



Roj: **STS 6196/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:6196**

Id Cendoj: **28079120012013100981**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/12/2013**

Nº de Recurso: **816/2013**

Nº de Resolución: **992/2013**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Diciembre de dos mil trece.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de la acusada **Mariana**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que condenó a la acusada por un delito de prevaricación imprudente; los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo parte el Ministerio Fiscal, y dicha recurrente representada por el Procurador Sr. D. Adolfo Morales Hernández.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Cataluña, en el Procedimiento Abreviado nº 1/2012, seguido ante la misma Sala por delito de prevaricación, dictó sentencia de fecha veintiocho de febrero de dos mil trece, que contiene los siguientes **Hechos Probados** :

" HECHOS PROBADOS : *Apreciando en conciencia las pruebas del interrogatorio de la acusada, de le testifical y de la documental, practicadas contradictoriamente a presencia del Tribunal en el acto de la vista del juicio oral, se declara expresamente probado lo siguiente:*

1.- *En la época en que se sitúan los hechos que aquí se enjuician, finales de 2011 y principios de 2012, previo nombramiento y designación por el organismo público competente, la acusada desempeñaba oficialmente las funciones de Juez suplente al frente del Juzgado de Instrucción núm. 1 de los de Santa Coloma de Farners (Girona), hallándose en funciones de guardia el día 16 de diciembre de 2011.*

2.- *Ese día, los Mossos d'Esquadra pusieron a su disposición en calidad de detenidos a los nacionales senegaleses Luis Enrique (o Simón) y Ángel (o Calixto), a quienes imputaban la comisión de un delito de robo de cobre con fuerza en las cosas en la localidad de Riells del Montseny, del término municipal de Riells ; Viabrea, en la comarca de La Selva, haciendo constar en el correspondiente Atestado (núm. NUM000), a los eventuales efectos previstos en el art. 89.1 CP, la información facilitada por el Grupo Operativo de Extranjeros (GOE) del Cuerpo Nacional de Policía (CNP) de la Comisaría Provincial de Girona, según la cual los detenidos carecían de documentación de identidad y se hallaban en situación irregular en España.*

3.- *En el procedimiento penal incoado en el Juzgado de instrucción núm. 1 Santa Coloma de Farners ese mismo día a raíz de la presentación de los detenidos (DP num 1632/2011), les fue tomada declaración a ambos en la sede judicial a presencia de la Fiscal adscrita al Juzgado (Ilma. Sra. D M Aránzazu Garcés Moré) y de su Abogada (Sra. Da. Mercé Sérrés Soler), que actuaba en sustitución del designado por el turno de oficio para dicha diligencia (Sr. D. Joan Ferrés Planella), a la finalización de cada una las cuales y ante la falta de petición de medida cautelar privativa de libertad por la acusación, se decidió la libertad de los dos con obligación de presentarse semanalmente en el Juzgado, mediante sendos Autos de ese mismo día debidamente notificados a los interesados, a su defensa y a la Fiscal (en este caso, al día siguiente).*



4.- En las citadas declaraciones, se les interrogó -aparte de por su intervención en los hechos presuntamente delictivos por los que habían sido detenidos- sobre su identidad y documentos demostrativos de la misma y sobre las circunstancias de su estancia en nuestro país, y ambos facilitaron sendos domicilios en la localidad de Blanes. Pero, en cambio, nada sé dijo a los ciudadanos senegaleses sobre la eventualidad de que pudiera ser decidido su internamiento a los fines de su expulsión administrativa, ni tampoco a su Abogada o a la Fiscal allí presentes, ni mucho menos se les ofreció a unos y a otros la posibilidad de acreditar por los medios de prueba que hubieren considerado conveniente presentar la veracidad de los datos facilitados sobre su identidad y domicilio, que, sin embargo, sí se pudo demostrar poco después -el 20 de diciembre- en el curso del expediente administrativo de expulsión.

5.- Finalizadas las dos declaraciones, la acusada se puso telefónicamente en contacto con el entonces Jefe del GOE de la Comisaría Provincial de Girona, el Subinspector del CNP Sr. D. Gerardo , que, a requerimiento suyo, le informó que los presentados como detenidos se hallaban en situación irregular en nuestro país y que, por ello, el mismo día (15) de su detención se había procedido a la incoación de un procedimiento administrativo preferente de expulsión, que se había notificado oportunamente a los interesados, sin que hasta ese momento se hubiera realizado ningún otro trámite ni adoptado ninguna otra resolución, habiéndose descartado solicitar ninguna medida cautelar a fin de asegurar su eventual expulsión del territorio nacional.

6.- No obstante conocer que el procedimiento administrativo de expulsión apenas había sido incoado y que no existía solicitud de la Autoridad competente para obtener la autorización de internamiento de los dos extranjeros detenidos, a los que ya entonces había dispuesto poner en libertad en la causa penal, la acusada ordenó, en el curso de la referida conversación telefónica, al citado Subinspector -instructor de los dos expedientes administrativos- que comisionara a los funcionarios policiales que fueran precisos para trasladar los ciudadanos senegaleses al Centro de Internamiento de La Verneda (Barcelona), porque había decidido motu proprio autorizar dicha medida cautelar, sin que le fuera planteada objeción alguna por el citado funcionario policial.

7.- La acusada no dejó constancia escrita alguna en el procedimiento penal de la referida conversación telefónica, sino hasta un tiempo apreciable después de haber tenido lugar, cuando en el trámite de elevar las actuaciones a la Audiencia Provincial para la resolución de un recurso de apelación de la defensa, aquélla decidió requerir por Providencia de 25 de enero de 2012 determinada información a la Comisaría del CNP de Girona, que fue recibida el 26 de enero de 2012 firmada por el Comisario Jefe Provincial, Sr. D. Leoncio , y en la que por vez primera se hacía referencia expresa a dicha conversación.

8.- Finalizada la conversación telefónica, sin tener a la vista la copia de los respectivos procedimientos administrativos de expulsión, que en ningún momento creyó conveniente reclamar, sin oír previamente sobre la proporcionalidad y la justificación de la medida cautelar ni a los interesados ni a su Abogada ni a la Fiscal adscrita al Juzgado, y sin conocimiento previo de ninguno de ellos, con excepción de un breve comentario informal efectuado a la letrada de los detenidos una vez concluida la declaración de éstos en el sentido de que pensaba interesarse por su situación administrativa, la acusada dictó en el seno del mismo procedimiento penal (DP núm. 1632/2011) dos Autos datados ese mismo día 16 de diciembre de 2011, en los que, con omisión de la más mínima diligencia y con grave desatención en la verificación del cumplimiento de los requisitos que la ley exige para su adopción, dispuso directamente el internamiento cautelar de ambos en el Centro de internamiento de extranjeros de La Verneda (Barcelona) durante el plazo máximo de cuarenta días.

9.- En ambos Autos, que contenían idénticos razonamientos jurídicos -el único antecedente de hecho y el fallo eran diferentes, pero solo en cuanto a la identificación del afectado por cada resolución-, se especificaban los "requisitos necesarios para el internamiento de extranjeros sometidos a procedimientos de expulsión" (FD1), entre los cuales se hacían constar expresamente dos que, precisamente, habían sido incumplidos frontalmente, a saber, por un lado, "a) la petición de internamiento formulada a la autoridad judicial por la Policía., motivada", que -como se ha dicho- no existía en este caso, y, por otro, "b) el extranjero ha de ser... oído en declaración por la autoridad judicial", lo que -como también se ha dicho- tampoco había tenido lugar en este caso en cuanto a la concreta medida del internamiento y sus presupuestos; además, se daba cuenta de la jurisprudencia del TC que exige el respeto del derecho fundamental de defensa en la adopción de la medida de internamiento, reconociendo que "la intervención judicial no sólo controlará el carácter imprescindible de la pérdida de libertad sino que permitirá a/interesado presentar sus medidas de defensa, evitando que la detención presente el carácter de un internamiento arbitrario" (FD2), posibilidad de defensa que tampoco se había respetado en este caso; y se justificaba la decisión final en ambos supuestos de la misma manera:

"...atendidas las circunstancias del caso, se desprende de su declaración prestada a presencia judicial, que son, en definitiva, el hallarse en España sin permiso de residencia, sin presentar documento alguno que acredite siquiera su identificación y su nombre, afirmando que ha utilizado diferentes nombres en su estancia en este país y dando nombre fa/so cuando es identificado por la Policía, no disponer de medios conocidos y regulares de vida, ni domicilio fijo ni mucho menos propio y la posibilidad de sustraerse a la ejecución de la posible expulsión..."



10.- Habiéndose interpuesto oportunamente por el Abogado de los ciudadanos senegaleses, Sr. D. Joan Ferrés Planella, sendos recursos de reforma alegando, entre otras razones, la inexistencia tanto de una petición motivada de internamiento formulada previamente por la Autoridad administrativa competente como la vulneración del derecho de defensa al no haber sido oídos los interesados, entonces detenidos, sobre las circunstancias personales que debían tomarse en consideración para autorizar, en su caso, el internamiento, la acusada dispuso entonces, por Providencia de 27 de diciembre de 2011 y antes de admitir los recursos a trámite, que se reclamara del GOE de la Comisaría del CNP de Girona noticia del trámite administrativo seguido en los expedientes de expulsión, por el cual se informó que en aquellos momentos se hallaban pendientes de propuesta de resolución a las alegaciones presentadas por el Abogado de los ciudadanos senegaleses.

11.- En el ínterin y aun antes de recibir traslado de los recursos de reforma interpuestos por su defensa, el Ministerio Fiscal presentó en 30 de diciembre de 2011 un escrito solicitando la inmediata puesta en libertad de los dos ciudadanos senegaleses, alegando que se había infringido el art. 62 LOE, al no existir la indispensable petición previa de autorización de internamiento formulada la autoridad administrativa competente en el correspondiente expediente de expulsión y al no haberse dado traslado, también previo, a las partes interesadas para que, en su caso, hubiesen podido alegar frente a la medida.

12.- La anterior petición del Ministerio Fiscal fue desestimada por la acusada mediante un Auto de 30 de diciembre de 2011, exponiendo, entre otras razones: en primer lugar, que el Fiscal no había interpuesto recurso alguno contra los Autos de 16 de diciembre, por lo que -según la acusada- debía entenderse que se hallaba conforme con ellos; en segundo lugar -en este caso, con grave desconocimiento de lo dispuesto en la legislación de extranjería y de lo que resulta de la jurisprudencia del TC-, que en virtud de lo dispuesto en el art. 61.1.f) LOE "no es necesaria petición alguna de la policía tal y como tienen reconocidas ya Sentencias del Tribunal Supremo", que no se citaban en absoluto; y en tercer lugar, que los interesados habían sido oídos en la diligencia de declaración practicada en las DP instruidas por delito de robo con fuerza, por lo que no era necesaria ninguna otra audiencia; para concluir que los dos internamientos estaban plenamente ajustados a Derecho porque los extranjeros internados reunían todos los requisitos establecidos en el art. 62 LOE para poder ser internados a la espera de su eventual expulsión, en especial, por el riesgo de. incomparecencia derivado de su falta de domicilio fijo o estable, su carencia de documentación, por haber realizado "actuaciones tendentes a dificultar o evitar la expulsión" consistentes en haber adoptado "diversas filiaciones", y por existir "procedimientos sancionadores pendientes" contra ellos anotados en la base de datos de la DGP y de la GC, en referencia a una detención previa realizada por los MMEE en 16 de diciembre de 2010 sin más datos.

13.- Una vez que le fue conferido traslado de los dos recursos de reforma interpuestos por la defensa de los ciudadanos senegaleses, el Ministerio Fiscal se adhirió a ellos solicitando su estimación y, de nuevo, la inmediata puesta en libertad de aquéllos, en esencia, por las mismas razones expuestas en su anterior escrito aunque más desarrolladas a argumentalmente.

14.- Pese a todo, reincidiendo en el grave desconocimiento de los requisitos que exige la legislación de extranjería para disponer el internamiento cautelar de extranjeros sometidos a expedientes administrativos de expulsión, la acusada decidió desestimar ambos recursos de reforma en un solo Auto de fecha 9 de enero de 2012, en el que, reafirmando la existencia de motivación suficiente en los Autos recurridos, descartaba la indefensión material de los afectados, al haberse negado "reiteradamente" a presencia judicial a designar un domicilio estable y al haber alterado su verdadera identidad; reiteraba que con base en el art 61.1.f) LOE la medida de internamiento era "absolutamente ajustada a Derecho"; insistía en que concurrían en los ciudadanos senegaleses afectados los requisitos que les hacían acreedores a la medida cautelar combatida; y razonaba que la medida era proporcional, habida cuenta el riesgo de incomparecencia derivado de su carencia de domicilio fijo, del hecho de estar indocumentados y haber realizado actuaciones tendentes a dificultar la expulsión, así como de existir "procedimientos sancionadores pendientes", en este caso, en alusión al propio procedimiento penal (DP núm. 1632/2011) tramitado en el mismo Juzgado.

15.- La defensa de los extranjeros, tras ser notificada del referido Auto, interpuso oportunamente un recurso de apelación insistiendo en los mismos argumentos, es decir, por un lado, en la "ausencia de petición motivada de internamiento" por parte de la Autoridad administrativa competente, sin que el art. 61.1.f) LOE autorice al Juez de Instrucción a adoptar de oficio medidas cautelares en el expediente administrativo de expulsión, sino solo al instructor de éste a proponer al Juez de Instrucción "cualquier otra medida cautelar" limitativa de derechos no prevista en los apartados precedentes del mismo precepto; por otro, en la "vulneración del derecho de defensa", al no haberse dado a los afectados la posibilidad de ser oídos, de aportar los datos de identidad y de localización y de alegar en contra de la medida de internamiento; y, finalmente, en la "falta de motivación", puesto que la resolución nada decía sobre el hecho de que la posterior investigación policial revelara que los domicilios facilitados ante la Juez fueran los verdaderos, que en ellos se encontraban sus documentos de identidad y que,



incluso, uno de ellos tenía pendiente de resolver por la autoridad administrativa competente una solicitud de residencia.

16.- Por su parte, en el trámite de alegaciones frente al indicado recurso de apelación, el Ministerio Fiscal se adhirió al mismo solicitando la declaración de nulidad de los Autos de internamiento de 16 de diciembre de 2011 en atención al "absoluto desconocimiento por parte de la Juez de Instrucción de las normas esenciales del procedimiento, al prescindir en su dictado de los presupuestos exigidos y trámites previstos por la Ley para la adopción de la medida cautelar de internamiento en Centro de Extranjeros prevista en la LO. 4/2000, de 11 de enero", insistiendo, entre otros extremos, en la ausencia de petición de la medida cautelar adoptada por parte del instructor del expediente administrativa, y en la falta de audiencia a los ciudadanos extranjeros, a su defensa y al Ministerio Fiscal sobre las causas de expulsión por las que se hubiere incoado el expediente.

17.- Por un Auto de 9 de febrero de 2012, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Girona dispuso estimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto en representación de los ciudadanos senegaleses D. Luis Enrique (o Simón) y D. Ángel (o Calixto), revocar las resoluciones recurridas y decretar "su nulidad radical e insubsanable", sin disponer sobre la libertad de los recurrentes porque en dicho momento ya se había revocado el internamiento por la acusada, por dos Autos de fecha 20 de enero de 2012, que habían sido dictados a instancia de la autoridad administrativa y con el informe favorable del Ministerio Fiscal para facilitar la ejecución de la resolución de expulsión del territorio nacional, la cual, sin embargo, no pudo llevarse a cabo materialmente en ninguno de los dos casos, en el de D. Luis Enrique por la negativa de la representación consular a documentarlo en el plazo disponible para ejecutar la medida, y en el de D. Ángel por su negativa a viajar a Senegal en la forma dispuesta por las autoridades españolas.

18.- El Auto de la Ilma. Audiencia Provincial de Girona consideró, además, que, al haberse producido por parte de la acusada, al dictar la resoluciones recurridas, "una vulneración tan flagrante de las normas más esenciales del procedimiento", su emisión podía constituir "un delito de prevaricación, al menos culposa", por lo que dispuso asimismo "deducir testimonio de la totalidad de las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con el fin de que, si lo considera oportuno, proceda al nombramiento de un instructor y a la incoación de las oportunas diligencias penales".

SEGUNDO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó el siguiente pronunciamiento: " **FALLAMOS** : CONDENAR a la acusada D^a. Mariana en concepto de autora responsable de un delito de prevaricación imprudente, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, con imposición del pago de las costas procesales que hubieren podido devengarse por razón de la presente causa.

Póngase en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial el contenido de esta resolución a los efectos oportunos.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación de Mariana, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de la recurrente formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes: **UNICO** .- Al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del art. 447 CP.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día dieciocho de diciembre de dos mil trece.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El motivo único por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim, por cuanto de los hechos probados se ha dictado sentencia condenatoria por un delito de prevaricación culposa con infracción del art. 447 CP.

Se dice en el motivo que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña contrae la condena a los autos dictados por la recurrente en fecha 16.12.2011, por los que acordaba el internamiento en el Centro de internamientos de Extranjeros de los ciudadanos senegaleses Luis Enrique y Ángel, habiendo confirmados los mismos, tras el recurso de reforma por auto de 9.1.2012.



El motivo, tras exponer la doctrina sobre la prevaricación culposa discrepa de la interpretación del Tribunal sentenciador que entiende que es una ignorancia inexcusable la interpretación que efectuó la recurrente del art. 61.1. f) LO. 4/2000 , reformado por la de 2/2009, en el sentido de que dicha letra dispone "cualquier otra medida que el Juez estime adecuada y suficiente" le permitía tomar la medida que, en definitiva, ordenó.

Considera que la medida no fue tan descabellada o esperpéntica porque en los hechos probados se hace referencia a que la recurrente decidió requerir por providencia de 25.1.2012, determinada información a la Comisaría de la CNP de Girona que fue recibida el 26.1.2012, firmada por el Comisario Jefe Provincial Sr. D. Leoncio , en la que aparte de acreditarse la conversación mantenida entre la Sra. Mariana y la Comisaría, antes de dictarse los autos supuestamente prevaricadores, se dice que en operación del subinspector el Juez de Instrucción de Guardia del lugar donde se encuentra detenido un extranjero irregular es competente para ordenar el ingreso en CIE. En aplicación del apartado F, del art. 61 LO. 4/2000 , reformado por la de 2/2009; porque en la declaración prestada en el acto del juicio oral por el mismo subinspector jefe del GOE en el sentido de que fue para él una sorpresa mayúscula y que esta era la primera vez que algo semejante le sucedía en 21 años de servicio, que esos funcionarios volvieron ya con las ordenes de internamiento, no se ha tenido en cuenta que el citado art. 61.1 f), no se introdujo hasta la modificación de la reforma 2/2009, es decir dos años antes de los hechos; y porque, el Ministerio Fiscal no recurrió en un primer momento los autos supuestamente prevaricadores, sino que se adhirió posteriormente al recurso de reforma y no fue hasta el 30.12.2011 cuando solicitó se dejaran sin efecto dichos autos, que le habían sido notificados el 17.12.

El motivo -se adelanta- debe ser desestimado.

Como ha puesto de relieve la doctrina científica, el vigente Código Penal ha estructurado de diferente forma que el anterior, los diversos supuestos de prevaricación ya que si en el Código de 1973 se encontraban compartiendo el mismo Capítulo el I del Título VII , dentro de la rúbrica "de los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos", tanto los supuestos referentes a la prevaricación judicial como a la efectuada por funcionarios públicos, en el vigente Código se estudian diferencialmente en títulos distintos ambas figuras.

En efecto, en el Título XIX -"de los delitos contra la Administración Pública"- Capítulo I se encuentran los supuestos de prevaricación de los funcionarios públicos, en tanto que en el Título XX, "delitos contra la Administración de Justicia" en su Capítulo I, se recogen exclusivamente los supuestos de prevaricación judicial en los arts. 446 a 449.

El cambio tiene más calado que el meramente sistemático al responder al reconocimiento constitucional del Poder Judicial como un poder del Estado y en consecuencia al muy distinto significado que tiene la prevaricación del funcionario de la del juez, extremo que quedaba injustificadamente oscurecido en la anterior regulación, pues siendo la prevaricación del funcionario y la del juez conductas aparentemente parecidas, tienen un muy diferente significado, en paralelo al diferente puesto que ocupa en el Estado, un Juez o un funcionario.

El Juez tiene el monopolio de la jurisdicción y la facultad exclusiva de resolver los conflictos que se le presenten mediante la aplicación de la Ley, en un poder independiente que encuentra su límite en la aplicación del Ordenamiento Jurídico, resolviendo de manera vinculante y definitiva el asunto enjuiciado. Evidentemente no llega a tanto el poder de un funcionario sin perjuicio de que en la resolución del escrito administrativo que se trate deba resolverlo de acuerdo a la legalidad vigente, pero el Juez, como poder del Estado es el garante e intérprete de la legalidad, lo que le coloca en una situación diferente y superior, y de ello se derivan dos consecuencias importantes:

a) La mayor gravedad de la prevaricación judicial sobre la del funcionario, lo que se comprueba con la mayor severidad de las penas con que está castigada aquella -puede llegar a pena de prisión y tiene mayor extensión la pena de inhabilitación especial- que las penas previstas para la prevaricación del funcionario.

b) En la medida que la prevaricación judicial es un delito de técnicos del derecho, es claro que como se afirma en la reciente sentencia de esta Sala, ya citada, 2/99 de 15 de octubre "...en la motivación de las resoluciones prevaricadoras predominan los argumentos encubridores del carácter antijurídico del acto. Por estas razones, es preciso proceder cuidadosamente en el traslado de las exigencias que debe cumplir el acto prevaricante, dado que los adjetivos utilizados por la jurisprudencia, han sido esencialmente forjados con relación a prevaricaciones de funcionarios, que, por lo general no son técnicos en derecho. Ello explica que en algunos casos se haya exigido que la arbitrariedad sea "esperpéntica" o que "pueda ser apreciada por cualquiera".... pero un Juez, que tiene la máxima cualificación jurídica no puede ser tratado como un funcionario....".

Esta prevención es necesaria porque al tratar en el anterior Código juntas ambas clases de prevaricación, y referirse, casi en exclusividad, la jurisprudencia a los supuestos de prevaricación del funcionario, resulta



necesario el recordatorio de no trasladar "sic et simpliciter" aquellas exigencias de la prevaricación del funcionario a los casos de prevaricación judicial sin riesgo de convertir esta figura en un delito de imposible ejecución.

En delito de prevaricación judicial, tanto en su modalidad dolosa como imprudente, precisa de un elemento objetivo: la injusticia de la resolución, cuya determinación, no radica en que el autor la estime como tal, sino que en clave estrictamente objetiva la misma merezca tal calificación cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles. En palabras de la sentencia ya citada, el carácter objetivo de la injusticia supone que el "...apartamiento de la función judicial propia del Estado de Derecho se da cuando, como ya se dijo, la aplicación del derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de la interpretación del derecho aceptable en tal Estado de Derecho....".

Por ello, el elemento objetivo de la resolución injusta, solo puede ser definido de la perspectiva de la legalidad porque la prevaricación comienza con el abandono de dicho principio, y no desde las propias convicciones del Juez, porque en tal caso la subjetivización del delito de prevaricación conduce a la justificación de cualquier decisión judicial.

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 de Derecho.

En consecuencia, por resolución injusta, habrá de estimarse aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, careciendo de toda interpretación razonable, siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad. La injusticia es por ello un plus respecto de mera ilegalidad.

Por tanto, como hemos dicho en STS. 101/2012 de 27.2, en la interpretación de la justicia de la resolución esta Sala ha acudido a una formulación objetiva, de manera que, como señala la STS. 755/2007 de 25.9, puede decirse que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada - desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que el sujeto activo del delito no aplica la norma dirigida a la resolución del conflicto, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico jurídico aceptable.

En la conocida Sentencia de esta Sala, STS 79/2012, de 9 de febrero, hemos expuesto y reiterado nuestra interpretación del delito de la prevaricación con detallada exposición de los supuestos en los que ha sido subsumida la tipicidad de la prevaricación, destacando cómo la esencia de la misma no es la contradicción al Derecho, sino la arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional, el abuso de la función, en definitiva, la infracción del deber. Así destaca como en la STS. 102/2009 de 3.2, se decía "La teoría objetiva... es complementada por la teoría de la infracción del deber que salva las críticas a la formulación objetiva respecto de las normas de contenido impreciso. En estos supuestos y en los de decisiones sobre facultades discrecionales se afirma la posibilidad de decisión prevaricadora cuando el juez excede el contenido de la autorización, cuando el juez decide motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o cuando el juez se aparte del método previsto en el ordenamiento".

En definitiva, se entenderá por resolución injusta, aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, según los métodos usualmente admitidos en Derecho, careciendo de toda interpretación razonable, y siendo por ello, exponente de una clara irracionalidad.

Por lo tanto, una resolución basada en una interpretación que puede reputarse errónea, no es injusta a los efectos del delito de prevaricación, siempre que, alcanzada por los métodos de interpretación usualmente admitidos, sea defendible en Derecho.

Esta configuración del elemento del tipo objetivo viene a rechazar al mismo tiempo la teoría subjetiva de la prevaricación, según la cual se apreciaría el delito poniendo el acento en la actitud o la convicción del juez al resolver, y prescindiendo que la resolución sea objetivamente conforme a la Ley. Desde este punto de vista es evidente que "...la injusticia objetiva de la resolución no puede ser eliminada recurriendo a la subjetividad del autor, dado que el Juez debe aplicar el derecho y no obrar según su propia idea de la justicia", (STS 2/1999). Por lo tanto, no puede admitirse que una resolución sea justa solo porque el juez que la dicta, sin referencia alguna a criterios objetivos, así la considere.

En la STS nº 102/2009 de 3.2, se consideró delictiva la resolución del juez territorialmente que ordenó, sin observación del principio de contradicción, la devolución de una cantidad retenida por un establecimiento de



juegos de azar, correspondiente al premio obtenido por el denunciante. La resolución judicial ordena al Notario, en el que se deposita la cantidad retenida, la devolución del importe del premio retenido "sin dilación de clase alguna en forma inmediata" facultando a un letrado para colaborar en la cumplimentación de lo dispuesto. Así como la resolución que acordaba la libertad de uno de los imputados, argumentando que "...la libertad acordada en una causa seguida por delito grave requiere un análisis de los presupuestos para su adopción que no se realiza y la que se expone, identidad de circunstancias, no es real".

En la STS nº 1243/2009, de 30 de octubre, se consideró constitutiva de prevaricación la conducta del juez consistente en la adopción de una serie de acuerdos en un expediente de adopción en el que una mujer pretendía adoptar a la hija de su consorte, también mujer, entendiéndose esta Sala que aquellas "...no sólo implican unas injustas resoluciones retardatorias sino también un despliegue de activa obstrucción beligerante para impedir la efectiva aplicación de la voluntad legislativa; muy significativamente cuando se trataba de cuestionar la idoneidad para la adopción por razón de la orientación sexual de la promovente. El examen de la madre biológica, titular de la patria potestad, el requerimiento, bajo apercibimiento de sobreseer el expediente para nombrar profesionales, el nombramiento y sucesivo cese del defensor de la niña sólo son racionalmente explicables desde el punto de vista de una resolución injusta".

En esta jurisprudencia destacamos los dos elementos de la prevaricación. Desde una formulación objetiva la esencia del delito de prevaricación radica en el quebrantamiento del Derecho cuando la aplicación del mismo no resulta objetivamente sostenible, exigiéndose una indudable infracción del Derecho. De esta manera, allí donde caben varias conductas y decisiones objetivamente sostenibles o donde existen dudas fundadas, no buscadas, en la interpretación del Derecho, la elección de una u otra de estas interpretaciones posibles - independientemente de la convicción del juez- no dará lugar a una acción prevaricadora, dado que el juez se habrá mantenido dentro de lo jurídicamente aceptable. En cuanto al elemento subjetivo plasmado en la prevaricación dolosa en la expresión "a sabiendas" no es otra cosa que la inclusión expresa del dolo, en el sentido de que el autor debe tener plena conciencia del carácter injusto, de la resolución que dicta. Es decir, debe ser consciente de la adopción de la resolución, de su sentido y de sus consecuencias y de que todo ello no pueda estar amparado por una interpretación razonable de la Ley. En este sentido, el elemento subjetivo se integra por "...la conciencia de estar dictando una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, en aquellos casos en los que la norma pueda ser susceptible de distintas interpretaciones, elemento que debe ser puesto en relación con la condición del Juez de técnico en derecho, y por tanto conocedor del derecho y de la ciencia jurídica «iura novit curia»-", (STS nº 2338/2001).

Pero, como precisa la STS. 79/2012 antes citada, no se trata de un elemento subjetivo integrado en el elemento objetivo relativo a la injusticia. Es decir, la resolución no se reputa injusta porque el juez la considere así, lo que importa, desde el punto de vista atinente al tipo objetivo, es que lo acordado no es defendible en Derecho ni podría llegarse a ello por alguno de los métodos de interpretación de las normas admitidos en Derecho.

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

SEGUNDO: En cuanto a la prevaricación culposa del art. 447 degrada la parte subjetiva al establecer que basta que la resolución sea dictada por imprudencia grave o ignorancia inexcusable, pero agrava la parte objetiva, al exigir que la resolución sea manifiestamente injusta (STS. 962/2006 de 19.9).

El tipo de prevaricación por imprudencia tiene -según se dice en la STS. 333/2006 de 15.2 - una estructura doble en el sentido que diferencia la conducta imprudente o negligente propiamente dicha y la ignorancia inexcusable (por ello en el Código anterior no se aplicaba el tipo de imprudencia genérico incriminándose específicamente la prevaricación imprudente, artículo 355 C.P 1973). La primera hace referencia a supuestos de desatención, ligereza o falta de cuidado graves, mientras que la ignorancia inexcusable significa no rebasar el umbral mínimo del conocimiento exigible, en este caso a un juez o magistrado, es decir, se trata de un error provocado por la propia falta de conocimiento o información del sujeto del delito, imputable al mismo, lo que es causa de la sentencia o resolución manifiestamente injusta.

Por ello -recuerda la STS. 359/2002 de 26.2 - el legislador ha decidido que cuando se trata de una prevaricación judicial por imprudencia grave no basta con que la resolución sea injusta, como sucede en la modalidad dolosa, sino que sea injusta con carácter manifiesto, lo que incide, más que en el elemento objetivo de la prevaricación, en el tipo subjetivo y particularmente en la necesidad de que el autor, con el conocimiento del contenido de la resolución, se haya representado -culpa con representación- la posibilidad de la realización del tipo, habiendo confiado *injustificadamente*, al mismo tiempo, en la adecuación a derecho de dicha resolución. La injusticia



de la resolución no debe ofrecer ninguna duda y son, pues, los casos extremos de desatención de los deberes judiciales cuando aquella se haya dictado con vulneración u omisión de los procedimientos, requisitos legales o comprobaciones que impone la diligencia mínima exigible a todo juez, lo que ha querido resolver el legislador a través del art. 447 CP . (AATS. 16.7.2008 y 13.10.2009). En consecuencia el delito del artículo 447 del Código Penal requiere que el autor haya obrado con culpa consciente o con representación, por cuanto la injusticia es manifiesta tiene necesariamente que haberla captado inmediatamente discutiéndose en la doctrina si la formula legal es capaz de acoger tanto los casos en los que el sujeto es consciente de su propia ignorancia o de la falta de cuidado, aceptando que la sentencia o la resolución puede ser injusta como consecuencia de ello (dolo eventual) como aquellos en los que tal conciencia no existe lo que le permite creer temerariamente que la resolución es correcta.

Por ello la prevaricación culposa solo resultará aplicable en relación con las resoluciones que entrañan una infracción del ordenamiento jurídico patente, grosera, evidente, notoria o esperpéntica. No basta la mera ilegalidad, sino que debe concurrir una contradicción clara y palmaria con la norma, debiendo ser aquella tan patente que resulte evidente por sí misma, sin necesidad de ningún esfuerzo interpretativo o justificativo de su existencia.

En definitiva, la configuración del mentado tipo del art. 447 CP , requiere dos elementos: uno subjetivo, o sea, la imprudencia grave o ignorancia inexcusable, y uno objetivo, la manifiesta injusticia de la resolución. Con relación al primero, la Ley se refiere a la desatención en el desempeño de las labores jurisdiccionales, y no de cualquier entidad, sino de la mayor dosificación jurídica, pues tanto la imprudencia como la ignorancia se encuentran calificadas con los adjetivos "grave" e "inexcusable", "grave en la terminología del Código Penal se contraponen obviamente, con leve (imprudencia leve apostilla dicho texto legal en varios preceptos cuando valora la conducta culposa del agente), y significa una desatención intensa, sustancial, perceptible fácilmente, de una gran entidad, siendo tal modulo subjetivo, el que debe ser apreciado judicialmente, por tratarse de un concepto jurídico indeterminado (ATS. 14.5.2002), la que conduce a que solo será admisible la imprudencia temeraria quedando fuera cualquier otra imprudencia, aunque la doctrina especializada resalta como el concepto de imprudencia grave o ignorancia inexcusable en el delito de prevaricación no es absolutamente homogéneo con el tradicional concepto de imprudencia temeraria.

En efecto, la doctrina y la jurisprudencia han venido configurando la imprudencia temeraria como la omisión de las mas elementales normas de diligencia y cuidado exigibles al ciudadano medio, no obstante lo cual, es claro, que en el ámbito del art. 447 el punto de referencia se debe aplicar no es el de los conocimientos del hombre medio o del buen padre de familia, pues traspasar tal esquema al ámbito de prevaricación judicial, habida cuenta la complejidad inherente al ordenamiento jurídico, haría imposible admitir la existencia de una prevaricación judicial culposa. Por el contrario, la ignorancia será inexcusable cuando entraña la omisión del autor de diligencia exigible al Juez medio. La injusticia habrá de ser manifiesta a los ojos de un juez de formación media, no a los del Juez que dictó la resolución, pues en este último caso nos encontraríamos ante un caso de prevaricación dolosa.

Por último si es necesario resaltar que es doctrina reiterada que la disconformidad con una resolución judicial no permite constituir sin más la base de un procedimiento penal. Asimismo en lo concerniente al bien jurídico protegido del mentado ilícito penal de prevaricación se ha pronunciado esta Sala Segunda, en el sentido de que " *este delito no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes en el proceso, sino en la vulneración del Estado de Derecho al quebrantar la función judicial de decidir aplicando el Derecho ...*", lo que supone que " *... se produce un abuso de la posición que el derecho otorga al Juez, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales* " (STS 2/99 de 15 de Octubre de 1999 , y también se ha subrayado cual es el fundamento del delito de prevaricación, al mencionar que la existencia de un poder judicial, o de una autoridad judicial, que desarrolle la función jurisdiccional de un Estado democrático, es uno de los pilares básicos de un Estado de Derecho. Su consideración de independiente es una condición que posibilita la condición de legitimidad del Estado. Al mismo tiempo un elemento fundamental de la independencia judicial es la vinculación del juez exclusivamente a la ley, art. 117 CE . Esta sujeción del juez a la norma supone la ausencia de responsabilidad del juez por las decisiones que adopte, siempre y cuando actúe en el ámbito de la ley. De esta manera se garantiza la vigencia real del Derecho y la protección jurídica de los ciudadanos.

Ahora bien la tarea judicial es susceptible de extralimitaciones y disfunciones. En primer lugar, pueden existir disfunciones nacidas de la simple falibilidad humana, disfunciones propias del sistema, formado por personas que no son infalibles para las que el propio sistema prevé el régimen de recursos. El error, en estos casos, es imputable al propio sistema jurídico en la medida que la aplicación errónea del Derecho proviene de la propia falibilidad humana para las que el ordenamiento previene el régimen de recursos. Incluso el ordenamiento internacional prevé como derecho del condenado un régimen de revisión por una instancia superior (art. 14.5 PIDC y P), y los ordenamientos procesales se estructuran en torno a la doble instancia para asegurar



el acierto en la decisión del conflicto. En la prevaricación, sea del tipo que fuera -punible con dolo o culpa- cuyo fundamento común es el hecho de "torcer el derecho", lo relevante es el abuso de la función judicial en la aplicación del Derecho, comprensivo de la resolución del conflicto y de la dirección de una causa jurídica (STS. 102/2009 de 3.2).

TERCERO: En el caso presente, partiendo de que el art. 447 se refiere a sentencia o resolución, comprendiéndose, por tanto, los autos y providencias que se dicten en el proceso penal, perjudiquen o no al reo, o en procedimientos distintos de los penales, incluyéndose también las proferidas fuera del orden jurisdiccional, como son las del ámbito gubernativo o del Registro Civil, las resoluciones calificadas como prevaricadoras son:

-Los dos autos de 16.12.2011 dictados en el marco de las diligencias previas 1632/2011 del Juzgado de Instrucción nº 1 Santa Coloma de Farners (Gerona) iniciadas por delito de robo con fuerza en las cosas de cobre, y en los que acordó el internamiento cautelar, a efectos de su ulterior expulsión administrativa, de los ciudadanos senegaleses Luis Enrique y Simón y Ángel , en el Centro de Internamiento de extranjeros de Verneda (Barcelona), durante el plazo máximo de 40 días.

-El auto de 30.12.2011 que desestimó la petición del Ministerio Fiscal de ese mismo día solicitando la inmediata puesta en libertad de los dos extranjeros por infracción del art. 62 LO. 4/2000 , al no existir la solicitud previa de autorización de internamiento formulada por la autoridad administrativa en el correspondiente expediente de expulsión y no haberse dado traslado, también previo, a las partes interesadas para que, en su caso, hubiese podido alegar frente a la medida.

-El auto de 9.1.2012 que desestimó los recursos de reforma interpuestos por la defensa de los ciudadanos extranjeros -a los que se adhirió el Ministerio Fiscal- que alegaban, entre otras razones, la inexistencia tanto de una petición motivada de internamiento formulada previamente por la autoridad administrativa competente como la vulneración del derecho de defensa al no haber sido oídos los interesados, entonces detenidos, sobre las circunstancias personales que debían tomarse en consideración para autorizar, en su caso, el internamiento.

El internamiento preventivo de extranjeros previo a su expulsión -que ya regulaba el art. 26.2 LO. 7/85 de 1.7- sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y cuya constitucionalidad fue declarada por STC. 7.7.87 , actualmente regulado por los arts. 61 y 62 LO. 4/2000 , (reformada por LO. 8/2000 de 22.12, LO. 11/2003 de 29.9, LO. 14/2003 y LO. 2/2009 de 11.12), y arts. 140 y 153 del RD. 2393/2004 de 30.12 , que aprobó el Reglamento de la LO. 4/2000 (Reglamento de extranjería reformado por RD. 1019/2006 de 8.9)- que determinan expresamente la legitimación para instar el internamiento -que corresponde al instructor del procedimiento policial, la autoridad judicial para acordarlo- que es el Juez de instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero-, el lugar de su practica, en un centro especial de internamiento, el tiempo máximo de 40 días -60 en la Ley- y los derechos que asisten al extranjero y, en particular el de defensa -tiene diferencias sustanciales con las detenciones preventivas de carácter penal, no sólo en las condiciones físicas de su ejecución, sino también en función del diverso papel que cumple la Administración en uno y otro caso. En material penal, una vez puesto el detenido en el órgano gubernativo a disposición judicial, la suerte penal del detenido se condiciona a decisiones judiciales posteriores, tanto en lo relativo a la detención preventiva como en el resultado del proceso penal posterior. En el procedimiento de expulsión, la decisión final sobre la misma corresponde al órgano gubernativo, y por ello es una decisión que puede condicionar la propia situación del extranjero detenido. Ello significa que el órgano que solicita el internamiento persigue un interés específico estatal, relacionado con la policía de extranjeros, y no actúa ya, como en la detención penal, como un mero auxiliar de la justicia, sino como titular de intereses públicos propios.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y integración social, reformada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre , establece en el artículo 61 que desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares, entre las que se encuentra, el internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento. El artículo 62 de la citada ley señala que incoado el expediente por las causas comprendidas en los párrafos a) y b) del apartado 1 del art. 54, así como a), d) y f) del art. 53 y artículo 57, en el que pueda proponerse la sanción de expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al juez de instrucción competente que disponga su ingreso en un centro, de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador, sin que sea necesario que haya recaído resolución, de expulsión. El juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado, atendidas las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimiento



administrativos sancionadores pendientes. Dicho artículo mantiene que el internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, sin que en ningún caso pueda exceder de sesenta días, ni acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente. No podrá acordarse el ingreso de menores en los centros de internamiento, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 62 bis.1.i). La incoación del expediente, las medidas cautelares de detención e internamiento y la resolución final del expediente de expulsión del extranjero será comunicada al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país. El Juez competente para autorizar el internamiento será el Juez de Instrucción del lugar donde se practique la detención.

Por tanto la decisión misma en relación al mantenimiento o no de la libertad no queda en manos de la Administración. La voluntad de la Ley, y desde luego el mandato de la Constitución es que, más allá de las 12 horas, corresponde a un órgano judicial la decisión sobre el mantenimiento o no de la libertad. El órgano judicial habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, en el bien entendido no las relativas a la decisión de la expulsión en sí misma (sobre la que el Juez no ha de pronunciarse en este procedimiento), sino las concernientes entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otro que el Juez estime relevante para adoptar su decisión. Por tanto, dado el carácter excepcional de la privación de libertad, no es la substanciación del expediente de expulsión la que determina la medida de internamiento, sino las propias circunstancias del caso por razones de seguridad, orden público, etc., las que han de justificar el mantenimiento de esa pérdida de libertad, siendo el Juez, guardián natural de la libertad individual, el que debe controlar esas razones, reflejándose también, en la existencia de una duración máxima. En este punto señala la doctrina reiterada de nuestro Tribunal Constitucional en Sentencia de 16 de abril de 1996, afirmando que es admisible la interposición de habeas corpus contra la detención administrativa, debiendo examinar el Juez si dicha detención está incluida o no dentro de algunos supuestos en que se permite la privación de libertad de una persona, atendándose no sólo a la causa de expulsión invocada, sino a la situación personal y legal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de huida o a cualquier otra causa que el juez estime relevante para adoptar su decisión, dado que el internamiento debe regirse por el principio de excepcionalidad y la libertad debe ser respetada, salvo que se estime indispensable su pérdida por razones de cautela o de prevención, que han de ser valoradas por el órgano judicial. La Sentencia del citado Tribunal de 21 de mayo de 1996 manifiesta que la mera carencia de documentación no permite la detención policial, sino la creencia razonable de que el afectado se encuentra ilegalmente y, simultáneamente, la necesidad de asegurar la ejecución de una eventual medida de expulsión si existe riesgo de huida o por razones de cautela o prevención (S.T.C. 144/1990, de 26 de septiembre), teniendo un plazo de 72 horas para dejarlo en libertad o solicitar la autorización de internamiento al Juez, no pudiendo durar la detención más el tiempo estrictamente necesario para realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, pudiendo ser el límite máximo de privación provisional de libertad que permite, el art. 17 de la Constitución Española sensiblemente inferior a 72 horas, examen que puede realizar el Juez en el procedimiento de habeas corpus, admisible para este tipo de detenciones, La Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de noviembre de 1996 afirma que el Juez que debe examinar la autorización de internamiento, no debe analizar únicamente la concurrencia de causa legal, sino si concurren la circunstancias señaladas anteriormente que aconsejen el internamiento, teniendo en cuenta que el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad; La Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1996 señala que el internamiento necesario para el cumplimiento de una única orden de expulsión no debe superar en ningún caso el tiempo necesario para su cumplimiento y nunca puede, ser renovado mediante el subterfugio de una corta liberación, incompatible con el artículo 17 de la CE. La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 6/1991 de 23 de octubre, sobre garantías en la autorizaciones judiciales de internamientos de los sometidos a procedimiento de expulsión, establece una serie de reglas. Entre ellas destaca que ha de estar inspirada en el principio de excepcionalidad, no pudiéndose verificarse en Centros Penitenciarios ni en comisarías de Policía, debiendo, pues, oír en su presencia al extranjero y las causas de la petición. La Circular 2/2006 de 27 de julio sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, se reitera en lo señalado en la anterior circular de 2001, afirmando que el internamiento requiere una previa petición de la autoridad gubernativa, siendo competente el Juez del lugar de la detención, el cual deberá abrir unas diligencias autónomas para la resolución de la petición de internamiento. La resolución judicial no debe entrar en el fondo de la resolución administrativa, siendo la vía administrativa o contencioso administrativa la adecuada, sino en la existencia de temor fundado de que el extranjero pueda tratar de sustraerse a la decisión sobre la decisión, debiendo valorarse si el extranjero, tiene domicilio conocido, trabajo, convivencia familiar, carencia de documentación, la utilización de nombre diversos o la preexistencia de requisitorias para su llamamiento y busca.

En definitiva la jurisdicción actúa como mecanismo de control, en garantía y cumplimiento de los derechos fundamentales en los supuestos de privación cautelar de la libertad, sin merma alguna de las facultades



gubernativas recogidas en la Ley, y en la resolución de los recursos contra las resoluciones gubernativas (art. 65 LO.).

CUARTO: En el caso que se analiza, la sentencia de instancia destaca como la acusada prescindió total y absolutamente de las garantías establecidas en la LO. 4/2000 al acordar el internamiento sin la existencia de una previa petición administrativa en tal sentido y sin una previa audiencia específica a los interesados, su defensa y al Ministerio Fiscal.

1º.- Así en relación al primer extremo destaca el empecinamiento de la recurrente que ya desde el auto de 30.11.2011, ante la solicitud de libertad del Ministerio Fiscal, expresó que, en virtud del art. 61.1 f, no era necesaria petición alguna de la autoridad administrativa, tal y como tienen reconocido ya sentencias del Tribunal Supremo -sin citar ninguna de ellas-, razonamiento en que insistió en el auto de 9.1.2012, para a posteriori intentar justificar su decisión, afirmando en el juicio oral que en conversación telefónica mantenida el 16.12.2011, con el subinspector Jefe del GOE, este le solicitó verbalmente el internamiento cautelar, lo que la sentencia, en modo alguno considera acreditado a la vista de la propia declaración del subinspector en el plenario que negó rotundamente que hubiera partido de él cualquier petición de internamiento, y del documento -comunicado firmado por el Comisario Jefe Provincial de Girona del CNP (folios 337-339, DP. Núm. 1632/2011) que fue remitido a la acusada el 25.1.2012, cuando ésta, después de haber desestimado los recursos de reforma, y antes de remitir las actuaciones a la Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación de la defensa, requirió del organismo policial información complementaria.

Necesidad de previa solicitud administrativa que ya ha sido analizada en el fundamento jurídico precedente, sin que ningún método razonable de interpretación del art. 61.1 f: "cualquier otra medida cautelar que el Juez estime adecuada y suficiente" permita sostener que el internamiento preventivo recogido en el precedente apartado e), pueda estar comprendido en aquellas, tal y como la Sala de instancia razona de modo modelito en el fundamento de derecho primero, apartado 5, y se deduce, además del tenor literal del art. 62.1 de la misma Ley Orgánica, que al regular el ingreso en centros de internamiento previene que "incoado el expediente por alguno de los supuestos... en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, **el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un Centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador**", no ofrece, por tanto, duda alguna que el internamiento no puede ser acordado de oficio por el Juez, sino únicamente a solicitud y previa petición del instructor del expediente administrativo.

2º.- Y con referencia al segundo, la recurrente ha mantenido que en la decisión del internamiento no es exigible una audiencia o comparecencia específica, dado que en la declaración que los extranjeros prestaron en el procedimiento penal por un presunto delito de robo, ya fueron interrogados sobre sus respectivas identidades, nacionalidades, filiaciones y domicilios y sobre sus medios de vida en nuestro País. No obstante la sentencia recurrida, fundamento de derecho segundo, apartado 1º, tras un examen de las dos diligencias extendidas con ocasión de dichas declaraciones (folios 52-53, 55-56, DP. 1632/11) considera evidente que en aquellas ocasiones no se ofreció en absoluto ni a los detenidos ni a su defensa -ni tampoco a la Fiscal allí presente- la posibilidad de presentar prueba alguna sobre la posesión de un domicilio estable y de una documentación identificativa, ni tampoco la de alegar sobre la certeza o suficiencia de las causas de expulsión y, lo que es más importante, ni siquiera se les advirtió de la posibilidad de que fuera acordado el internamiento cautelar, para que en su caso, hubieran podido argumentar sobre la proporcionalidad y sobre la justificación de la medida cautelar.

Actuación de la recurrente que provocó una situación de indefensión a los ciudadanos senegaleses. En efecto la interdicción de la indefensión es la garantía negativa del derecho a la tutela judicial efectiva, para cuya prevención se garantizan los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24.2 CE. (STC. 181/94 de 20.6). Supone la obligación de respetar el derecho de defensa contradictoria, mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente el reconocimiento judicial de sus derechos e intereses. Es cierto que el perjuicio producido ha de ser algo real y efectivo, que se traduzca en un menoscabo real, con indefensión material, del derecho de defensa, y no en una mera expectativa potencial y abstracta, que pueda verse frustrada. Por tanto, no basta que se haya cometido una irregularidad procesal, se necesita que esta tenga una significación material, debiendo valorarse las situaciones de indefensión en cada caso concreto (SSTC. 145/90, 188/93, ATC. 2/99). Y en el presente la sentencia cuestionada destaca que la vulneración no fue meramente formal, por cuanto en este caso el Grupo especializado en materia de extranjería del CNP que se encargó del expediente administrativo de los ciudadanos senegaleses comunicó a la acusada, cuatro días después de dispuesto el internamiento, que en los domicilios facilitados en el Juzgado se hallaba la documentación de cada uno de ellos, un pasaporte en el caso de Ángel y un Permiso de residencia (caducado) en el caso de Luis Enrique, lo que demuestra una evidente vinculación y cierta radicación -en el caso del primero, se trataba del domicilio de un hermano-, de manera que al menos sobre dos de los presupuestos



que deben ser considerados por el juez para disponer el internamiento se hurtó a los interesados cualquier posibilidad de alegación. Téngase en cuenta que la fonética de la verdadera identidad de uno de ellos -' Simón ' o ' Simón '- o el hecho de que el otro facilitara su verdadero apellido en su declaración ante el Juzgado -' Calixto ', que se transcribió como ' Calixto ', sin que conste si se trata de distorsión intencionada o de simple error de transcripción- hubiera exigido una motivación más precisa para poder afirmar sin más -como hizo la acusada en el correspondiente Auto de internamiento- que los mismos utilizaron "nombre falso" y para poder deducir de ello -como hizo la acusada en los Autos de 30 de diciembre de 2011 y de 9 de enero de 2012 - que pretendían dificultar o evitar una entonces eventual expulsión.

En definitiva, hubo por parte de la recurrente una interpretación no solo errónea, arbitraria e irracional, sino persistente, reiterada y contumaz, al atribuirse una iniciativa que la Ley reserva a la autoridad administrativa y acordar un internamiento preventivo, prescindiendo de normas esenciales del procedimiento -al no oír previamente al Ministerio Fiscal y a las partes-, que prolongó durante 34 días, a pesar de la petición de libertad del Ministerio Fiscal y de los recursos de las defensa haciéndola ver la flagrante ilegalidad, y sin rectificar lo que hubiera podido ser una simple negligencia o ignorancia excusable, confirmó los internamientos por autos de 30.12.2011 y 9.1.2012, a pesar incluso que desde el 20.12.2011, el Cuerpo Nacional de Policía ya le había acreditado que las identidades y la documentación intervenida a los dos extranjeros eran auténticas y que ambos tenían domicilio conocido.

QUINTO: Desestimándose el recurso las costas se imponen a la recurrente, (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Mariana**, contra sentencia de 28 de febrero de 2013, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que condenó a la acusada por un delito de prevaricación imprudente; y condenamos a la recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Candido Conde-Pumpido Touron D. Julian Sanchez Melgar D. Jose Manuel Maza Martin D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre **D. Alberto Jorge Barreiro**

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.