del Sr. Gonzalo Geronimo en su alegato expuesto en el trámite de informe, sostuvo que no existió dolo, que todo lo más fueron errores, fruto del mucho trabajo que soporta un Juzgado de Instrucción en Madrid -se dijo que se incoan 10.000 diligencias/año, de media-y del impresionante volumen que alcanzó la causa en un breve espacio de tiempo, cuestión esta indudable pues el acusado instruyó una causa de bastante más de 10.000 folios en unos seis meses.

Pues bien, la intencionalidad del proceder del acusado no está en hechos circunstanciales, como el mucho trabajo o el tamaño de la causa, que por cierto el propio acusado contribuyó decisivamente a crear, sino en el propio contenido de las resoluciones, corroboradas por la abundante testifical producida, de todo lo cual se desprende que no se produjo algún error o defecto procesal puntual, sino que se desplegó una voluntad decidida a investigar, de modo integral, toda la supuesta mala gestión del Sr. Raul Domingo al frente de la Caja, adentrándose en una "inquisición general" para descubrir cualquier delito conectado a los dos hechos denunciados, a costa de irle restando garantías, no tramitando las recusaciones, retardando el impulso de los recursos y adoptando decisiones, que causaron grave daño al acusado, tales como reaperturar un procedimiento sin ningún hecho nuevo en el mismo, cambiar la condición procesal de Manos Limpias para propiciar su participación sin necesidad de prestar fianza y permitirle que pidiera -en contra del criterio del Fiscal- la prisión del Sr. Raul Domingo que fue acordada dos veces, la segunda ya sin fianza a pesar de lo abultado de la primera, que fue pagada con rapidez y ello lo hizo en condiciones tan precarias como el hecho de estar declarada secreta la causa.

Todo ello, sin olvidar que llegó a imputar al propio abogado del Sr. Raul Domingo de un delito de revelación de secretos, a fin de amedrentarle pues le consideraba un estorbo permanente para su peculiar instrucción, y desconfiaba de él, como reveló la testigo Patricia Felicísima ya que le recurría, le solicitaba nulidades y le pedía que tramitara su recusación al no considerarle imparcial.

En definitiva, el elemento subjetivo del dolo, en el proceder del acusado, viene constituido por tres razones: la gravedad de las resoluciones adoptadas, la persistencia de su propósito y el tratamiento preferencial dado a una de las partes del proceso -Manos Limpias- en detrimento de la otra -el Sr. Raul Domingo, principalmente-.

Ese comportamiento, no sólo supone un acto de prevaricación concreta y singular sino que lo hemos calificado de continuado dada la profusión de resoluciones dictadas con infracción de normas y motivaciones delirantes, reveladoras de una conducta dolosa, esto es, que el acusado sabía muy bien lo que hacía y quería hacerlo. Le importaba poco la ley, las resoluciones de la Audiencia y la oposición tenaz de la defensa del Sr. Raul Domingo y el control del Ministerio Fiscal, también enfrente en todo momento de ese modo tan particular de administrar Justicia.

6.- La consideración -cuestión alegada en el informe final, por la defensa del acusado- de considerar subsidiariamente existente una "prevaricación culposa", no puede ser estimada ya que no es posible que un hecho sea a la vez doloso e imprudente, y habiéndonos decantado por la primera opción, por las razones indicadas, ha de rechazarse, esta pretensión.

Al respecto, en la STS 29-6-2012, se indica que "es difícil representarse un supuesto de prevaricación judicial imprudente, pues el hecho de dictarse una resolución injusta por un funcionario tan cualificado como es el juez, deja poco espacio a un actuar negligente." En ese supuesto se incluiría -dice la sentencia- una "desatención grave de la oficina judicial" pero no una actuación como en el presente caso en el que el magistrado conociendo los hechos en su total dimensión y los deberes que le incumben en orden a la aplicación de la ley no actuara conforme exigía ese conocimiento "disponiendo la ordenación del proceso sin observar las normas del proceso debido" y así resolver de modo injusto, "con incumplimiento consciente de su deber jurisdiccional".

El carácter prevaricador, de tipo doloso, ha de predicarse de decisiones que revelan "una ignorancia clamorosa, manifiesta y palmaria, que, de ninguna manera puede atribuirse por una decisión incorrecta" (STS 1-10-2013).

La valoración prevaricadora, establece la STS 9-2-2012, se detecta en la decisión, que a ojos de cualquiera, se revela como "un acto de mero voluntarismo", "causando un daño totalmente injustificado y difícilmente reparable en los derechos de defensa de los imputados".

Detrás de motivaciones encubridores del carácter antijurídico del acto, pues, aparece en toda su claridad, la vulneración del ordenamiento jurídico de modo clamoroso.

Por tal razón, no son calificables de prevaricación, otros supuestos -no aplicables en el presente caso- como son una intervención indebida sobre la intimidad de un investigado (STS 10-6-2013), la existencia de meras dilaciones en la tramitación de un recurso o un error propiciado por la acumulación de trabajo y la impericia del personal auxiliar (STSJ Cataluña, de 4-6-2012).



Por el contrario, si el retraso es consciente y se dirige a conseguir una finalidad ilegítima, sí que existe prevaricación (STS 30-10- 2009)

En definitiva, como dijera la Sentencia del TS de 29 de Junio de 2.012 , y sucede en el presente caso, desde los hechos probados surge con facilidad que el magistrado conocía los hechos en su total dimensión, el modo irregular con que se adjudicó la instrucción de la segunda causa y como era consciente de los deberes que le incumbían 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 de ese modo la legalidad, dictó resoluciones con incumplimiento consciente de su deber jurisdiccional produciendo resultados injustos.

7.- En efecto, el ejercicio de la función jurisdiccional que ejercen Jueces y Magistrados, recordaba la STS, de 9 de Febrero de 2.012 , debe realizarse con sujeción "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", ya que, como dijera la STS 2338/2001 , se trata " de un poder independiente que encuentra su límite en la aplicación del Ordenamiento Jurídico ".

Y por ende, "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. "

Lo anterior es particularmente aplicable a la labor que realizan los jueces de instrucción, cuyo tremendo poder debe encauzarse a través de su recto y legal ejercicio, surgiendo así, la necesidad de reprobado penalmente, aquel modo de proceder que, bajo el pretexto de la aplicación de la ley, resulte frontalmente vulnerador del Estado de Derecho.

QUINTO.- El acusado ha instruido una causa general a espaldas del investigado. Es decir, ha instrumentalizado el proceso penal, para tratar de imputar algún delito a D. Raul Domingo , por su gestión al frente de Caja Madrid, competencia que no le correspondía, y lo ha hecho con notable menoscabo del derecho constitucional de defensa.

Este comportamiento, el más grave que puede cometer un Juez o Magistrado en el ejercicio de sus funciones constitucionales implica un actuar manifiestamente contrario a derecho al basarse en la adopción de múltiples resoluciones y un modo de instruir que ha atentado, en el caso, contra el derecho de defensa de la persona investigada, al infringirse garantías y reglas procesales de gran importancia, que configuran el llamado "juicio justo" de nuestra época, en el que lo verdaderamente importante no es qué se hace (la decisión) sino cómo se hace (el procedimiento).

No es que haya habido decisiones discutibles o meros errores -errare humanum est- es que se ha dirigido toda una operación judicial de corte inquisitorial, a fin de descubrir cualquier cosa que pudiera imputarse a los Sres. Raul Domingo y Cayetano Emiliano , o a sus parientes, arrogándose unas competencias ilimitadas respecto a una causa con un objeto -como todas- determinado y ello a base de una prospección inquisitiva destinada a obtener cualquier indicio que sirviera a tal propósito.

En esta instrucción han concurrido dos notas que la hacen prevaricadora: unas decisiones con unas motivaciones aparentes e inaceptables jurídicamente, y un hilo conductor consistente en primar a una de las partes del proceso frente a la otra, a la cual, se ha regateado, permanentemente, la posibilidad de un real ejercicio de su derecho de defensa.

A) Lo dicho, es preciso relacionarlo con la evolución del proceso en general, que según la doctrina más reconocida, ha pasado por tres etapas: una primera, en la que las practicas forenses, fueron delineando un modo de proceder; una segunda, en la que las leyes procesales delimitaban las reglas a seguir y la actual, en la que se busca el "juicio justo", a través de un instrumento, el proceso, definido como un conjunto de trámites conforme a determinados principios, en los que el respeto a las garantías, o derechos de las partes procesales, se erige en la clave del modo de otorgar la tutela judicial efectiva, que reconoce el art 24.1 CE .

Así, en la STC 41/1997 , fundamento jurídico 5º), se declaró que, "al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema -la pena criminal-, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más "sagrado" de sus derechos fundamentales. Por eso,



cada una de sus fases... adopción de medidas cautelares (STC 108/1994 , fundamento jurídico 3º); sentencia condenatoria (SSTC 31/1981 , 229/1991 y 259/1994); derecho al recurso (STC 190/1994 , fundamento jurídico 2º), etc., se halla sometida a exigencias específicas que garantizan en cada estadio de desarrollo de la pretensión punitiva, e incluso antes de que el mismo proceso penal empiece (STC 109/1986 , fundamento jurídico 1º), la presunción de inocencia y las demás garantías constitucionales del imputado".(STC 41/1998, de 24 de febrero).

Y es que desde que la STC 163/1989, de 16 de octubre , afirmara que el ordenamiento procesal no es un mero conjunto de trámites, sino "un ajustado sistema de garantías", la dimensión constitucional del proceso, y dentro de éste, los derechos de las partes, ocupan un primer plano.

En tal sentido, el art 24 CE es el fundamental en la materia, ya que "constituye un verdadero código de garantías", que contiene auténticos derechos subjetivos de titularidad inmediata y aplicación directa, cuyo desarrollo legal ha de respetar su contenido esencial.

El derecho a un proceso público con todas las garantías, se desenvuelve a través del derecho al libre acceso a la jurisdicción, a seguir un procedimiento público en condiciones de igualdad, ejercitando de modo contradictorio el derecho de defensa y poder así, obtener una resolución fundada en derecho y debidamente motivada, que, en suma, no aparezca contaminada por el menor atisbo de indefensión.

Estos derechos fundamentales o garantías del proceso, son imprescriptibles, irrenunciables y, en cuanto exista una regulación legal de los mismos, cualquier pretendida restricción o limitación al respecto, ha de ser objeto de interpretación restrictiva (SSTC 7/1983, de 14 de febrero y 176/1988, de 4 de octubre).

Por otro lado, al estar constitucionalizadas o recogidas en leyes, tales garantías vinculan en su aplicación a los poderes públicos, por así establecerlo el art 9.1 CE , en lo que se llama principio de vinculación directa o bilateral de la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, a su observancia por ciudadanos y personas que ejercen funciones públicas.

La problemática que examinamos, se sitúa en la actualidad, en la dialéctica del derecho al "juicio justo", basado en el garantismo, que exige interpretaciones equilibradas y ponderadas del acontecer procesal.

Y entre tales garantías, destacan, como marco básico, las que derivan de los principios de audiencia o contradicción y el de igualdad de partes, configuradores del derecho de defensa, consistente en alegar y probar, defendiendo las pretensiones que se sostengan en un proceso.

Este derecho de defensa procesal, se halla íntimamente conectado con el derecho a un proceso justo o equitativo -fair trial, en el derecho anglosajón- y ampliamente reconocido en las normas internacionales más importantes.

Así, en el art 11.1 DUDH . se establece que "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa."

En el art 6. 3 CEDHLF, se dice: "Todo acusado, tiene como mínimo, los siguientes derechos: b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, podrá ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan".

De igual modo, en el art 14.3 de los PIDCP de Nueva York, se recoge tal derecho, en estos términos:

"Durante el proceso, toda persona acusada de un delito, tendrá derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección.

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o a ser asistida por un defensor de su elección, a ser informada si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo"

Y finalmente, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se dice, en su artículo 47: "Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia".



Y en el art 48 se expresa: "1. Todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa".

El derecho de defensa trata de asegurar el correcto desenvolvimiento del proceso, proporcionando la tutela judicial efectiva en el caso, pues el derecho de defensa "trasciende a la mera tutela de los intereses particulares para convertirse en una exigencia estructural del proceso".

Y su importancia es tal, que como se desprende del art 24.1 CE , la negación del derecho al "juicio justo", produce indefensión, por lo que los órganos judiciales están obligados, sin entrar a ejercer una supervisión concreta de la actuación letrada en un proceso determinado, a velar por la existencia de una real y efectiva asistencia letrada que no suponga indefensión (STC 91/1994).

La indefensión, prohibida de forma expresa en el art 24.1 CE , tiene un alcance muy amplio, conectado al principio de la tutela judicial efectiva, reconocido en dicho artículo.

Pero aquí nos interesa en su dimensión procesal estricta, y en tal sentido, consiste en privar o limitar el derecho de defensa causando un perjuicio real y efectivo a los intereses del afectado por ella, (así lo caracterizaba la muy lejana ya, STC 48/1986).

Por otro lado, se ha hecho ver que se relaciona con un desconocimiento por el órgano judicial del principio de contradicción, lesionando de ese modo la necesaria garantía procesal de la audiencia bilateral, elemento clave del "proceso equitativo" (SSTEDH Caso Imbroscia, de 24.11.93 ; Caso Ártico, de 13.5.90 , etc)

En tal sentido, el principio de audiencia o contradicción se encuentra íntimamente conectado con el derecho de defensa del que constituye su presupuesto. Y ello, porque no es posible una defensa real sino cabe contradecir la acusación y las pruebas dirigidas contra la parte demandada del juicio.

Y ha sido el Tribunal Constitucional el que ha consolidado una doctrina al respecto, muy clara:

- . que implica asegurar la contradicción entre las partes, en toda las fases del proceso (STC 143/2001)
- . que supone propiciar idénticas posibilidades de alegación y prueba (SSTC 112/1987 , 237/1988)
- . que la eliminación o disminución material de tales derechos, en cuanto perjudique efectiva y realmente a una parte procesal, supone indefensión procesalmente, hablando (SSTC 2/2002 y 91/2000)

Y que en definitiva, para poder apreciar si en un determinado proceso ha existido indefensión, "es preciso analizar: la vulneración de una garantía procesal, la privación o limitación del derecho de defensa, que sea imputable al órgano judicial y que tenga incidencia en el fallo".

Por su parte, para todo acusado, el derecho a la asistencia letrada, que surge desde que una persona adquiere la condición de imputado, comprende el derecho a ser asistido en todas las diligencias policiales y judiciales, excepto en las excluidas por la ley -así cuando se decreta el secreto del sumario-, cumple las siguientes finalidades:

- Trata de asegurar la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial, pues una de sus manifestaciones es el derecho a la asistencia letrada, durante la detención
- Configura la igualdad de armas de las partes, especialmente durante el juicio oral
- Garantiza el principio de contradicción
- Permite evitar cualquier atisbo de indefensión durante el proceso

Funciona como derecho subjetivo y como regla estructural del proceso, lo cual significa que se ha convertido en una exigencia de orden público, y como tal indisponible por su titular, acorde con la naturaleza pública del derecho procesal, y en concreto en relación al proceso penal, por los intereses públicos que tiene el derecho punitivo.

Tal derecho existe durante todo el proceso, es decir, no se contrae sólo al acto del juicio oral, y supone el derecho a comunicarse con el letrado, sea cual sea la fase por la que transite el proceso y la situación procesal en que se encuentre el justiciable, libertad, prisión provisional o cumpliendo pena privativa de libertad.

Por excepción, en los casos de detención incomunicada, se designa un abogado de oficio, según establece el art 527 LECrim , lo que constituye una excepción al derecho a elegir un abogado de confianza.

Tal limitación, ha sido avalada por el Tribunal Constitucional, en su STC 196/1987 , debido a estas razones: porque se trata de diligencias policiales y no judiciales, por su carácter temporal y porque las circunstancias o naturaleza de ciertos delitos obliga a un especial cuidado para evitar filtraciones o que se destruyan pruebas.



Por último, y como prueba de su importancia máxima, el propio art 24.1 "in fine" de la CE , establece que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, ha de realizarse "sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

B) Conectado con lo anterior se encuentra la doctrina constitucional sobre las "inquisiciones generales", las cuales están prohibidas.

En efecto, tal como dijera la STC 174/2001, de 26 de julio de 2001 :

"la práctica de una "inquisición general", (resulta) incompatible, ciertamente, con los principios que inspiran el proceso penal en un Estado de Derecho como el que consagra la Constitución española."

Ciertamente, y en principio, como dijera la STC 41/1998, de 24 de febrero , "el hecho de que las diligencias previas hayan sido conducidas de oficio en gran medida por el Juzgado de Instrucción no conlleva vulneración alguna de los derechos de defensa del actor (STC 32/1994 , fundamentos jurídicos 3º y 4º).

De igual modo, en la referida sentencia se indica que no cabe considerar producida una inquisición general por el hecho de que se investigaran todos los movimientos de las cuentas bancarias de un denunciado y de su familia, pero es que en aquél caso la relación de dicha diligencia con los hechos investigados era evidente, y el Juez de Instrucción no perdió la imparcialidad por dirigir la investigación y ordenar de oficio la práctica de diligencias.

Por su parte, la STC 87/2001, de 2 de abril , se remite a los fundamentos jurídicos 13 y 24 de la STC 41/1998 y a lo declarado también en la anterior STC 32/1994 (FJ 5.3) y con cita de la STEDH de 27 de junio de 1968, caso Wemhoff , §§ 8, 9, 17 y 20, este Tribunal declaró que "los delitos de carácter económico suelen ser complejos y quedar ocultos en un entramado de operaciones económicas aparentemente inocuas, de forma que su investigación puede requerir la práctica de un elevado número de diligencias que alcancen a un amplio círculo de personas y entidades para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos".

Pero en esta misma resolución, tratando de esta cuestión, se subordina la corrección de la instrucción a que se practiquen diligencias que sean necesarias y sobre hechos en los que en la denuncia inicial existan indicios de delito.

De lo que se colige, que estaríamos ante una inquisición general cuando se investigan o delitos de los que no hay la menor "notitia criminis" o cuando se recurre a fórmulas como "todos los delitos" que haya podido cometer X.

Y por otro lado, no cabe investigar hechos que ya de inicio no constituyen delito o, que aunque pudieran serlo, se carece de cualquier indicio al respecto.

De ese modo, nos encontraríamos ante una "inquisición general" cuando se ordena investigar cualesquiera hechos relativos a una persona, cuando no existen indicios de comisión de delito alguno.

Y como afirmara la STC 41/1998 , FJ 27, recogiendo la doctrina anterior, -prosigue la STC 174/2001 - "prohibe el art. 24 de la Constitución que el inculpado no haya podido participar en la tramitación de las diligencias de investigación judiciales o que la acusación se "haya fraguado a sus espaldas", de forma que el objetivo y finalidad del art. 118 LECrim reside en informar al acusado acerca de su situación para que pueda ejercitar su derecho de defensa y evitar, de esta forma, una real indefensión derivada del desconocimiento de su condición procesal".

Y yendo a casos más concretos, en el "caso Juan Guerra", se descartó que se hubiera producido una "inquisición general" ante el hecho, entre otros, de que se trató de una causa que se prolongó desde marzo de 1990 hasta mayo de 1992 y "que sus resultados ocupan más de mil quinientos folios, que son el producto de un amplísimo conjunto de medidas de investigación" (STC 41/1998, de 24 de febrero), en la que se investigaban cinco hechos concretos indicados en la denuncia inicial.

Es decir no hubo inquisición general porque en una investigación de más de dos años, sobre hasta cinco delitos posibles, se produjeron 1500 folios, lo que contrasta con la desmesurada instrucción de la presente causa, convirtiendo un hecho puntual -la concesión de un préstamo primero- y la adquisición de un banco después, en una gigantesca causa general que en poco más de seis meses totalizó 17 tomos, con entre 490 y 1600 folios cada uno, y 4 piezas separadas en las DP 58/2010 y por lo que se refiere a las DP 3173/2013, 7 tomos más con entre 768 páginas el tomo menor y 1700 folios, el más extenso.

En la misma sentencia, que venimos comentando, se dice que lo determinante, en estos casos, es discernir si el acto judicial de incoación del procedimiento delimita o no el ámbito de la instrucción en términos suficientes "para evitar el riesgo de una investigación ilimitada sobre la vida del denunciado, con el doble efecto de legitimar las diligencias que pueden razonablemente entenderse comprendidas dentro del campo de la investigación,



y de impedir diligencias ultra vires, aquéllas que claramente son ajenas al ámbito sujeto a la instrucción de la causa y que requerirían, en su caso, la ampliación formal de la instrucción o la apertura de un nuevo procedimiento".

Y ello, porque una denuncia vaga o al revés, muy concreta, no permite una investigación "ad personam", centrada en la persona del denunciado y no, como es preceptivo, en unos hechos concretos de los que se sea acusado, los cuales sí delimitan el ámbito de la investigación criminal.

El paralelismo del "Caso Juan Guerra "con el presente es obvio, pero por cierto, para obtener conclusiones distintas. Así, en aquél conocido caso, se presentó como inicio de la investigación una "amplísima información, cuyo interés periodístico está fuera de cuestión, (pero que) no ofrece un soporte adecuado para definir el ámbito de una instrucción judicial de carácter penal. (Sin embargo), "con la denuncia inicial, sus autores también entregaron al Juzgado copia de numerosos artículos de prensa sobre las actividades denunciadas; pero no se conformaron con ello, como harían luego al ampliar la denuncia, sino que, en el texto mismo de la denuncia, luego admitida literalmente por el Juzgado por su resolución de 28 marzo 1990, narraron aquellos hechos que les parecían de carácter delictivo, individualizándolos en términos que podrán o no ser mejorables, pero que, por si mismos, eran suficientemente expresivos para definir el ámbito de la investigación."

De ese modo, se legitimó la incoación del procedimiento y la investigación realizada, que por su extensión y duración -ya reseñadas-guardan una proporcionalidad que contrasta con la desmesura del presente caso.

También en dicha sentencia, se recuerda que incluso en las causas en las que se instruye un procedimiento complejo..." el Juzgado de Instrucción debe extremar el cuidado para practicar las numerosas diligencias de investigación que debe realizar en la forma que menos perjudique al denunciado en su persona, reputación y patrimonio", (pues que) las personas sometidas a investigación hayan sido denunciadas, en relación con la comisión de hechos delictivos, no puede hacer olvidar nunca que son inocentes, mientras no se sentencie su culpabilidad, con fundamento en pruebas practicadas enjuicio oral y público, por un Tribunal imparcial (SSTC 31/1981 , 108/1984 y 103/1995).Y ello porque "La labor de los Juzgados de Instrucción ha de ser firme en la investigación de los delitos, pero respetuosa con las personas afectadas, cuyos derechos sólo deben ser interferidos en la medida estrictamente necesaria (SSTC 37/1989 y 207/1996)."

En la medida en que las diligencias acordadas en el curso de una investigación criminal se inmiscuyan o coarten los derechos fundamentales y libertades públicas de una persona habrán de estar debidamente motivadas en la resolución judicial que así las acuerde, ser necesarias y adecuadas al fin que con las mismas se persigue y practicarse con todas las garantías constitucionales, pues, de lo contrario, se estaría legitimando, con la excusa de seguirse una instrucción criminal, una suerte de inquisición general incompatible con los principios que inspiran el proceso penal en un Estado de Derecho como el que consagra la Constitución española(. STC 32/1994, de 31 de enero).

C) En el presente caso, el acusado trasmutó el objeto del proceso, transformando lo que era la denuncia inicial en una verdadera causa general contra el Sr. Raul Domingo . Y poco importa aquí el nombre y relevancia mediática del investigado, pues las reglas y garantías del proceso, son aplicables a cualquiera, sin que pueda discriminarse en la aplicación de la ley, por criterios que vulneran el principio de igualdad ante la ley, del art 14 de nuestra Carta Magna .

Y así, como se ha dicho, el acusado puso en marcha una instrucción ad personam, como lo acredita el contenido de la providencia de 7-12-2012, que seguidamente analizaremos. De ese modo, y entre diciembre de 2012 y junio de 2013, instruyó 17 tomos más dos piezas de recusación y dos de situación, así como otros 7 tomos para el asunto del Banco de Miami, en una frenética actuación judicial, reveladora de que en aquél Juzgado -como dijera la testigo funcionaría de dicho Juzgado Doña Concepcion Zulima - en la penúltima sesión del juicio, de que "no había otro tema", "se suspendía cualquier cosa cuando llegaba algo del caso Raul Domingo ". Y en consecuencia el trabajo normal no salía, el Sr. Magistrado -prosigue la testigo- tenía una fijación con el caso Raul Domingo y el juzgado era como un dique atascado, entraba trabajo, pero se acumulaba porque no salía.

En el mismo sentido, se pronunció el Secretario del Juzgado, al indicar que cuando un Juez sustituto se hizo cargo del Juzgado, había 16 recursos pendientes de resolver, cuestión que precisó el sustituto natural de ese Juzgado, el titular del Juzgado de Instrucción nº 36 de Madrid, D. Juan Antonio Toro quien al sustituir al acusado durante las vacaciones, en una providencia indicó los recursos pendientes que por su número le llamó la atención.

La resolución que sirvió a modo de "lanzadera" del proceso, fue la Providencia de 7-12-2012, que recurrida de inmediato, no fue resuelta sino hasta el 27-5-2014, desestimando el recurso y propiciando así, la previa citación para comparecencia el 16 de mayo e ingresar en prisión ese mismo día, al Sr. Raul Domingo .



De esa manera, se acopió un montón de diligencias de investigación, que luego serían declaradas nulas por la Audiencia provincial, a partir de una conexión forzada e inexistente de causas penales, instruida en secreto y frente a la cual, los recursos se tramitaban con gran retraso, facilitando de ese modo una instrucción ilegal en la que se investigaba algo distinto a lo que constituía el origen de las actuaciones procesales.

Tan es así, que en la vista, al explicarse la razón de tales retrasos, en la tramitación de los recursos, la funcionaria gestora procesal del Juzgado del acusado, Doña Patricia Felicísima declaró que el recurso contra la providencia de 7-12-2012 quedó para resolver, a disposición del Juez, el 21-2-2013 pero que el Juez resolvía con lentitud e incluso sobre las resoluciones de 13 y 21 de marzo así como las de 12 y 26 de abril de 2013, le dijo que no había que tramitar los recursos contra ellas "porque eran calcos" de otros en similar sentido y que esperase a que resolviese la Audiencia otros que ya estaban tramitados.

También indicó la mencionada funcionaria, lo que revela el peculiar modo de instruir del acusado, que le ordenó retirar de Fiscalía unas providencias de enero y febrero de 2013 porque consideraba que era el Fiscal el que tenía que bajar al Juzgado a instruirse de la causa, mostrando de este modo una impaciencia, que sólo se explica por un deseo decidido de evitar que nadie obstaculizara sus decisiones.

En definitiva, este modo de proceder causó al afectado por la instrucción, una evidente indefensión, pues como tiene declarado el Tribunal Constitucional (entre otras muchas, SSTC 161/1985, de 29 de noviembre, FJ 5 ; 48/1986, de 23 de abril, FJ 1 ; 32/1994, de 31 de enero, FJ 5 ; 41/1998, de 24 de febrero, FJ 27 ; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 6 ; 97/2000, de 18 de mayo, FJ 3 ; 228/2000, de 2 de octubre , FJ 1), las infracciones de las normas o reglas procesales sólo constituyen una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías si con ellas se ocasiona una merma relevante de las posibilidades de defensa (STC 87/201, de 2 de abril).

En el presente caso, se rechazaron de plano nulidades de actuaciones, el acusado se negó a tramitar las recusaciones que contra él se dirigían, no tramitaba los recursos que, finalmente, cuando lo hizo, desautorizaron sus actuaciones y llegó a imputar al abogado Sr. Damaso Paulino , atribuyéndole una filtración de las escuchas al Sr. Raul Domingo cuando, por el contrario, en el juicio se puso de manifiesto que aquél se enteró no porque su Abogado se lo contara sino porque en el Auto acordando el secreto de tal actuación, se olvidó borrar dicha mención.

Prueba del comportamiento discriminatorio dispensado a quien constituía la defensa legal y debidamente personada en la causa del Sr. Raul Domingo , es el trato que recibía del acusado, tal como puso de manifiesto el funcionario del juzgado D. Gustavo Justiniano quien estuvo presente en muchas de las intervenciones de la causa, relatando al tribunal que el acusado advertía, retiraba la palabra y "que al Sr. Damaso Paulino no se le dejaban plantear cuestiones". Lo que contrastaba con el trato que dispensaba a la otra parte, el Sindicato Manos Limpias, con los que se reunía en su despacho con frecuencia y el día en que la Audiencia anuló la causa origen de las actuaciones, estuvo mucho tiempo con ellos.

Y es que, aunque otros conocidos del Juez accedían con libertad a su despacho, en la causa en cuestión, esa situación no se permitió en ningún caso al Abogado del Sr. Raul Domingo , lo que patentiza la distinta vara de medir que utilizó en este asunto el acusado, pues como declarara la funcionaria Patricia Felicísima , los abogados de Manos Limpias realizaban frecuentes visitas al juez y se entregaban documentos entre sí. Declaración que tiene particular importancia, dado que esta funcionaria era la encargada de tramitar las DP 58/2010.

La situación era tal, que como gráficamente la definió la funcionaria Concepcion Zulima , en la vista, los abogados de Manos Limpias entraban "como séquito", directamente, con total libertad de acceso.

Dicho trato supone uno de los más reprochables modos de conducción de un proceso, al patentizar una desigualdad que atenta frontalmente contra el principio de igualdad de partes y su derivada de derecho de audiencia y contradicción, sin sufrir atisbo alguno de indefensión. Y ello, por constituir una de las formas más execrables de parcialidad, en la que puede incurrir un Juez que, por definición, ha de comportarse de modo imparcial respecto a cualquier causa que le toque asumir por las normas de competencia y reparto.

D) Además, y conforme a la doctrina recogida en la STS nº 2135/2003, de 20-1 , los hechos deben calificarse como un delito continuado, "obedeciendo los diferentes actos y conjunto de actos a un mismo designio en virtud del cual se ejecutaban, (por lo que) esta actuación global se enmarca penológicamente en la continuidad delictiva legalmente prevista en el precepto aplicado por el Tribunal a quo".

Y es que, en efecto, según conocida y consolidada jurisprudencia, los requisitos del delito continuado, son:

a) pluralidad de hechos diferenciados y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales;



- b) concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vertebra y da unión a pluralidad de acciones comitivas, de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada en una sola y única programación de los mismos;
- c) realización de las diversas acciones en unas coordinadas espacio-temporales próximas, indicador de su falta de autonomía;
- d) unidad del precepto penal violado, de suerte que el bien jurídico atacado es el mismo en todas;
- e) unidad del sujeto activo;
- f) homogeneidad en el modus operandi por la idéntica o parecida utilización del mismo proceder.

En concreto la STS 781/2009, de 7 de julio explica cómo el delito continuado no significa reiteración en el comportamiento criminal ni repetición del mismo tipo penal por el sujeto sino "la realización de una pluralidad de acciones delictivas que ofenden a uno o varios sujetos e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, cuando su realización lo sea en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión (art. 74 del Código Penal)".

De este modo, en vez de castigarse cada acción de modo separado se sanciona como una única infracción, pero de forma continuada, la ejecución de una "pluralidad de acciones comisivas" que responden a "una sola y única programación de los hechos (S 367/2006 de 22 de marzo), realizados con cierta conexidad temporal, es decir en unas coordinadas espacio- temporales próximas indicativas de su falta de autonomía (S. 19 de abril de 2005).

Y de modo semejante, la STS 597/2014 de 30 de julio , con cita de reciente jurisprudencia (STS 487/2014 o anteriormente STS 486/2012) recuerda que el delito continuado es el resultado de integrar varias unidades típicas de acción, a efectos de valoración jurídica, cuando es distinguible "un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión" (artículo 74 CP), admitiéndose entonces la unidad jurídica bajo la calificación, precisamente, de delito continuado.

Y poco importa que se pudiera considerar que existió "un plan preconcebido" o propósito unitario de realizar estas actuaciones o que "aprovechando idéntica ocasión", en este caso, la oportunidad que ofrecía al acusado la instrucción de la causa, se realizara "una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza" porque en ambos casos, de conformidad con lo dispuesto en el art 74.1 CP , se está ante un supuesto de continuidad delictiva, con el beneficio penológico de poder aplicarse la pena señalada para la infracción más grave cometida en su mitad superior, en vez de proceder a la suma de las penas correspondientes a los distintos actos delictivos realizados.

Y este es el caso. El dolo único de "castigar" por su gestión al Sr. Raul Domingo , encontrando algún delito, con independencia de que la causa contra él se iniciara por la concesión de un préstamo al Sr. Cayetano Emiliano , hasta materializarlo en conseguir meterlo en prisión, se hizo a través de numerosas actuaciones ya descritas, que supusieron un "plan preconcebido" o propósito unitario aprovechando la ocasión que brindaba la instrucción en cuestión, todo lo cual reúne los requisitos exigidos por la jurisprudencia precitada, para conformar dicha modalidad delictiva.

SEXTO.- A modo de resumen y de conclusión sobre lo ya dicho en relación con el delito de prevaricación.

El delito continuado de prevaricación que el Tribunal aprecia trae causa, no ya sólo de la enunciada inquisitio generalis, sino también del dictado de concretas resoluciones que, aisladamente consideradas, cada una en sí misma, constituye un acto prevaricador, sin perjuicio de que su consideración en conjunto evidencie la continuidad delictiva que también apreciamos y contribuya a explicitar -ese devenir procesal en su conjunto considerado- el elemento subjetivo del tipo penal que entendemos concurrente.

1. La reapertura de las diligencias 58/2010.

En primer lugar, el Auto de 7 de junio de 2012, de reapertura de las diligencias 58/2010 , es prevaricador porque resulta absolutamente injustificado: no se puede sostener en Derecho, bajo ninguna de las tesis habitualmente admitidas acerca de la incoación del proceso penal, que cabe iniciar y menos aún, si se nos apura, reabrir unas diligencias en su día sobreseídas por no aparecer debidamente justificada la perpetración del delito (art. 779.1.1º infine LECrim), sin la menor concurrencia de nuevos indicios de criminalidad.

Repárese en que, en su momento, el acusado sobreseyó las diligencias 58/2010, porque, incoadas a instancia del Sindicato "Manos Limpias" y citado su Secretario General para aportar documentación que evidenciase indicios de ilícito penal, no la aportó, y, en su virtud, el Instructor, hoy acusado, sobreseyó (HECHO PROBADO SEGUNDO, apdos. A y B).



Es más, como reconoce el Sr. Gonzalo Geronimo en su Auto posterior de 9 de enero de 2013 -FJ 1 último párrafo- "el Auto de 9 de febrero de 2010 -el de sobreseimiento de las DP 58/2010-, partió de que, a tales fechas, prima facie, la denuncia inicial se planteaba con tal déficit sustentatorio que no cabía dilucidar con alcance indiciario criminal un título de imputación contra ninguna persona determinada. Ello fue asumido por la denunciante y por el Ministerio Fiscal, por cuanto no se formuló recurso alguno contra tal auto de sobreseimiento".

Y sin embargo, con esos precedentes, en 2012, el mismo Instructor decreta la reapertura de las actuaciones ante la sola noticia de una ignota querrela en relación con BANKIA -ni con Cajamadrid, ni con el Sr. Raul Domingo ni con el Sr. Cayetano Emiliano -, de cuyo contenido no tiene y/o no da noticia alguna; eso sí, el fin de la reapertura, que se hace explícito, constituye la única motivación de la misma: oír al Sr. Felipe Inocencio "por si tiene conocimiento de tal denuncia y en su caso pudiera tener relación con la que ahora se reabre .

El discurso del propio Magistrado evidencia que ni tuvo en 2010 ni tiene en 2012 el menor indicio o nuevo indicio de criminalidad en relación con la causa que reabre. La reabre, por tanto, por si los hubiera

La Sala estima que este proceder, en su fondo y en su forma, por lo que hace y por cómo lo hace, es expresión señera de la arbitrariedad penalmente reprobada como prevaricadora. El acusado ha procedido en vía penal contra dos ciudadanos por su sola voluntad y sin nada que lo justifique.

Y qué decir acerca de la arbitrariedad del Auto de 16 de noviembre de 2012 tras la inhibición del acusado a favor del Juzgado Central de Instrucción nº 4 -al que se había remitido la querrela presentada contra Bankia-, dicho Juzgado Central rechazó la competencia por Auto de 08/10/2012 por entender que los hechos denunciados en el Juzgado de Instrucción nº 9 no guardaban relación con la actividad de BANKIA, añadiendo que no se alcanzaban a comprender los motivos de la reapertura de las diligencias y su remisión al Juzgado Central, pues, del testimonio remitido, no se desprendían razones para ello. A partir de esta realidad y, sin ningún dato que lo justifique, el acusado dicta un nuevo Auto, el de 16/11/2012 , que ciñe su motivación, literalmente a lo siguiente: "procede la rear-ertura de estas diligencias de continuar lajnstrucción de la causa".

Es, de nuevo, un acto de puro voluntarismo, lisa y llanamente, porque no se explica sino en virtud del querer del juez, sin sustento alguno, en Derecho.

Hemos dicho -HECHO PROBADO SEGUNDO J)- que los Autos de reapertura de las actuaciones de 07/06/2012 y 16/11/2012 fueron recurridos en reforma y subsidiariamente en apelación por la representación de D. Raul Domingo el día 05/12/2012.

El acusado resolvió el recurso de reforma por Auto de 09/01/2013 en sentido desestimatorio. En dicho Auto, y, en lo que ahora hace al caso, se razona (FJ SEGUNDO) sobre la reapertura de las actuaciones: el Magistrado, varios meses después de haber reabierto las diligencias y casi un mes después de, en el seno de las mismas, dictar una providencia -la de 7/12/2012-acordando 37 diligencias de investigación, razona la reapertura con argumentos en los que insistió en el acto del juicio.

La Sala, tras analizar ese razonamiento -y sintetizarlo en su relato de hechos probados-, constata que el acusado apela a la aparición de nuevos hechos de carácter notorio, evidente u obvio y, entre los manifiestamente notorios, cita la gravísima crisis económica, la situación de CAJA MADRID, la necesidad, que se hizo realidad, de su control por el Estado, la necesidad del rescate de BANKIA, cifrado en 23.500 millones de euros, hechos todos anteriores a la reapertura de la causa, y la razonable deducción de que la crisis financiera en España no respondía exclusivamente a causas exógenas, sino también a causas endógenas, y, en concreto, en lo referido a CAJA MADRID, a la pésima gestión de la entidad, a la conculcación sucesiva de buenas prácticas bancarias y a la conculcación de los protocolos para prevenir los riesgos dimanantes del negocio bancario.

Este razonamiento encaja a la perfección, ajuicio de esta Sala, en lo que la jurisprudencia reseñada supra califica como "argumentos encubridores del carácter antijurídico del acto" argumentos dirigidos a dar apariencia de que se motiva lo que, en realidad, se hace porque se quiere hacer al margen del Derecho, esto es, sea cual fuere el ámbito objetivo de una instrucción concreta y la consiguiente competencia del instructor. Esa motivación ratifica la arbitrariedad de la decisión: con ese razonamiento, se justificaría que cualquier instructor pudiese, por antecedentes o por conexidad implícita -como se la quiera llamar- reabrir sin nuevos indicios una causa concreta, provisionalmente sobreseída, pero relativa a alguien que haya sido previamente denunciado en el Juzgado por un delito con una "cierta afinidad de bien jurídico protegido".

Este criterio genérico, prospectivo, desconectado de las circunstancias del caso, no se sostiene en modo alguno: el Instructor pudo y debió preguntarse si tenía algún indicio de irregularidad en la actuación del Sr. Raul Domingo a la hora de otorgar el préstamo de 26.6 millones de euros al grupo de empresas que dirigía el Sr. Cayetano Emiliano . Pues bien, lejos de eso, constata la grave crisis económica mundial, nacional y de



CAJA MADRID, repara en el rescate de BANKIA, y, como veremos más adelante, inicia, esta vez sí, una actividad inquisitiva de un alcance y de unas proporciones absolutamente injustificadas en el seno de las diligencias que decía estar investigando...

En suma: la decisión, reiterada, de reabrir las diligencias 58/2010, sobreseídas en 2010 por absoluta falta de indicios de criminalidad contra persona determinada, resulta, además de patentemente injustificada, injustificable, pues no es fruto de nuevos datos que justifiquen ese proceder, sino de la decisión del Juez, más allá de lo que el Derecho permite, de investigar con una generalidad de la que a continuación hablaremos, sirviéndose para ello del cauce procesal que le brindaba la reapertura de estas diligencias.

La conciencia y voluntad de este actuar arbitrario la infiere la Sala de la gravedad misma de la decisión que se adopta -no es concebible un actuar en este punto meramente culposo, y más visto el precedente del sobreseimiento y de las razones por las que se sobreesee-, de su reiteración y de la forma en que se adopta: una vez con una absoluta falta de motivación y otra - Auto 9/1/13- con un discurso justificativo extravagante, inconcebible en su generalidad, revelador de una concepción totalmente exorbitante de los poderes del juez.

2. La providencia de 7 de diciembre de 2012, dictada en el seno de las diligencias 58/2010.

La Sala entiende que esta providencia es inequívocamente prevaricadora, por dolosamente arbitraria, en virtud de un doble orden de consideraciones:

Ante todo, llama poderosamente la atención que se adopten por providencia medidas restrictivas de derechos fundamentales sin la menor motivación. A modo de paradigma de lo que decimos: el acusado acuerda la intervención de numerosos correos electrónicos, da igual que sean de índole corporativa, sin justificación alguna: en concreto, reclama tres grupos de direcciones de correos electrónicos corporativos: los de los propios imputados; los de los inspectores del Banco de España encargados de la supervisión de CAJA MADRID entre los años 2002 y 2010, y los de los miembros del Comité de Riesgo, del Comité Financiero y Comisión Ejecutiva Delegada de CAJA MADRID entre 2003 y 2010. Igualmente se reclamaba el contenido de los correos electrónicos recibidos o remitidos desde esas direcciones en igual periodo de tiempo.

No existe ninguna duda, ni es jurisprudencialmente discutido, que el uso del correo electrónico por los trabajadores en el ámbito laboral o por los directivos en el ámbito profesional queda dentro del ámbito de protección del derecho a la intimidad -y en cierta medida también- del derecho al secreto de las comunicaciones... No se refiere con esto la Sala a cuándo invade o no esa intimidad tal o cual comportamiento de la corporación o empresa a la que pertenezca el trabajador o el ejecutivo... Ni tampoco cabe la menor duda que la autoridad judicial puede acordar con toda corrección tales medidas.

Lo que la Sala aprecia es algo previo: la sola posibilidad de que medidas invasivas tan generales como las acordadas por el acusado en materia que concierne, en mayor o menor grado, a los derechos fundamentales de los investigados exigía, sin lugar a la menor duda, una motivación que no se da. El instructor debió motivar su decisión, y al no hacerlo, siendo tan ostensible su deber de hacerlo -vgr, entre muchas, STC 173/2011, de 7 de noviembre, f j 2-, ha incurrido en una irregularidad procesal verdaderamente esencial -por eso puede ser prevaricadora.

La motivación en una medida de injerencia en un derecho fundamental es, precisamente, lo que posibilita discriminar entre una intromisión arbitraria, fruto de la sola voluntad del juez, o una injerencia legítima y lícita. Como decíamos al reseñar supra la jurisprudencia de la Sala Segunda: la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución". Ahora bien, cuando la omisión de "...las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal sobre su actuación, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece".

En segundo lugar, la Sala considera que la providencia ahora analizada es prevaricadora, arbitraria y totalmente injustificada en Derecho, por su extraordinaria generalidad: el Magistrado manifiestamente está investigando con esa providencia mucho más allá de lo que su eventual competencia le permitía: su competencia como instructor en las diligencias 58/2010 -ya de por sí indebidamente reabiertas-, se ceñían a unos hechos muy concretos. Y sin embargo, como queda reseñado en el hecho probado segundo g), las 37 diligencias de investigación, de amplísimo contenido, no se referían exclusiva ni primordialmente al crédito denunciado en el año 2009 sino que se ampliaban a todas las operaciones conocidas por el BANCO DE ESPAÑA que guardaran relación con los Sres. Raul Domingo y Cayetano Emiliano o sus empresas (apartado 1-d, apartado 5-e f, g, h, i j, k, l, n, p; apartado 6º a, b, c, e, f), a operaciones sospechosas de blanqueo de capital en relación con los imputados o la compañía MARSANS... E incluso, las investigaciones acordadas se extendían, igualmente, a



las operaciones de activo y pasivo desde el año 2003 de los hijos, cónyuges y socios de los imputados que les hubiera otorgado Caja Madrid o entidades vinculadas a ésta.

Esta providencia, con su falta de motivación y con su enorme generalidad, no se explica ni resulta admisible desde ningún postulado jurídico. Esta providencia es fruto de la sola voluntad del juez, sabedor y perfectamente consciente de que lo que estaba haciendo no podía hacerlo, en todo caso, sin motivación, y, en particular, en el seno de las diligencias de que estaba conociendo.

La Sala procede a continuación a completar su argumentación sobre el carácter prevaricador de este Providencia, cuyas diligencias se acordaron en términos muy expeditivos -todas las personas requeridas (Director General de Supervisión del Banco de España, Dirección del SEPBLAC, Dirección General de Policía, entidad BANKIA, Presidente del Consejo General del Notariado), debían cumplir los requerimientos en plazo de treinta días, con apercibimiento expreso de incurrir en los delitos de desobediencia), analizando el contexto en que se desarrolló, pues este contexto es extraordinariamente revelador del elemento subjetivo del injusto.

3. La ampliación de la denuncia a la compra del Banco de Miami y su investigación prevaricadora en el seno de otras diligencias: la relevancia penal del devenir del procedimiento.

Es un hecho acreditado -consta en las actuaciones- y así lo hemos constatado en el apdo. F) del hecho probado segundo, que dos días antes de dictarse la providencia de 7 de diciembre, el 5 de diciembre de 2012 el Sr. Raul Domingo declaró como imputado, asistido del abogado D. Damaso Paulino. Compareció como acusación el Sindicato MANOS LIMPIAS, que aportó copia de una denuncia presentada en el Registro General de los Juzgados de Instrucción en el mismo día. Tal denuncia se basaba en la noticia aparecida dos días antes en el diario EL MUNDO (recorte de la cual se acompañaba a la copia de la denuncia) y se basaba en presuntas irregularidades en la adquisición por CAJA MADRID del CITY NATIONAL BANK OF FLORIDA, lo que podía suponer la comisión de un delito societario. En virtud de la misma, el letrado del sindicato MANOS LIMPIAS solicitó la celebración de la comparecencia prevista en el art. 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para decidir sobre la libertad o prisión del Sr. Raul Domingo.

El Instructor rechazó esta petición de Manos Limpias en la conciencia clara de que los hechos recogidos en la ampliación de la denuncia "no se corresponden al título imputatorio que se si que en este procedimiento", esto es, al crédito concedido, eventualmente sin garantías reales, a las empresas del Sr. Cayetano Emiliano.

En otras palabras: el acusado es perfectamente consciente, desde el primer momento, de que, en el seno de las diligencias 58/2010, no puede investigar ni adoptar medidas cautelares en relación con la adquisición por CAJA MADRID del CITY NATIONAL BANK OF FLORIDA. Y ello no obstante la Sala, al valorar el alcance de su Providencia de 7 de diciembre de 2012, no puede menos de percatarse -tal es su convicción-, de que esa providencia, en su extraordinaria generalidad, se dirige, precisamente, a investigar esa adquisición, sin excluir la investigación sobre cualquier otra irregularidad o indicio de actividad penal que pudiera resultar de la inquisitio generalis emprendida por el acusado sobre la actividad de CAJA MADRID, DE BANKIA, de sus directivos, y también del organismo supervisor, esto es, del BANCO DE ESPAÑA.

Convicción que se sustenta, como se verá, en lo que el propio acusado va a reconocer en su posterior Auto de 15 de mayo de 2013 (FJ 3) que los indicios de irregularidades en la compra del Banco Nacional de Florida derivan de las diligencias practicadas en virtud de esa providencia de 7 de diciembre, y señaladamente, de informes remitidos por el Banco de España

El Tribunal concede especial significación, porque evidencia el comportamiento objetivamente prevaricador del acusado y la conciencia y voluntad de su actuación -elemento subjetivo-, al modo en que se han desenvuelto las actuaciones procesales en relación con la llamada "ampliación de la denuncia", y en relación, asimismo, con la impugnación por las defensas y por el Ministerio Fiscal de la providencia de 7 de diciembre. Vamos a referirnos a continuación a omisiones del acusado tan clamorosas como inexplicables en Derecho.

Es un hecho probado que La Providencia de 07/12/2012 fue recurrida directamente en apelación por la representación de DON Cayetano Emiliano, y en reforma y subsidiariamente en apelación por la representación de DON Raul Domingo. El recurso de reforma, tras ser tramitado, quedó sobre la mesa del juez para su resolución por Providencia de 21/02/2013. Tres meses y seis días más tarde, y cuando se habían practicado gran número de las diligencias que se acordaban en ella, fue desestimado por Auto de 27/05/2013, decisión anulada por el Auto 502/2013 de 19 de junio de la Sección 30ª de la Audiencia Provincial del Madrid, debido a la absoluta desproporción de las diligencias interesadas en relación al objeto del proceso, la injerencia en los derechos fundamentales a la intimidad y el secreto de las comunicaciones, y la naturaleza prospectiva de las diligencias, que resultaba de las razones anteriores y de su extensión a personas que nada tenían que ver con la causa y de la ampliación de la investigación a hipotéticos delitos fiscales o de blanqueo de capital.



En suma: el acusado investiga y no resuelve sobre la pertinencia de lo que investiga hasta el 27/05/2013, esto es, guarda silencio durante tres meses y seis días, para resolver los recursos, lo cual contrasta con la práctica de unas diligencias que había acordado con extraordinaria urgencia y apremiando a los requeridos con un plazo de treinta días, so pena de incurrir en desobediencia.

Paralelamente, se había dado traslado a las partes en fecha 4 de enero de 2013 sobre la ampliación de la denuncia presentada por Manos Limpias. La defensa del Sr. Raul Domingo y el Ministerio Fiscal entendieron, en escritos de fecha 9-1-2013 y 12-2-2013, respectivamente, que los hechos denunciados no guardaban conexión alguna con la denuncia inicial y debía incoarse un nuevo procedimiento y someterse a reparto. De nuevo se produce un silencio clamoroso del acusado: no resuelve sobre la incoación de nuevas diligencias y su asignación al propio Juzgado hasta el Auto de 15 de mayo de 2013.

Una vez más, tres meses de silencio hasta que, practicadas la mayor parte de las diligencias acordadas en la Providencia de 7 de diciembre, el Sr. Gonzalo Geronimo estima que esas diligencias aportan indicios de administración desleal en la compra del Banco Nacional de Florida, cuya conexión con el delito investigado en las Diligencias 58/2010 no podría, por el momento, ni asegurarse ni descartarse.

Se recordará que el propio Instructor, hoy acusado, había reconocido desde el primer momento que los hechos denunciados en la ampliación de la denuncia no se correspondían con el título de imputación de las diligencias 58/2010 y, sin embargo, en la práctica lo que ha sucedido es que, con una investigación desmesurada e inmotivada, se ha obtenido información sobre posibles irregularidades en la compra del Banco Nacional de Florida, que, en la práctica, sí ha sido espuriamente investigada en el seno de unas diligencias reabiertas por otros hechos.

No entra la Sala a reprochar la pretendida conexión implícita que se enuncia entre ambas causas en el Auto de 13 de mayo de 2013, o si la nueva causa debió adscribirse o no al Juzgado de Instrucción nº 9. Lo que trasciende del error jurídico para convertirse en prevaricador, aparte de lo ya dicho, es la certeza que la Sala tiene -derivada de las resoluciones del propio acusado y de sus omisiones- de que, una vez reabiertas las diligencias 58/2010 sin justificación alguna, éstas han sido utilizadas espuriamente para investigar, sin motivación y más allá de lo que el Derecho autorizaba, la compra del Banco Nacional de Florida, impidiendo el acusado, con sus tardanzas en resolver, que pudiera prosperar un recurso anulando la práctica de las diligencias acordadas, con manifiesta ilegalidad, en la providencia de 7 de diciembre de 2013, como efectivamente sucedió.

4. Los Autos de prisión de 16 de mayo y 5 de junio de 2013.

Sin perjuicio de lo que se dirá a continuación -a lo que nos remitimos-sobre cómo estas decisiones, por la forma en que se adoptaron y por su contenido -más que deficiente motivación-, constituyen, además de resoluciones prevaricadoras, sendos delitos contra la libertad individual del art. 530 CP, la Sala quiere llamar la atención sobre dos aspectos especialmente relevantes:

En primer lugar, que el Auto de prisión de 16 de mayo de 2013 se adopta a raíz de lo investigado en el seno de unas diligencias, las diligencias 58/2010, respecto de las cuales, ese mismo día, el Instructor entendió, en otro Auto de la misma fecha, que no procedía acordar la prisión provisional del Sr. Raul Domingo, sino su libertad sin fianza. En otras palabras: el Sr. Raul Domingo es provisionalmente encarcelado -con fianza de 2,5 millones de euros, sin que se le concedan ni 24 horas para aportarla- sobre la base de indicios de criminalidad obtenidos como fruto de un actuar prevaricador: el consistente en practicar diligencias de investigación que se sabía que no se podían ni debían acordar, y menos sin motivación, en el seno de las diligencias 58/2010. Porque, es evidente, desde que se dicta el Auto de 15 de mayo acordando la comparecencia del Sr. Raul Domingo a los efectos del art. 505 LECrim hasta que se procede a su prisión al día siguiente, nada esencial acontece: la prisión, con los defectos de motivación y de solicitud de que luego se hablará, se sustenta en los indicios derivados de la investigación precedente. Así lo reconoce el propio acusado en su Auto de 15 de mayo de 2013, cuando señala que los indicios nacen de las diligencias practicadas conforme a lo acordado en la Providencia de 07/12/2012 -vgr., FJ 3-; y lo vuelve a reconocer al comienzo del FJ 2 del Auto de 16 de mayo, cuando justifica la prisión, pese a tratarse de una medida adoptada al inicio de la instrucción, por los indicios obtenidos en la investigación precedente.

A partir de ese reconocimiento en el Auto de 15 de mayo, se acuerda deducir los testimonios oportunos de dichas diligencias y de la denuncia de MANOS LIMPIAS y la incoación de nuevas Diligencias, que, conforme a las normas de reparto (se cita expresamente la norma 12.2), serán de competencia del propio Juzgado nº 9. En la parte dispositiva del Auto se acuerda, además, citar a D. Raul Domingo como imputado para el 16/05/2013, así como al Ministerio Fiscal, a fin de celebrar la comparecencia prevista en el art. 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.



Es más, de hecho, las Diligencias 3173/2013, en el seno de las cuales se acuerda la prisión, formalmente solo se incoan al día siguiente -el 17 de mayo- de la prisión decretada. Y aunque a esta irregularidad no se le conceda especial relevancia, sí la tiene el que el devenir procesal demuestra, sin la menor duda, que la primera prisión provisional del Sr. Raul Domingo está radicalmente viciada porque los indicios que contra él se esgrimen para acordar su prisión -además de que la motivación de ésta no sea suficiente y/o de que se haya acordado a instancia de parte no personada-, se obtienen en virtud de dos prevaricaciones previas -reapertura de diligencias y diligencias acordadas el 7 de diciembre de 2012- el acusado, si consciente de aquellas -como ajuicio de la Sala lo es, por lo ya dicho-, no podía ignorar que cualquier prisión provisional adoptada en esas circunstancias era, de raíz, contraria a Derecho, arbitraria sin excusa posible.

No deja de corroborar lo que decimos un hecho significativo -consignado en el factum probatorio, a saber: que el acusado, tras el segundo ingreso en prisión del Sr. Raul Domingo, acuerda su libertad provisional motuproprio, a la vista de los Autos de la Sección 30ª de la Audiencia Provincial que acordaban la nulidad de los autos de reapertura y de la providencia de 7-12-2012. Ante una declaración formal de tal naturaleza, el Sr. Gonzalo Geronimo es perfectamente consciente de que no puede mantener en prisión ni un minuto más al Sr. Raul Domingo. Pues bien, precisamente este proceder evidencia la indisoluble conexión entre las prisiones acordadas y los datos obtenidos merced a una reapertura y a la práctica de unas diligencias a todas luces prevaricadoras.

A lo que se ha de añadir que la prisión acordada por Auto de 5 de junio de 2013 presenta un rasgo de arbitrariedad añadido especialmente importante -aparte, insistimos, de los que se consideraran en el fundamento siguiente-, cuando se repara en su carácter de prisión incondicional: no se explica con una mínima justificación por qué unos días antes se ha acordado la prisión eludible mediante prestación de fianza, y, en cambio, no se entiende admisible tal posibilidad veinte días después: sin que pueda reputarse base que justifique mínimamente tal diversidad de criterio la referencia a lo que la propia Audiencia Provincial de Madrid ha considerado como un simple indicio añadido: el cruce de correos electrónicos a que se refería el Juez en su Auto de 05/06/2013 y sobre cuya obtención, por cierto, pesa una causa penal abierta contra el acusado.

En suma: como dice la STS, 2ª, de 23 de diciembre de 2013 (ROJ STS 5318/2013), en el delito de prevaricación el elemento subjetivo ha de deducirse, mediante un razonamiento adecuado, de los datos objetivos.

La Sala entiende, en este sentido, que la gravedad y patente falta de justificación de los Autos de reapertura de las diligencias 58/2010 y de la Providencia de 7/12/2012 no podían ser ignoradas en modo alguno por el acusado; como lo revela a su vez el devenir de las sucesivas actuaciones procesales: los silencios y tardanzas en responder a los recursos sobre ambas cuestiones fundamentales (reapertura y diligencias que se estaban practicando). Tampoco desconocía el acusado, como hemos visto, que, en realidad, las prisiones que acordaba traían causa directa de un actuar patentemente ilícito. Y todo ello en el seno de un evidente trato preferente hacia la representación de Manos Limpias, principal promotora de estas actuaciones, y a quien, consta acreditado, el magistrado dispensaba unas facilidades de acceso a su persona y a su despacho tan inusuales como no propiciadas respecto del resto de las partes intervinientes en la causa ya que las reuniones, como la previa a acordar la libertad provisional del Sr. Raul Domingo, lo eran frecuentemente a espaldas, esto es, sin presencia de las defensas ni del Ministerio Público.

5. Otras resoluciones a las que se refieren las acusaciones.

Providencia de 16-11-2012. Esta providencia, en la que se cita a declarar al Sr. Raul Domingo, no tiene carácter prevaricador. La mera citación a declarar es inane y aunque es cierto que el Sr. Raul Domingo no estaba informado del objeto de tal diligencia, se le podía informar antes de tomarle declaración.

Auto de 7-12-2013. Se trata del auto por el que se autorizó al entrada y registro en Bankia. Es la culminación y agotamiento de la resolución de ampliar desmesuradamente el objeto del proceso que subyace en la providencia de 7-12-2012

Omisión de la selección de la correspondencia del Sr. Raul Domingo afín de entregarle al mismo, la que no resultara útil para la causa. La tratamos aquí a pesar de que es un acto negativo más que una resolución, y lo hacemos para indicar, simplemente que la retirada de la acusación sobre este hecho, y que tal hecho constituye parte del objeto de otra causa, impide pronunciamiento alguno sobre tal cuestión.

Auto de 3-6-2013. Mediante esta resolución, se acordó incoar diligencias por revelación de secretos y la citación como imputado de D. Damaso Paulino y como testigo, de Don Raul Domingo.

Puede sostenerse que es prevaricadora porque lo que procedía era deducir testimonio del nuevo presunto delito y enviarlo a reparto. En este caso, el acusado, al incoar e instruir las nuevas diligencias actúa con absoluta falta de competencia, y coloca tanto al Sr. Damaso Paulino como al Sr. Raul Domingo, en una situación indeseable y afecta a la defensa en las Diligencias 3173/13 y 58/10, por el lógico temor que supone que el



mismo juez que tramita aquellas en las que el Sr. Damaso Paulino actúa como letrado de la defensa, tramite estas en las que el abogado está imputado, mientras que el imputado en aquellas-el Sr. Raul Domingo -aparece en ésta como testigo, incluso contra su abogado, y con obligación de decir verdad

Autos de 8-2, 8-3 y 8-4 todos ellos de 2013, acordando y manteniendo el secreto de las actuaciones.

En estas resoluciones, la misma motivación es indicativa de que sólo se buscaba privar del derecho de defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva.

En efecto, el secreto se declara en razón de los intereses sociales en juego, lo que en nada exige reforzar el secreto del sumario, teniendo en cuenta las versiones de descargo, que se reputan increíbles, lo cual tampoco tiene nada que ver con el secreto y la única razón real es que al juez le resulta molesto o irritante el ejercicio del derecho de defensa a través de plurales recursos que se le plantean.

Como quiera que los recursos forman parte del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se vulneran caprichosamente ese derecho general y el específico de defensa.

SÉPTIMO.- Por lo que se refiere al delito contra la libertad individual, previsto en el art 530 CP , procede decir lo siguiente:

A) El indicado delito se halla regulado en el Título XXI, "Delitos contra la Constitución" incluido en el CAPÍTULO V, entre " los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales" y cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 530. La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años.

El mencionado Título recoge una serie de conductas punibles, cometidas por las autoridades o funcionarios contra determinados derechos y libertades fundamentales establecidos en la Constitución, en cuanto suponen límites (garantías) al ejercicio del poder por parte de quienes tienen conferida legitimación para el ejercicio de funciones públicas.

La sanción penal se debe a que estamos ante manifestaciones abusivas del ejercicio del poder público en cuanto con ello se actúa de forma arbitraria, conculcando los derechos y libertades ciudadanas, cuyo reconocimiento constitucional habla, por sí solo, de la importancia de la cuestión.

En efecto, en estos casos nos encontramos ante unos graves atentados a los derechos y libertades, cometidos por quienes están considerados como los más obligados a respetarlos y a hacerlos respetar, por lo que el recurso al instrumento penal, considerado como "ultima ratio" en base al principio de "intervención mínima", está plenamente justificado.

El bien jurídico protegido es el derecho de los ciudadanos a verse protegido en el ejercicio de sus derechos cívicos contra cualesquiera conductas provenientes de las autoridades y funcionarios que atenten al conjunto de sus derechos fundamentales, de los cuales se recogen expresamente en este apartado la libertad individual, la inviolabilidad domiciliaria el secreto de la correspondencia y el derecho a la libertad de comunicación, la asistencia letrada y demás derechos procesales, la libertad de expresión, el derecho de asociación, reunión y propiedad. Y además, de modo residual, el resto de derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las leyes.

La regulación de los presentes delitos se halla en el Capítulo V del Título XXI, y consta de tres secciones: la primera, que va de los artículos 529 a 533 se ocupa de "los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual"; la segunda, artículos 534 a 536, trata de los "delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad" y finalmente, la sección tercera, artículos 537 a 542, inclusive, comprende los "delitos cometidos por los funcionarios públicos contra otros derechos individuales".

Se trata de "delitos especiales", es decir que sólo pueden ser cometidos por un tipo específico de personas: quienes ostenten la condición de autoridad o funcionario, según la definición a efectos penales que se contiene en el artículo 24 del Código penal .

Entre los autores, se incluyen, al juez, magistrado, autoridad militar o administrativa y funcionarios de Instituciones Penitenciarias, expresamente citados en los artículos 529 y 533.

Además, es necesario que estas conductas se realicen por los referidos sujetos cuando se hallen en el ejercicio de funciones propias de sus cargo pues en otro caso, cometerían un delito común, como cualquier ciudadano,



pero agravada por su condición, ya que el art 22 7a CP , considera agravante realizar un delito prevaliéndose del carácter público que tenga el culpable.

En cuanto a la culpabilidad, se trata de conductas dolosas, es decir que requieren el conocimiento de los deberes a cumplir y su voluntaria vulneración. Dicho conocimiento, no obstante, se presume, dada la formación que se supone a quienes acceden a un cargo público aunque, por excepción, podrá ser impune la conducta ilícita de quien probare que desconocía lo que le obligaba la norma, sin que baste el considerarse inocente sin expresar razón suficiente, para ello. Si bien el delito del art 530 CP , puede cometerse tanto por dolo como por imprudencia grave.

Y respecto a la pena, estas conductas no se sancionan con penas de prisión sino de inhabilitación absoluta - que incluye la privación de cualquier cargo, empleo, honores y de la posibilidad de obtenerlos durante el tiempo de la condena-inhabilitación especial para el desempeño del cargo público o ejercicio de la función pública desde el que se cometió el delito, suspensión de funciones por un plazo temporal o multa en la que se tiene en cuenta la situación económica del condenado, sancionándose con cuota día más elevada a quienes tienen una situación mejor.

B) El delito del art 530 CP , en concreto, abarca una serie de conductas delictivas que atentan contra el derecho al juez predeterminado por la ley, art 24.2 CE y a la libertad personal, derecho este último, reconocido en el art 17 CE , en cuanto supongan su privación de modo contrario a la ley.

En concreto, se considera incluido en dicho delito, la detención ilegal, tanto dolosa como imprudente, por acordar, practicar o prolongar la privación de libertad de una persona sujeta a un proceso penal, en cuanto se le somete a prisión provisional o se le condena a la pena de prisión, " con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales".

En el presente caso, como dijera la STS 137/2001, de 11 de julio , estamos ante una privación de libertad acordada por una autoridad o funcionario en la que se vulneran los plazos legales o alguna de las garantías establecidas para su adopción.

Sus requisitos, conforme a la STS 1310/2001, de 21 de julio son a) un sujeto agente que sea autoridad o funcionario público, según definición del art. 24 del Código penal , en el ejercicio de sus funciones, lo que permite entender que se trata de un delito especial propio; b) que la actuación de dicho sujeto agente se realice en una causa por delito, como dice el texto legal: "mediando" causa penal por delito; c) que la acción consista en acordar, practicar o prolongar una privación de libertad, sea una detención o la adopción de la medida de prisión; d) que esa conducta se refiera a un detenido, preso o sentenciado; e) que la privación de libertad viole plazos u otras garantías constitucionales o legales; y f) que el agente obre dolosamente, teniendo conciencia plena que la privación de libertad que acuerde, practique o prolongue es ilegal.

Pudiera pensarse que el tipo excluye de la comisión del delito a quien no se halla previamente detenido, preso o sentenciado, pero ello constituye un "absurdo" porque, además de que no conocemos precedentes que apoyen tal interpretación, más grave que mantener dicha medida en una persona que está detenida o presa, lo es acordarla para quien está libre, pero se le priva de libertad "con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales" exigidas.

Y es que no se puede confundir una interpretación "a fortiori" como la que acabamos de realizar, perfectamente admisible y exigible, pues evita que la mera literalidad del precepto conduzca a resultados absurdos, con una interpretación extensiva, esta sí, prohibida por el ordenamiento penal.

Al mismo tiempo, y como ha señalado la jurisprudencia existente sobre este delito, se exige la condición de autoridad o funcionario del sujeto activo, en cuanto se trata de un delito especial, por lo que no consideramos aplicable el capítulo de la detención ilegal, previsto para los particulares y, para el concreto caso del art. 167 CP , porque en dicho precepto se exige se trate de causa en la que no se tramite un posible delito, razón que ha llevado a las acusaciones a no solicitar la aplicación de este precepto y sí el art 530 CP , que por cierto tiene una pena inferior a la de los delitos del capítulo de las detenciones ilegales comunes.

Resultaría, por tanto, incoherente castigar y hacerlo con mayor dureza, a la autoridad que priva de libertad en una causa sin mediar delito en vez de aplicar el art 530 CP previsto para quien adopta una prisión indebida, en una causa por delito, con el efecto estigmatizante que ello tiene, la apariencia de legalidad de la decisión y los dilatados plazos legales de duración de la misma, entre otras razones.

Por su parte, la STS 376/2003, de 10 de marzo , al referirse a las garantías cuyo incumplimiento determina el ilícito tipificado en el art 530 CP , incluye las garantías institucionales de carácter constitucional y legal, de las que a su vez debe excluirse el supuesto del incumplimiento del deber de informar de sus derechos al detenido, preso o sentenciado ya que es objeto de específica tipificación en el artículo 537 del Código Penal .



En consecuencia, con esta excepción, el tipo del artículo 530 queda reservado a los casos en que se produce el incumplimiento de los plazos legales o la inobservancia de las restantes exigencias para la debida y legal adopción de una medida privativa de libertad, de la que resulte una detención o la prisión provisional o como pena, a salvo lo relativo a la información de derechos cuyo incumplimiento origina el delito del artículo 537 y no el del 530 del Código Penal .

En cuanto al ámbito abarcado por las garantías a respetar, para la privación de libertad conforme a derecho de una persona, la STS 635/2003, de 30 de abril , indica que "Se hace preciso acudir a las normas constitucionales, art. 17, y a las normas reguladoras de los supuestos de detención, para rellenar el tipo penal. Así, y a modo de relación, la Ley de Enjuiciamiento Criminal , la Ley de Seguridad Ciudadana y las leyes que permiten restricciones a la libertad deambulatoria, que respectivamente y para cada supuesto establecen un catálogo de derechos y la forma de realización".

C) En el caso en cuestión, el acusado dictó sendos autos de prisión provisional, contra D. Raul Domingo , medida cautelar para cuya correcta adopción, ha de observarse la regulación prevista en la LECrim, artículos 502 a 544 bis a.i., y más en particular los artículos 502 a 527 de dicho cuerpo legal y, habida cuenta que tales decisiones se adoptaron estando declaradas secretas las actuaciones, al amparo del artículo 302 de la ley procesal penal .

El primero, de fecha 16 de mayo de 2013 acordó la prisión provisional comunicada eludible bajo fianza de 2.500.000 €. El segundo, el 5 de junio de 2013 acordó la prisión provisional comunicada y sin fianza para el Sr. Raul Domingo .

Pues bien, tales decisiones se adoptaron careciendo el Sindicato Manos Limpias de legitimación para participar en la comparecencia prevista en el art 505 LECrim y, en consecuencia para solicitar tal medida, como así hizo, dado que ello, como se sabe, se rige por el principio acusatorio y al no solicitarla el Ministerio Fiscal, tal solicitud permitió la adopción por el acusado, de la referida medida.

Y es que, el acusado, ante la denuncia del referido Sindicato, que se refería a otro hecho delictivo distinto, en vez de haber rechazado su competencia, mandándola a reparto, dedujo testimonio de la misma y de ese modo " fabricó" una nueva causa, las DP 3173/2013, en la cual se dictaron dichos Autos de prisión sin que cuando se acordaron, estuviera constituida como parte procesal Manos Limpias.

Como era de esperar, y por tratarse de una directa conculcación del principio acusatorio, los Autos fueron anulados por la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante los Autos números 499/13 y 636/13), de 25-6-2013 y 4-7-2013 , respectivamente.

En concreto, el Auto 499/13, de 25 de junio , revoca la prisión eludible bajo fianza acordada mediante el Auto de 16/5/13 en las Diligencias Previas nº 3173/13, indicando "estamos en condiciones de afirmar que en el momento de la adopción de la medida cautelar que ahora se recurre no se había producido en este procedimiento la personación en forma de MANOS LIMPIAS, y por lo tanto el sindicato no ostentaba la condición de parte. Esta, como es sabido, no se adquiere por la mera interposición de una denuncia. Tampoco es susceptible de transmitirse de un proceso a otro de manera automática. En cada proceso se precisa de una resolución expresa que la establezca, especialmente en relación con las partes acusadoras(...). En el presente caso, la denunciante no pidió que se le tuviese por parte. El Juzgado de Instrucción no dictó una resolución que le reconociese tal condición. Por lo tanto, MANOS LIMPIAS no era parte en el momento de dictarse la resolución apelada".

En efecto, no fue sino hasta el día 22/5/13 cuando D. Felipe Inocencio en representación de dicho Sindicato, efectuó una comparecencia, en la que "ratifica la solicitud de tenerle por personado al Sindicato que representa, en calidad de acusación en las presentes diligencias previas 3173/13.", la cual no fue resuelta.

Por su parte, el Auto 507/2013, de 19 de junio de la Sección 30 de la Audiencia Provincial de Madrid , también trató la cuestión, indicando que "no cabe admitir la personación del Sindicato Colectivo Manos Limpias como acusación particular por no tener la consideración de perjudicado ",

Cuestión ésta que explicó muy gráficamente en las sesiones del juicio, la funcionaria del Juzgado Mar al declarar ante la Sala que cuando le advirtió de tal extremo al Juez, y en concreto que si eran acusación popular debían prestar fianza, éste le contestó que no hacía falta que eran acusación particular al ser los perjudicados por el delito.

A este respecto, el Auto nº 636/2013, de 4 de julio de la sección 15 de la AP de Madrid, revocó el Auto de 5/6/13 que acordó la prisión sin fianza del Sr. Raul Domingo , indicando que "con posterioridad a la comparecencia del Sr. Felipe Inocencio , el Juzgado de Instrucción no ha acordado expresamente tener por parte a Manos



Limpias, aunque ha actuado en todo momento como si lo fuese. Además, sigue sin presentar querrela y no se le ha exigido por el Juzgado la presentación de fianza".

Tales hechos tuvieron lugar pese a ser advertido el acusado por la defensa del Sr. Raul Domingo , haciendo caso omiso a las alegaciones sobre la ilegalidad de celebrar tal comparecencia.

Pero además, en relación a tales Autos, cabe señalar que el acusado se negó a tramitar su recusación en la causa para evitar verse apartado del procedimiento, a pesar de que el art 225.4LOPJ ordena suspender el curso del procedimiento, tramitarla, proceder a la audiencia de todas las partes y finalmente, resolverse de forma motivada, cosa que no se hizo.

Igualmente, como recuerda el auto 636/2013, de 4 de julio (Sección 15 AP. Madrid) al estar declarada secreta la causa, Manos Limpias no podía estar presente en la declaración del Sr. Raul Domingo , tras la cual se acordó su ingreso en prisión, pues la participación de Manos Limpias en la declaración del imputado y también en la audiencia del art. 505 LECrim . resulta incompatible con la declaración de secreto de sumario que estaba entonces vigente (...), Por lo tanto, la intervención de Manos Limpias en las Diligencias antes referidas contraviene las disposiciones que regulan el secreto sumarial y despoja de sustento a la resolución que acuerda la medida ahora recurrida, dado que fue dicho Sindicato la única parte que la solicitó."

En cuanto a la consumación del delito del art 530 CP , el Sr. Raul Domingo estuvo ilegalmente privado de libertad por dos periodos, el primero de 1 día y el segundo de 15 días.

Pero sucede que cuando el acusado acordó por segunda vez la prisión, omitió resolver sobre la devolución de la fianza que había sido prestada el 17/5/13, esto es, al día siguiente de serle impuesta, tras denegar un plazo de 24 o 48 horas para prestarla, como le solicitó la defensa del Sr. Raul Domingo , tal como declaró el Secretario judicial D. Benjamin Doroteo , comportamiento absolutamente reprochable pues constituye un uso forense, incluso en fianzas de mucho menor importe, que el ingreso en prisión se subordina a su no prestación en un plazo que se suele fijar en espacios temporales más dilatados.

De ese modo, el acusado logró, finalmente, ver conseguido su objetivo de encarcelar al Sr. Raul Domingo porque se aseguró de adoptar una decisión imposible, a saber, abonar de forma inmediata una suma tan elevada como son 2,5 MM de ?.

Ademas, en relación a la segunda medida de prisión provisional, el imputado Raul Domingo , pese a haber satisfecho dos millones y medio de euros que garantizaban que no eludiría la acción de la justicia, fue privado de libertad sin fianza, sin duda por el dato objetivo de que pese a su elevadísimo importe, la fianza fue prestada, por lo que el aquí acusado decidió asegurarse de que eso no volviera a ocurrir dictando la segunda vez, prisión sin fianza.

En cuanto a los autos en concreto, el de 16-5-2013, justifica la fianza de 2.500.000 euros, con un razonamiento que no puede admitirse, ya que se basa, más que en el patrimonio del imputado "que pudiera averiguarse y de sus disponibilidades económicas aparentes", en "la naturaleza de los hechos investigados en la causa -recuérdese que el procedimiento se inició por la concesión de un préstamo, ampliado luego, en otra causa, a la adquisición de un banco- donde los montantes económicos son de muy elevada cuantía, pudiendo haber implicado la puesta en relativo riesgo sistémico de CAJA MADRID, en el contexto de la crisis económica".

Llama la atención no ya el motivo de fondo la "crisis sistémica de Caja Madrid"- que poco tiene que ver con los concretos hechos de la causa sino su adopción justificada, entre otras razones, sobre la base de expresiones dubitativas como que se trata de hechos que "pudiendo (pudieran) haber implicado la puesta en relativo riesgo" de la solvencia de dicha entidad.

Y en cuanto al A. de 5-6-2013, vale la pena reparar en la extensa motivación contenida en los razonamientos segundo y tercero, donde se va mucho más allá del objeto del proceso, dado que se entra en algo que no le cabía al Juez investigar, como es la solvencia y situación financiera general de la entidad, sobre la que llega a verter afirmaciones como que ha detectado pérdidas de más de 500 millones de ? y que la adquisición del CNBF que investigaba se hacía en el "curso causal de la crisis económica" y que "posiblemente condujo al colapso a la entidad Financiera", en una especie de "tormenta perfecta" que "no dependió de constantes climatológicas, sino del propio proceder directo del imputado Raul Domingo ."

Seguidamente tras adentrarse el Juez en una especie de lección de economía de empresas, en la que señala las alertas o niveles de actuación que en su criterio, debe desplegar una entidad financiera para evitar riesgos y caer en responsabilidades penales, y que explica como "nivel atencional", "nivel intencional y "nivel ejecutivo", concluye en el razonamiento jurídico sexto, con la justificación de la medida, en este caso, prisión sin fianza.

En concreto, se adopta dicha decisión por "la posible comisión de un delito societario de administración desleal; o bien, de un delito de apropiación indebida", al apreciarse "un innegable riesgo de fuga" y porque "no puede



descartarse la posible conexidad con los hechos relacionados y antes descritos en relación con los créditos concedidos al otro imputado, Cayetano Emiliano ", indicando la posible connivencia entre ambos y otros miembros del Consejo de Administración de Caja Madrid, por lo que en atención a las penas que se le pueden imponer y el riesgo de que destruya pruebas, se decide la prisión provisional comunicada y sin fianza del Sr. Raul Domingo , que como se ha dicho sería revocada de forma inmediata por la Audiencia Provincial.

Desde luego no es que no sea normal ese modo de argumentar, es que estamos ante motivaciones insólitas, por su grado de especulación y el pretendido fundamento científico con que se adornan y por ende, eran inválidas como luego se declararía, para sostener la más grave medida cautelar existente, que en este caso, además, por sus precedentes no era sino el resultado final al que desde hacía unos meses se encaminó el proceder instructor del acusado, en convicción firme que declaró tenía el propio encarcelado ante este Tribunal.

Esta decisión es independiente de quien fuera la persona sobre la que recayó la instrucción pues, como se ha dicho, da igual de quien se tratara porque las actuaciones realizadas en el caso, simplemente, no las consideramos conformes a derecho, al suponer una actuación de "mero voluntarismo", cuya motivación no es jurídicamente defendible en derecho sino que se integra con "argumentos encubridores del carácter antijurídico" -como dijera el ATS 14-4-2014 R.Casac 20073/14 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, precitado-, y por ende arbitrario, de las decisiones adoptadas por el acusado.

Y aunque teóricamente pudiera ser admisible otra resolución distinta de la de libertad, como señaló el Fiscal en la audiencia, celebrada al amparo del art 505 LECrim , éste no solicitó la medida de prisión preventiva por lo que hay que entender que se refería a otras alternativas, dado el carácter excepcional que tiene dicha medida tal como establece el art 502.2 LECrim .

Por otro lado, no puede dejar de resaltarse que en materia de cuantía de las fianzas, es preciso distinguir entre fianzas carcelarias, para asegurar que el imputado quede a disposición del tribunal y fianzas para asegurar las posibles responsabilidades que en su momento pudieran acordarse.

Pues bien, en el presente caso no es lo que preceptúa el artículo 589 párrafo segundo, LECrim lo que hay que tener en cuenta para su fijación -consistente en al menos, una tercera parte del importe probable de las responsabilidades pecuniarias- lo que hace que no sea aplicable el montante probable de 500 millones de euros en que el acusado evaluaba las presuntas defraudaciones de las que responsabilizaba al Sr. Raul Domingo , sino, por el contrario lo previsto para la denominada "fianza carcelaria" en el art 531 LECrim .

En efecto, en el presente caso, era lo previsto en el artículo acabado de citar, es decir, la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del acusado y demás circunstancias que pudieren influir en el mayor o menor interés del procesado para ponerse fuera del alcance de la Autoridad judicial", lo que había que haber tenido en cuenta.

Y lo razonado en el auto, a tal efecto, no se corresponde con lo preceptuado legalmente, pues constituye una fundamentación aparente, ya que encubría el propósito final que guiaba al acusado, y, además, vulnera sin duda, el principio de proporcionalidad, que forma parte de los estándares internacionales del proceso -así art 49.3 CDF de la UE, y que ya se recogía en la Octava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos que indica que "No pueden solicitarse ni fianzas excesivas, ni imponerse multas excesivas ni aplicarse penas crueles y no habituales (unusual punishments).

Esta "prohibición de todo exceso", es aplicable a todo el derecho sancionador, resultando contrario al ordenamiento jurídico todo ejercicio excesivo de la coacción estatal, en cuanto no cabe individualizar una medida aflictiva de derechos en una duración o cuantía innecesaria, excesiva o injustificada.

Si lo anterior se une, al hecho de que no se permitió al Sr. Raul Domingo plazo alguno para abonar la fianza y, al ver que se pagó, adoptar la segunda vez tal medida, pero ya de modo incondicionado, se entiende mejor el propósito con que el acusado actuó en relación a este asunto.

Autoría y circunstancias modificativas

OCTAVO.- El acusado responde del delito imputado en concepto de autor, a tenor del artículo 28 del Código Penal ya que ha sido quien materialmente ha realizado los hechos declarados probados.

No existe la menor duda que la instrucción llevada a cabo y los actos y resoluciones adoptadas durante la misma, han estado en todo momento bajo su "dominio del hecho", y le son por tanto, imputables.

Por otro lado, no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, al no haberse siquiera planteado por la defensa, las partes acusadoras particulares o el Ministerio Fiscal.

Pena



NOVENO.- En cuanto a la pena imponible, a la vista de las contenidas en los artículos 446 3º y 530 CP, teniendo en cuenta la naturaleza de delito continuado de los hechos y que dichas infracciones penales lo han sido en concurso de delitos, procede, en aplicación igualmente del principio acusatorio, imponer al acusado las siguientes penas:

A) Por el delito de prevaricación continuada, sancionable con multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de diez a veinte años, le imponemos la pena de DIECIOCHO MESES Y UN DÍA DE MULTA CON CUOTA DIARIA DE 10 EUROS, con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el artículo 53 CP en caso de impago e INHABILITACIÓN ESPECIAL POR TIEMPO DE QUINCE AÑOS Y UN DÍA, para el ejercicio del cargo de juez o magistrado, con pérdida definitiva del cargo del que era titular, así como de los honores anejos, e incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo en el ámbito de la administración de justicia, y en particular, aquellos que conlleven el ejercicio de funciones jurisdiccionales o de gobierno, dentro del Poder Judicial, o con funciones jurisdiccionales fuera del mismo. Dicha pena se ha individualizado en el mínimo legal posible, en atención a la regla del art 74.1 CP, que impone la obligación de sancionar los delitos continuados con la pena correspondiente a la mitad superior o la superior en grado a la pena prevista para la infracción más grave; y ello por considerarse que se trata de una pena proporcionada a la entidad de los hechos. B) Por los dos delitos contra la garantía de la libertad individual, sancionados en el artículo 530 CP con pena de inhabilitación especial por tiempo de cuatro a ocho años, le imponemos la pena de inhabilitación especial por tiempo de 4 años por la primera privación de libertad y de 6 años por la segunda, en ambos casos para el ejercicio del cargo de juez o magistrado, con pérdida definitiva del cargo del que era titular, así como de los honores anejos, e incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo en el ámbito de la administración de justicia, y en particular, aquellos que conlleven el ejercicio de funciones jurisdiccionales o de gobierno, dentro del Poder Judicial, o con funciones jurisdiccionales fuera del mismo. Las penas para estos delitos se han impuesto, la primera en su mínimo legal y la segunda en la mitad de la pena posible, teniendo en cuenta que la primera medida de prisión provisional lo fue con fianza y la segunda sin ella.

C) En cuando a su aplicación concreta, y por aplicación de la regla penológica del art 77.1 y 2 CP, esto es, al tratarse de delitos en concurso se impone, finalmente, en su mitad superior, la pena prevista para la infracción más grave, que en este caso es la correspondiente al delito de prevaricación continuada, siendo su mínimo legal posible, con esta nueva agravación, la de veintiún meses un día de multa y diecisiete años, seis meses y un día de inhabilitación, que son las penas que imponemos.

En cuanto a la cuota de multa, la dejamos en 10 euros día, debido a la capacidad económica profesional del acusado.

Responsabilidad civil y costas

DÉCIMO.- Por último, procede referirse a las cuestiones económicas derivadas de los hechos y los delitos que se consideran realizados por el acusado.

A) El primero de los pronunciamientos económicos de esta resolución, ha de referirse a la responsabilidad civil. A este respecto, el Ministerio Fiscal no solicita responsabilidad civil alguna, lo mismo que la acusación del Sr. Raul Domingo, la cual, sin embargo, ha declarado, de modo expreso, que se reserva sus derechos para ejercitarlos en otro procedimiento distinto.

Por el contrario, la acusación del Sr. Cayetano Emiliano pidió una indemnización de 50.000 € por daños morales infligidos a su defendido y por los gastos de defensa jurídica, cuyo reembolso sería para los acreedores del concurso abierto sobre el patrimonio del Sr. Cayetano Emiliano.

En cuanto a la defensa del acusado la impugnó por no haberse escuchado al Sr. Cayetano Emiliano y ser de difícil estimar unos supuestos daños morales a una persona que ya se encontraba en prisión cuando se abrió la causa.

B) Ciertamente, no todo delito genera automáticamente un derecho de resarcimiento por daños morales. Primero, tienen que existir y segundo, ser probados de forma suficiente

En cuanto a su procedencia, se trata de un daño consistente en una "perturbación psicológica", expresión que emplea la STS nº 507/2005, de fecha 21-4-2005, en relación a otros delitos en que suelen reclamarse, derivando su existencia de los propios hechos que se recogen en la sentencia y que han producido el daño, y respecto a los cuales, con carácter general, no es necesaria una concreta actividad probatoria del nivel y exigencia de los daños materiales, ya que se trata de un juicio de valor objetivo, ante situaciones de impacto emocional, que generan zozobra, ansiedad, angustia, inquietud, temor, etc, que "dañan" la estima, honor y dignidad de una persona, sí ha de valorarse su real existencia y si hubiera obligación de soportarlos o si exigen su reparación, habida cuenta del sujeto sobre el que recaen y las circunstancias del caso.



Y todo ello, por supuesto, al margen de que se produzcan daños de tal entidad, que por su gravedad generen consecuencias de orden síquico, con secuelas incluso, que rebasen lo ordinario y se conviertan por ello, en delitos por producir lesiones síquicas, del art 147 CP .

Pues bien, como ya dijo esta Sala en su Sentencia de 8 de julio de 2014 (PA 1/2014), "la jurisprudencia de la Sala Primera entiende de aplicación la doctrina in re ipsa loquitur, cuando la realidad del daño puede estimarse existente por resultar "evidente"; es decir, "cuando resulte evidenciada como consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado", tesis acogida en numerosas resoluciones (SSTS de la Sala Primera, de 19 de junio de 2000 , 1 de abril de 2002 , 22 de junio de 2006 , 12 de junio de 2007 , etc.). La Sala Segunda, en argumentación paralela, reseña que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico o hecho probado, pudiendo constatarse un sufrimiento, un sentimiento de su dignidad lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad (SSTS núm. 264/2009, de 12 de marzo ; núm. 105/2005, de 29 de enero)" [STS, 2ª, de 10 de junio de 2014, FJ 5, ROJ STS 2498/2014].

Ese daño moral es claro en el caso de autos para el querellante Sr. Cayetano Emiliano , que se queja de haber sido acusado en un proceso penal merced a un actuar prevaricador del Instructor, que la Sala juzga acreditado. Esa arbitraria imputación en causa criminal por delito, en sí misma, produce, como consecuencia lógica e indefectible, un padecimiento moral: la frustración de quien es víctima de una actuación penalmente reprobable, cometida, nada más y nada menos que por quien, en un Estado de Derecho, está llamado a impartir Justicia al margen de cualquier sombra de arbitrariedad, y sin embargo, y pese a ello, hace prevalecer su voluntad sobre la de la ley, haciendo recaer sobre el reclamante injustamente el peso de un proceso criminal.

El daño moral, en casos como el de autos, resulta de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente; no deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima (cfr. STS 1366/2002, de 22 de julio). Para su cuantificación, no contamos con pruebas que faciliten el parámetro económico para fijarla, más allá de la expresión de la gravedad del hecho y de las circunstancias personales de la víctima. De ahí que el daño moral pueda ser establecido, como señala la citada STS, 2ª, de 10 de junio de 2014 , "mediante un juicio global, atendiendo a la naturaleza del delito y a su gravedad atemperando la demanda de las víctimas a la realidad social y económica de cada momento histórico (STS 915/2010)".

Resultado de esa evaluación global de la reparación debida a las víctimas, el Tribunal cuantifica la indemnización que corresponde por el daño moral inferido al Sr. Cayetano Emiliano , no en los cincuenta mil euros (50.000 ?) solicitados, sino en diez mil euros (10.000 ?), teniendo en cuenta el desvalor de las concretas acciones que ha padecido, y a que éstas se proyectan sobre hechos que, en su tipificación como ilícitos penales, son calificados como delitos, y no como faltas. Atendemos también a la circunstancia personal de la condena en costas que se impone al acusado, para ponderar el quantum de la responsabilidad civil que se reclama.

C) Finalmente, y de conformidad con lo previsto en el art 240 2º y 3º LECrim , las costas procesales se imponen al condenado, habida cuenta que la acusación ha prosperado y que no se aprecia motivo alguno de temeridad o mala fe en las acusaciones particulares, para excluirles de este efecto del proceso.

Vistos los preceptos legales reseñados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de SM el Rey y en virtud del poder que emanado del Pueblo nos otorga la Constitución española, se dicta el siguiente

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos al acusado lltmo. Sr. Don Gonzalo Geronimo , Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción N° 9 de Madrid, como autor responsable de un delito continuado de prevaricación del artículo 446.3º, y dos delitos contra la libertad individual, ya definidos, y en concurso, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de VEINTIÚN MESES Y UN DÍA DE MULTA CON CUOTA DIARIA DE 10 EUROS, con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el artículo 53 CP en caso de impago e INHABILITACIÓN ESPECIAL POR TIEMPO DE DIECISIETE AÑOS, SEIS MESES Y UN DÍA, para el ejercicio del cargo de juez o magistrado, con pérdida definitiva del cargo del que era titular, así como de los honores anejos, e incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo en el ámbito de la administración de justicia, y en particular, aquellos que conlleven el ejercicio de funciones jurisdiccionales o de gobierno, dentro del Poder Judicial, o con funciones jurisdiccionales fuera del mismo.

En cuanto a la responsabilidad civil, se le condena a pagar DIEZ MIL EUROS (10.000 ?) a D. Cayetano Emiliano , en concepto de daños morales.



Se imponen las costas procesales, incluidas las de las acusaciones particulares, al condenado.

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.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la. Ilmo/a. Sr/a. Presidente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial, certifico.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CIVIL Y PENAL

MADRID

N/REF: Procedimiento Abreviado 1/2.013

Querellante: Ministerio Fiscal, representado por el Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Comunidad de Madrid. Excmo. Sr. D. Borja Fulgencio .

Acusación particular. D. Damaso Paulino y D. Raul Domingo

Procurador. D. Ignacio Aguilar Fernández.

Letrado: D. Damaso Paulino

Acusación particular: D. Cayetano Emiliano

Procurador: D. Argimiro Vázquez Guillen

Letrado. D. Nicolás González Cuellar-Serrano

Acusado D. Gonzalo Geronimo

Procurador. D. Javier Fernández Estada

Letrados: D. Gonzalo Boyé Tuset y Dª Isabel del Val Sánchez

VOTO PARTICULAR

A LA SENTENCIA N° 18/2014

En Madrid, a 6 de octubre de dos mil catorce

PRIMERO: El Magistrado D. ARTURO BELTRÁN NÚÑEZ formula el presente voto particular. Disiente del mayoritario, con el mayor de los respetos, sea dicho esto, no como obligada cláusula de estilo, sino desde el reconocimiento expreso a un trabajo serio y sólido presidido por el amor a la verdad y a la justicia, del que ha sido testigo privilegiado.

Disiente también con un profundo desasosiego, que nace de la convicción de que la instrucción de las causas que incoó el acusado es, en su conjunto, sumamente irregular, que D. Gonzalo Geronimo no ha utilizado en debida forma el enorme poder sobre la libertad la intimidad y la seguridad de los ciudadanos que la ley concede al juez de instrucción, que su conducta es contraria a la esperable en un garante de los derechos ajenos, que "no se puede" instruir así.

Sin embargo, no existe, como tipo penal, la "instrucción prevaricadora". Existen (o no) resoluciones abiertamente injustas más allá del inevitable error humano, en las que el juez hace, a sabiendas, de su voluntad ley contra la ley, que darían lugar al delito doloso de prevaricación, y, en caso de pluralidad de las mismas, en seguimiento de un plan o aprovechando iguales circunstancias, a la continuidad delictiva.

Ciertamente esas resoluciones individuales muestran en ocasiones, su carácter abiertamente injusto, precisamente al ponerse en relación las unas con las otras, relación inherente a la naturaleza misma de todo proceso, pero, pese a ello, si, una a una carecen de un contenido real, o, al menos, potencial, de clara injusticia la mera interrelación no colmará ese vacío, salvo que tornemos al concepto inexistente de instrucción prevaricadora, en sustitución del existente de resolución prevaricadora (o resoluciones prevaricadoras).

Desde la convicción de que la sentencia condenatoria va a ser sometida al Tribunal Supremo, y, pese a la clara conciencia de que su Excmo. Sala Segunda en nada necesitaría, en su caso, una perspectiva adicional, este juez entiende obligada la presentación de esa perspectiva.



SEGUNDO: El voto particular parte de dos premisas generales y de un dato concreto. Son aquellas:

Toda conducta que tiene una explicación alternativa al margen del Derecho Penal no debe calificarse de delito.

Resoluciones que se dictan con frecuencia sin merecer reproche penal alguno, conforme dicta la experiencia diaria, difícilmente serán soporte de la conciencia de ilegalidad, menos aún de lo palmario de su injusticia, conciencia que exige el tipo penal: "a sabiendas".

El dato es que la instrucción se ha desarrollado, como la ley ordena, bajo la inspección del Ministerio Fiscal. Éste no ha recurrido ninguna de las resoluciones que se consideran prevaricadoras, aunque, en ocasiones se ha adherido a los recursos de los Sres. Raul Domingo y Cayetano Emiliano . Y ello no puede atribuirse a que estuviera encarnado en una persona frívola o ignorante. Basta escuchar su informe en la comparecencia previa al Auto de Prisión de 05.06.13 (la del 16.05.13 no se grabó) para comprobar que el Fiscal actuó con gran rigor jurídico y conocimiento de las actuaciones, con firmeza, temple y sosiego. Se hace difícil pensar que alguien así percibiera con claridad como delictiva la conducta del juez y no la combatiera.

TERCERO: Breve repaso de las resoluciones y conductas consideradas típicas en la sentencia:

A/ Primera reapertura de las actuaciones (Auto 07.06.12).

Es cierto que no debieron reabrirse y es justa y lógica la sanción de anular esta resolución como hizo el auto de 19.06.13 de la Audiencia Provincial de Madrid , pero debe tenerse en cuenta:

Que la ley calla respecto de cuáles sean las condiciones de reapertura de las actuaciones.

Que ha sido la jurisprudencia (STS de 17.05.90 , 30.06.97 hasta la de 21.03.12, entre otras) la que ha establecido los requisitos de la reapertura, concretados en la aparición de nuevos indicios o elementos de comprobación.

Cuáles sean nuevos indicios es algo discutible. La noticia oficiosa de una nueva querrela contra la entidad sucesora de Caja Madrid es, a posteriori, una razón claramente insuficiente de reapertura. Por oficiosa, y por la relación con lo antes actuado, que, en todo caso, se presentaba como oblicua o indirecta. Pero debe considerarse que la oficiosidad es el resultado de la multitud de órganos de instrucción en las grandes ciudades. En una pequeña localidad para EL (único) juez de instrucción toda noticia sería oficial. La noticia era creíble y resultó cierta. La distinción entre BANKIA y CAJA MADRID no era entonces tan nítida como ahora. El juez, en todo caso, reabre las actuaciones, al efecto de asegurarse de la noticia, y el Secretario General del Sindicato MANOS LIMPIAS le informa de que el Juzgado 21 de Instrucción de los de Madrid se ha inhibido a favor de los Juzgados Centrales, y que los hechos están "conexionados". La única decisión que toma el acusado es la de redactar una minuta o borrador de inhibición que su sustituto natural examina, encuentra correcta y traduce en la resolución que firma (Auto 03.07.12).

En la experiencia de este magistrado son frecuentes las reaperturas de procedimiento, aún sin ese mínimo dato de una noticia oficiosa eventualmente relacionada con el objeto del proceso inicialmente sobreseído provisionalmente. Que sepa, jamás han dado lugar a procesos por prevaricación.

B/ Nueva reapertura de las actuaciones (Auto del 16.11.12).

Valen aquí los argumentos generales antes expuestos. Debe añadirse que el concepto de prevaricación es difícilmente compatible con el de resolución superflua o innecesaria, ya que la causa había sido ya reabierto. Una resolución que pudo perfectamente no existir (en cuanto a la reapertura, pues además proveía un escrito del Sindicato MANOS LIMPIAS) es decir una resolución, en ese punto, sin entidad real no puede ser continente de un contenido de abierta arbitrariedad. La sanción procesal de nulidad de la anterior y la presente resolución (Autos 505 y 506/2013 del 19.06.13 de la Sección 30 de la Audiencia Provincial de Madrid) es suficiente.

Por otra parte el Auto del 09.01.13 , que resuelve los recursos de reforma contra las dos resoluciones anteriores, se refiere expresamente a hechos notorios y obvios cuales la crisis económica general, dentro de ella el problema de la insolvencia de gran parte del sistema financiero español (una gran parte de las Cajas de Ahorro) la necesidad de su rescate y en concreto el de Caja Madrid, mediante enormes inyecciones de dinero público. El concepto de hecho notorio se ha discutido. Puede entenderse por tal el que es objeto de general conocimiento, no discutible, y, como tal, exento de prueba. La crisis económica, la gestión politizada y poco profesional de muchas Cajas de Ahorro, las inversiones en obras absurdas, el dinero derrochado, etc., eran ya entonces hechos notorios. Que los recoja WIKIPEDIA es, al tiempo, expresión de dicha notoriedad y con causa de la misma. Que el juez se sirva de WIKIPEDIA para expresar su pensamiento puede ser signo de comodidad, ajeno a la prevaricación.

En fin la crisis económica ha sido tenida por hecho notorio por nuestro Tribunal Supremo (STS Sala Primera nº 309/2013, de 26 de abril).



C/Providencia de 07.12.12.

Esta providencia tiene todos los defectos que se señalan en la sentencia y fue justamente dejada sin efecto, aunque por vía indirecta por el auto 502/2013 de la Sección 30 de la Audiencia Provincial de Madrid .

Los defectos de ausencia de motivación y la naturaleza misma de providencia y no de auto, cuando incidía en derechos fundamentales son evidentes. Su desproporción respecto del objeto original del proceso, clamorosa. Las razones por las que cabe explicar su existencia al margen del derecho penal son las siguientes:

En general la sustitución de autos por providencias es práctica viciosa muy extendida. Resoluciones sin fundamento también son muy frecuentes. No se incoa por ello causa alguna por prevaricación. La sanción de dejar esta resolución sin efecto es suficiente. Muy frecuentemente, cuando existe motivación posterior válida, p.ej en el auto que resuelve el recurso de reforma, se consideran subsanados defectos de no escasa gravedad. En el presente caso el acusado dio razón con similares fundamentos del porqué de su actuación en los autos de 09.01.13 y 27.05.13 , el primero ya citado, el segundo, que resolvía precisamente el recurso de reforma contra la providencia de 07.12.12.

En estos autos, queda palmariamente claro que el objeto del proceso se ha ampliado, lo que de modo indirecto pero absolutamente patente resultaba ya de la propia providencia. Lo que aparecía como una eventual irregularidad aislada se convierte para el juez, a la luz de los hechos notorios que expone y de una nueva denuncia sobre la adquisición irregular de un banco en Florida, en un signo de una actuación generalizada, temeraria, potencialmente delictiva en la gestión de Caja Madrid. Se amplía con desmesura el objeto de la investigación, y, correlativamente se amplían desmesuradamente respecto del objeto inicial del proceso las diligencias de investigación. A la pregunta de sí puede el juez ampliar el objeto de investigación entiendo que la respuesta es afirmativa. De hecho casi todas las investigaciones relacionadas con la gran delincuencia económica o la corrupción se han iniciado por pequeñas corruptelas o por denuncias sobre hechos muy limitados, y luego se han ido ampliando hasta el gigantismo, y extendiéndose a materias, personas, instituciones, inimaginables al incoarse el proceso. Error y hasta contradicción del juez ha sido no decir desde el principio y nunca con claridad que había mudado cualitativa y cuantitativamente el objeto del proceso, que lo que se presentaba externamente como una investigación prospectiva, no era, a su criterio, sino una investigación exhaustiva, y quizá la única posible en relación a la nueva materia investigada. Pero esa contradicción, esa errónea omisión explicativa y esa desmesura objetiva, que no son admisibles, no pueden ser, ni en la más severa de las apreciaciones, equiparables a una resolución injusta dictada a sabiendas. (Sobre este punto se volverá al estudiar el retardo en el dictado de determinadas resoluciones).

D/ El auto de 07.12.13 de entrada y registro en la Oficinas de Bankia es la culminación y agotamiento de la investigación iniciada en la providencia anterior.

Vale pues lo dicho en relación a la misma. Es además, en su mayor parte, una resolución vinculada a otra causa por delito de revelación de secretos que se tramita separadamente, delito por el que se ha retirado la acusación en la presente. E/ F/ y G/ Los autos de 08.02, 08.03 y 08.04.13 tienen, en lo que se refiere a la relación de la declaración del secreto de las actuaciones y sus prórrogas con el ejercicio del derecho de defensa y la formulación de recursos, una motivación inadmisibles; y en lo referente a las versiones de descargo de los imputados, una explicación exótica. Insuficiente es la apelación a la necesidad de no interferir la investigación en razón de intereses en presencia de gran relevancia, pero deja de serlo en conexión con la solicitud de secreto interesada por la Policía Judicial, que aparece, aunque al margen de los razonamientos jurídicos, como presupuesto de las citadas resoluciones, petición que podía considerarse fundada ya que se habían pedido intervenciones telefónicas, como confirmó en juicio el Capitán de la Guardia Civil con carnet profesional NUM001 , y aún con más rotundidad el Sargento con carnet NUM002 (sesiones de 8 y 9 de julio).

H/ El auto del 03.06.13 que acuerda incoar diligencias previas por revelación de secretos es otra seria irregularidad más. En efecto, lo lógico era no provocar una situación que enmarañaba el resto de las actuaciones y aparecía como intimidante y coactiva para los Sres. Raul Domingo y Damaso Paulino . Había razones sin embargo para pensar que podía haber delito y que debía ser investigado, porque, partiera de quien partiera, el error de notificar el auto del 22.05.13 con expresión de la causa que motivaba el secreto, error en todo caso imputable a descuido del juez, es lo cierto que todo indica, porque a nadie le gusta hacer el ridículo, (y el juez lo hizo) que el acusado se enteró de tal error al oír en declaración a D. Raul Domingo , y que, quizá con la sobrante oficiosidad de oír como imputado al abogado Sr. Damaso Paulino , la instrucción duró un día y se cerró por auto de sobreseimiento provisional que nadie recurrió. Con ello, la incómoda e indeseable situación de los Sres. Raul Domingo y Damaso Paulino resultó totalmente efímera; y la apertura que sitúa al juez en situación desairada, por un lado, y la celeridad, por otro, en el cierre de la causa son difícilmente compatibles con la vocación de vulnerar el derecho de defensa.



I/ El retraso en la resolución del recurso de reforma contra la providencia de 07.12.13 y en resolver sobre la conexión entre los hechos inicialmente investigados con los hechos denunciados el 05.12.12 sobre la adquisición del CITY NATIONAL BANK OF FLORIDA.

El primero tardó en resolverse 3 meses y 6 días. La resolución decidiendo incoar nuevas diligencias y atribuyéndose la competencia, 3 meses y 3 días. Uno y otro retraso son en muy buena medida coincidentes en el tiempo (febrero-mayo 2013), y permitieron, se dice como prueba de maliciosidad, que la investigación acordada en la providencia de 07.12.12 avanzara y se obtuvieran datos en la misma que luego se utilizaron en las diligencias previas 3173/2013.

En torno a ello caben las siguientes consideraciones:

Cuando se habla de retardo malicioso, no debe olvidarse que "malicioso" es adjetivo que califica el sustantivo "retardo", y un retraso de unos meses en resolver un recurso es indeseable, sin que de ese retraso y otros mucho mayores se sigan consecuencias penales.

Que el retraso fuera malicioso porque se perseguía como fin ilícito el avance en las diligencias de investigación acordadas en la providencia de 07.12.12, exigiría un relato de hechos, conforme al cual la cronología en la aparición de nuevos hallazgos sustanciales para incoar una nueva causa tenían lugar en fechas tales que la resolución del recurso de reforma con anterioridad y la tramitación del de apelación hubieran impedido tales hallazgos. Es decir que entre el retraso en resolver y permitir que otros resolvieran y la obtención de nuevos y decisivos datos existía nexo causal, o, al menos, correlación. Ninguna acusación efectúa ese relato cronológico, ni puede hacerlo la sentencia. El elemento teleológico de la maliciosidad aparece como meramente especulativo.

Por todas las partes, por las distintas secciones de la Audiencia Provincial, por este Tribunal, y por el propio acusado, que a lo más que llega es a hablar de conexión implícita, se ha dado por cierto que no existe conexión entre el hipotético delito inicialmente investigado (préstamo que encubre un negocio gratuito) y el posteriormente denunciado (eventual compra con sobreprecio sospechoso del Banco de Florida). Se parte de esa ausencia de conexión como una premisa tan indiscutible que este magistrado reconoce su desconcierto, y tiene que admitir la probabilidad de estar en un error. Sin embargo este es un tema importante que puede proyectarse sobre la calificación jurídica de los hechos. Si los delitos son conexos puede y deben ser investigados en un mismo procedimiento (Art. 300 LECrm.). Si pueden y deben ser investigados en el mismo procedimiento, no cabe la censura de aportar material de investigación del primero al segundo (que pudo no existir). Como se ha dicho, en la providencia 07.12.12 el juez amplió el objeto del proceso sin manifestarlo expresamente, pero es algo que resulta palmariamente de la mera lectura de la citada providencia, y del auto del 09.01.13. El detonante de ese cambio, lo que lleva al juez a pensar que una entidad como Caja Madrid no se tambalea por un préstamo de unos millones de Euros, son quizá esos hechos notorios ya mencionados (crisis del sistema financiero, inyecciones ingentes de dinero) pero también sin duda, por la coincidencia cronológica -05.12, 07.12- la ampliación de la denuncia sobre la compra del Banco de Florida. Comenzar la investigación de este hecho en las diligencias Previas 58/2010 no es aberrante si hay conexión entre ambas conductas. Pues bien, pese a la unanimidad en negar tal conexión, la misma es sostenible. Se trataba de presuntos delitos imputables a una persona, aunque pudiera haber otros imputados, que guardaban entre sí relación o analogía (la forma de gestionar la entidad, la hipotética distracción de dinero en el primer caso por convertir un negocio oneroso en gratuito o semigratuito, o por pago de desmesurado sobreprecio, en el segundo) y que no habían sido sentenciados. No parece que la aplicación del art. 17-5° de la LECrim exija un torcimiento absoluto del derecho. Desde esta perspectiva se añaden argumentos en contra del carácter prevaricador de la providencia de 07.12.12 y del carácter malicioso del retraso pues no es ilícita la investigación en el primero de los procedimientos.

J y K - Los autos de 16/05 y 5/6 2013 que acuerdan la prisión del D. Raul Domingo .

Es esta la actuación más censurable del Juez, a juicio del Magistrado que suscribe. Puede haber muchas resoluciones discutibles y hasta injustas que afecten a la recta administración de Justicia, pero cuando el bien jurídico vulnerado por ellas no rebasa ese plano genérico, sino que se concreta en la pérdida de libertad de una persona determinada, la repulsa que merece la conducta del Juez crece en forma exponencial. Ello aparte, la dinámica del proceso provoca la sensación no demostrable pero claramente intuible- de que el Juez se había propuesto el ingreso en prisión de D. Raul Domingo . Se dice esto porque no es contrario a la ley, pero sí infrecuente que sea el Juez quien promueva de oficio, respecto de quien se encuentra en libertad, la comparecencia prevista en el art. 505 LECr. También en infrecuente que, entre una y otra convocatoria medien pocos días, ni que al convocarse de oficio la segunda comparecencia, las novedades resulten tan escasas. De hecho el segundo auto de prisión se justifica, en cuanto a la variación de circunstancias respecto del primero en la aparición de unos correos sobre eventuales maniobras de elusión de controles por autoridad económica



autonómica y en la disposición en reserva para operaciones eventuales e incógnitas de una gran cantidad de dinero (100 kilos), así como en el mayor riesgo de fuga y manipulación de las fuentes de prueba y en fin en que las explicaciones de su conducta que da el Sr. Raul Domingo son tan contraproducentes para el que le envuelven cada vez más en su propia tela de araña. Pero esas declaraciones se producen después de acordar la comparecencia, pues se resuelve que esta venga procedida de una nueva declaración del imputado, y es en ella donde, a criterio del Juez, sus explicaciones son tan endeblez que le comprometen aún más, endeblez que no podía ni siquiera presumirse cuando se decide la comparecencia precedida del interrogatorio.

Sin embargo no cabe condenar por sensaciones o intuiciones aunque se piense que las mismas son certeras. La LECr. Reserva la convocatoria de la audiencia al Juez, que puede acordarla de oficio, incluso respecto de quien esta en libertad. (Art. 505. 1 y 2) Surgen, entonces, dudas sobre si se cumplían los requisitos formales y materiales para acordar la prisión: esencialmente la personación en la Diligencias Previas 58/2010 y 1733/2013 del Sindicato Manos Limpias, única parte que solicitó la prisión provisional del Sr. Raul Domingo, la condición en que lo hizo, y cuales eran los riesgos de necesaria prevención para acordar la prisión.

Respecto de la personación del citado Sindicato en la Diligencias Previas 58/2010, es claro que solicitó hacerlo en ejercicio de la acción popular. El Juez acordó tenerla por personada como acusación particular y no exigió fianza.

Sobre este tema la sentencia de la que este voto disiente ha entendido que la consideración de acusación particular no da lugar al delito de prevaricación: la ley a veces distingue y a veces no entre ambos conceptos o toma a la acción popular como una variante o especie del género acusación particular (véanse por ejemplo los artículos 654 y 782 de LECr. El art. 280 se refiere en general al particular querellante, del que el art. 281 considera una especie a los ofendidos o perjudicados. El art. 20.3 de LOPJ, por un lado, admite fianzas moderadas, y, por otro, afirma que la acción popular será siempre gratuita). Una interpretación incorrecta de leyes de este tenor queda muy lejos de la prevaricación.

Por tanto, el reproche de que el Sindicato Manos Limpias no se había personado como acusación popular y no había prestado fianza es válido, pero, aunque se de la razón a quien lo hace, no permite el salto a la comisión del delito de prevaricación por el que no lo acepta. De otra parte, que los delitos societarios sólo sean perseguibles por los perjudicados es argumento endeble si se da concurso de leyes (apropiación indebida) o con otros delitos (falsedad) ajenos a esa condición de perseguibilidad.

La inadvertencia del hecho de que en las nuevas diligencias 1733/2013 no se hubiera personado el referido sindicato no es intolerable por las siguientes razones:

La causa sin número, luego 1733/2013, se tramitó sobre el soporte documental de la causa 58/2010. Debió incoarse causa sin número pero al no hacerlo así se produjo una fuente de confusión.

Y esa ausencia de personación no fue advertida por ninguna de las partes sólo la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid se apercibió de ello al resolver los recursos contra los autos de prisión. El juez tampoco debió advertirlo pues le bastaban unos minutos y unas líneas para salvar ese reproche.

En caso de entenderse conexos los delitos, la segunda causa pudo simplemente no incoarse e investigarse ambos delitos en la primera.

El secreto de las actuaciones no es óbice a la celebración de la comparecencia. La ley no hace distinciones por razón del secreto (art. 505 LECrim.). El secreto afecta a la pieza principal del Sumario y no a la Pieza Separada de situación, hasta el punto de que la ley prevé las cautelas que hay que tomar para que lo decidido en ésta no afecte al secreto (art. 506-2).

Más discutible sería que con carácter previo a la comparecencia se tomara declaración a los imputados (salvo que se considere que se había levantado implícitamente el secreto reforzado del sumario). Pero éste hecho no es objeto de acusación.

Sobre el fondo de las decisiones debe decirse que el análisis de riesgos que supone la decisión sobre libertad o prisión no es nada fácil. Hace años nadie pudo presumir que el fugado más famoso de España fuera un Director General de la Guardia Civil; que una Sección de la Audiencia Nacional fuera, de hecho, disuelta y sus integrantes expedientados e imputados penalmente (aunque se sobreyera finalmente la causa) por un acto -el acuerdo de libertad de un preso preventivo poco antes del juicio- que resultó fallido no en el momento de acordarse, sino cuando el acuerdo fue conocido; que se presentaran indicios de riesgo de fuga suficientes para acordar la prisión de la máxima autoridad española en materia monetaria (Gobernador del Banco de España). Podrían multiplicarse los ejemplos. Pero, sin acudir a casos famosos, en la práctica diaria son centenares las veces que cada mes los tribunales de apelación acuerdan la libertad provisional de quien ha recurrido ante ellos la prisión preventiva, sin que ello traiga para quien la acordó consecuencia penal alguna.



Ciertamente resulta anómalo el segundo auto de prisión, pues la conducta del Sr. Raul Domingo no se hacía acreedora a esa medida, tomada a los 20 días de quedar en libertad. Pero no pueden olvidarse los siguientes datos: El contenido de los correos a que se refiere el relato de hechos añadía -lo dice la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid- un refuerzo indiciario de culpabilidad.

El auditor que examinó el cumplimiento de condiciones en el otorgamiento de los préstamos, D. Nicolas Ovidio , informó el 30.05.13 que dos Consejeros de Caja Madrid le habían requerido que modificara su dictamen. Ese informe tuvo su entrada en el Juzgado el 03.06.13 (véanse folios 1229 a 1233 del Tomo III y declaraciones del Sr. Nicolas Ovidio en la Sesión del juicio del 10.07.14). El juez no los menciona directamente en sus autos pero si se refiere al riesgo de que se desvirtúe la investigación. Ciertamente en julio de 2014 el Sr. Nicolas Ovidio afirmó en juicio que no se sintió coaccionado, aunque posteriormente fue demandado, pero eso es una cosa, y otra muy distinta lo que pudo pensar el juez al leer su escrito.

Todos los informes (de MANOS LIMPIAS, del Ministerio Fiscal, del abogado del Sr. Raul Domingo fueron buenos informes). El de MANOS LIMPIAS relacionando el mayor riesgo de fuga con la solvencia económica del Sr. Raul Domingo no fue ninguna nadería. El del Ministerio Fiscal, que fue modélico, y se opuso a la prisión, reconoció, sin embargo, que el Juez podía dictar una resolución de otro signo, aunque entendiera, con serios argumentos, que lo razonable y prudente era no hacerlo (véase el correspondiente DVD).

En todo caso los dos Autos de prisión están largamente fundados.

L/ y M/ Los delitos contra la libertad individual.

"In claris non fit interpretatio". El sujeto pasivo del tipo del art. 530 del CP . ha de ser un detenido, preso o sentenciado. El Sr. Raul Domingo no lo era.

Es posible que el Código Penal incurra en algún defecto sistemático al no incluir a las personas libres en el citado artículo. Ese eventual error u omisión del legislador no puede volverse contra el justiciable.

También cabe entender que cuando el juez acuerda la prisión de una persona libre en forma prevaricadora, esto es, cuando el juez está fuera de la ley pierde su condición de autoridad, y comete un delito contra la libertad pero no el previsto en el art. 530 del CP . sino en el 163 de igual ley, más grave, no homogéneo y que no ha sido objeto de acusación. La aparente dificultad del concurso real de delitos que ofrece en caso de ejecución de sentencias el párrafo primero del art. 446, dificultad que crecería en el caso del número 3º de dicho artículo, puede salvarse si se piensa que la agravación en caso de ejecutarse la sentencia injusta contra el reo, se produce aunque la pena impuesta no sea privativa de libertad, lo que permite pensar en su punición aparte cuando lo sea.

En fin, la interpretación del art. 530 teniendo en cuenta la ubicación del precepto dentro de los delitos contra la Constitución , y, más en concreto, de los delitos contra las garantías constitucionales, y la inmediatez numérica con los arts. 529-2, 531 y 533 permite pensar que el buen jurídico protegido no es la privación de libertad en exclusiva sino la quiebra de las garantías del que en principio ha sido o podido ser correctamente detenido, preso o sentenciado.

CUARTO.- Volviendo al principio, si una conducta, por deplorable que sea, pueda explicarse al margen del derecho penal, la conclusión es que debe dictarse sentencia absolutoria.

En ese sentido firmo el presente Voto Particular.

PUBLICACIÓN.- Dado y pronunciado el anterior Voto Particular por el Magistrado que lo suscribe y leído en el mismo día de la fecha, de lo que yo la Secretario Judicial, doy fe.