



Roj: **STS 1516/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:1516**

Id Cendoj: **28079120012015100189**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/04/2015**

Nº de Recurso: **2196/2014**

Nº de Resolución: **228/2015**

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

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia N°: 228/2015

RECURSO CASACION N° : 2196/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Fecha Sentencia : 21/04/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : Andrés Martínez Arrieta

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por : AMV

***Delito de prevaricación judicial. Diligencias preliminares del Ministerio fiscal.**

N°: 2196/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

Fallo: 14/04/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA N°: 228/2015

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Francisco Monterde Ferrer



D. Andrés Palomo Del Arco

D. Carlos Granados Pérez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Abril de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por la representación de **Evaristo**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que le condenó como autor responsable de un delito continuado de prevaricación del artículo 446.3º y dos delitos contra la libertad individual, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la vista y votación bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Fernández de Estrada; y como recurridos Maximino representado por el Procurador Sr. Vázquez Guillén; Jenaro y Artemio ambos representados por el Procurador Sr. Artemio.

I. ANTECEDENTES

Primero.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Procedimiento Abreviado 1/2013, que condenó al recurrente **Evaristo**, por un delito continuado de prevaricación judicial dolosa y dos delitos contra la libertad individual, dictó sentencia con fecha 6 de octubre de 2014, que contiene los siguientes **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 Evaristo, mayor de edad y sin antecedentes penales, estaba destinado, desde antes de diciembre de 2009, como Magistrado-Juez en el Juzgado de Instrucción nº NUM000 de los de DIRECCION000.

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 MANOSLIMPIAS" contra DON Jenaro y DON Maximino 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 Jenaro.*

- *Diligencias Previas 4182/2013, seguidas por presunto delito de revelación de secretos contra DON Artemio, abogado del Sr. Jenaro 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 Maximino, 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 Benigno, 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 07/06/20 12 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 Benigno 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 18/07/201 2. En ella el Sr. Benigno 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 03/07/20 12, 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. Jenaro y Maximino 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. Jenaro 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 Jenaro declaró como imputado, asistido del abogado DON Artemio . 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. Jenaro . Esta pretensión fue rechazada por el acusado, Sr. Evaristo , 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. Maximino .

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. Jenaro y Maximino o sus empresas (apartado 1-d, apartado 5- e,f, g, h, ij, k, l, n, p; apartado 6° a, b, c, e, o 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. Jenaro y Maximino 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, d 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 ó 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. Jenaro y Maximino, 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 Jenaro, 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. Jenaro 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. Jenaro fueron puestos a disposición del acusado.

La representación del Sr. Jenaro, 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. Jenaro que debía ser entregada a éste. Tal escrito no fue proveído.

1) Por Auto de 08/02/2013 el acusado Sr. Evaristo 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. Jenaro, 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 Jenaro 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 Maximino, y en reforma y subsidiariamente en apelación por la representación de DON Jenaro. 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 de 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 Jenaro y DON Maximino 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. Evaristo se le informaba de inmediato de los escritos que llegaban pero no resolvía con rapidez, incluso llegó a decir que no se tramitaran algunos de los recursos que presentaba la defensa del Sr. Jenaro 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 Jenaro 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. Jenaro 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. Jenaro 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. Jenaro 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. Jenaro estuvo presente el abogado del Sindicato MANOS LIMPIAS. La defensa del Sr. Jenaro 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 3 173/2013.

A continuación tuvo lugar la comparecencia del Sr. Jenaro 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. Jenaro. 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. Jenaro 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. Jenaro 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. Jenaro, quien prestó la fianza el día 17/05/2013 de 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 Evaristo 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 Rodolfo , y del propio Sr. Jenaro 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. Rodolfo y Jenaro .

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

- El abogado del Sr. Jenaro 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. Jenaro 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. Jenaro , 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. Jenaro 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, 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. Jenaro . Razones similares esgrimió la defensa del propio Sr. Jenaro .

- 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. Jenaro , en vez de disipar los indicios de delito los confirmaban 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 prueba. Se refería expresamente a cruces de correos entre el Sr. Jenaro 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 sólo 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 Jenaro 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. Jenaro 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. Jenaro 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 7-12-20 12.

Ese mismo día, ante tales decisiones de la Audiencia, el acusado se reunió en su Administración despacho, durante largo rato, con los abogados de Manos Limpias a cuya finalización acordó la libertad del Sr. Jenaro , todo ello sin hallarse presente en dicha reunión , ni el Ministerio Fiscal ni la defensa del Sr. Jenaro . 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. Jenaro 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 Artemio y como testigo al Sr. DON Jenaro para el día 04/06/2013.

El Sr. Jenaro declaró ese día en primer lugar y explicó que, además de sospecharlo, tenía plena consciencia 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. Artemio 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".

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

" **FALLAMOS:** Que debemos condenar y condenamos al acusado Ilmo. Sr. Don Evaristo , Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción N° NUM000 de DIRECCION000 , como autor responsable de un delito continuado de prevaricación del artículo 446.3°, y dos delitos contra la libertad individual, ya definidos, y en curso, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de VEINTIUN 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. Maximino , 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 2 del Tribunal Supremo en el plazo de cinco días, y póngase asimismo en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial a los efectos oportunos".

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **Evaristo** , 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 del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho fundamental a un proceso con las debidas garantías, previsto en el artículo 24.2 de la Constitución Española .

SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho fundamental a la defensa, del derecho a la tutela judicial efectiva y al proceso debido, previsto en el artículo 24.2 de la Constitución Española . TERCERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, previsto en el artículo 24.2 de la Constitución Española .



CUARTO.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida del artículo 74 del Código Penal , sobre continuidad delictiva.

QUINTO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en relación a la responsabilidad civil impuesta.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró ésta y la votación prevenida el día 14 de marzo de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- La sentencia cuya impugnación casacional conocemos en el presente recurso de casación condena al recurrente como autor de un delito continuado de prevaricación judicial.

El relato fáctico refiere que el recurrente, magistrado titular del juzgado de instrucción nº NUM000 de los de DIRECCION000 , tramitó bajo tres números de orden distintos sendas instrucciones judiciales dictando en las mismas resoluciones judiciales que son tenidas por prevaricadoras, posicionándose, desde el inicio en contra del sujeto pasivo investigado, en connivencia, se afirma en la sentencia, con el letrado de la acusación popular, a quien había admitido su personación como acusación particular y omitido la exigencia de fianza, y que, refiere el hecho probado "era práctica habitual que la representación de Manos Limpias -querellante en la causa- accediera directa y sin traba alguna al despacho del acusado".

Son tres, como hemos dicho, las diligencias en las que se adoptan las resoluciones calificadas de prevaricadoras.

Las diligencias 58/2010, incoadas en virtud de querrela interpuesta por "Mano Limpias" contra los Sres. Jenaro y Maximino , por delito societario, falsedad y estafa; las diligencias previas 4182/2013, que se incoan por deducción de testimonio de los anteriores, en las que figura como imputado el Sr. Jenaro por delito societario referido a la compra de una entidad financiera en Florida (EE.UU.); por último las diligencias previas 4182/2013 en las que figura como imputado el Letrado Sr. Artemio , por delito de revelación de secretos.

La primera de las resoluciones calificada de prevaricadora se adopta en las diligencias 58/2010. La causa se incoa por querrela de "Manos limpias" y en el mes de febrero de 2010 se archiva al no resultar indicios de hecho delictivo, auto que devino firme. Mas de dos años después de su archivo, sin una mínima argumentación ni documentación en que sustentarlo, acuerda reabrir la investigación basada en el conocimiento de la interposición de una nueva querrela de la misma acusación popular y turnada a otro Juzgado. El Juzgado debió pronunciarse argumentando sobre la decisión de reabrir una causa acreditada. El auto que acuerda reabrir la causa no obedece a hechos nuevos ni nuevas alegaciones sino a un único dato referido a la presentación de una nueva querrela que es turnada a otro juzgado y de la que tiene conocimiento. Una segunda resolución calificada de prevaricadora es la que ordena la incoación de una nueva causa contra el mismo querrellado, sin conexión con la anterior. La primera de las diligencias tenían por objeto procesal la concesión de un crédito en condiciones denunciadas de irregularidad, en tanto que en la segunda el objeto procesal es en averiguación de la compra de un banco en el Estado de Florida, (EE.UU.), resolución que supone una incoación de una nueva causa que se ordena con una mera fotocopia de la página de un periódico que informa de la noticia. Una tercera resolución, de 16 de noviembre de

2012, vuelve a acordar reabrir la causa archivada dos años antes, resolución que es innecesaria, dada la existente, y en la que no se expresa una mínima argumentación, ni hecho nuevo, que lo justifique. Una cuarta resolución tenida por prevaricadora es la providencia de 7 de diciembre de 2012, por la que se ordena una pluralidad de actos de investigación, 37, cuya afectación a derechos fundamentales exigía una resolución motivada con forma de auto, como son las referidas a la intervención de los correos electrónicos del imputado en los ordenadores de la entidad financiera que presidía, la solicitud de información fiscal, los viajes personales etc. En la providencia, además, se muta radicalmente el inicial objeto del proceso de investigación, abriéndose una causa general en la que se investigaba todo el proceso de gestión al frente de la Caja de ahorros antes de su intervención por el Estado. También se califica de prevaricadoras, los autos que acuerdan entradas y registros en Bankia para la intervención, entre otros, de los correos electrónicos en los que se ordena la injerencia sin una mínima argumentación. También se califica de resolución prevaricadora la dictada para incoar un nuevo proceso penal contra el abogado del imputado en investigación de un delito de obstrucción a la justicia. Se refiere a un hecho de singular relevancia: el juez instructor notifica que ha acordado el secreto de las actuaciones y refiere como fundamento de esa resolución el haber acordado unas intervenciones telefónicas. En una conversación del investigado comunica que el teléfono estaba intervenido, lo que lleva al juez a



incoar diligencias al entender que el abogado del investigado había comunicado al mismo la intervención. El investigado en las diligencias originales fue oído en declaración como testigo y afirmó su conocimiento del hecho de la intervención por la lectura de la resolución judicial en cuyo antecedente se reseña la intervención telefónica. Esta incoación de un proceso penal, con imputación al Letrado defensor, evidencia, cuando menos, una desatención grave en la tramitación de la causa al notificar la intervención del teléfono y, seguidamente, imputar por ese conocimiento.

Son también resoluciones prevaricadoras los Autos que acuerdan la prisión del investigado, Autos de 16 de mayo y de 5 de junio. Señala el Voto particular que son las resoluciones más censurables y que "provoca la sensación -no demostrable pero claramente intuible- de que el juez se había propuesto el ingreso en prisión del Sr. Jenaro".

La resolución de 16 de mayo que acuerda la prisión eludible con fianza del imputado vino precedida de otra de la misma fecha, en la que en las diligencias 58/2010, se acuerda la libertad. En las 3173/2013, con un objeto de investigación relativo a la compra del banco de Florida, el juez con la petición de la acusación popular, cuya naturaleza había sido cuestionada, y sin que constara su personación en la nueva causa, acuerda la prisión eludible con fianza que es ejecutada sin esperar al plazo concedido para su constitución, ingresando en prisión inmediatamente pese al aviso de la inminente constitución de la fianza. La motivación es escueta en cuanto a la justificación de la medida y sólo la fundamenta en la gravedad de la pena de la que deduce el riesgo de fuga.

En la posterior resolución de 5 de junio, dictada en las mismas diligencias 3713/2013, el juez convoca a las partes a la comparecencia para decidir la situación personal del imputado. Previamente, a la resolución, desestima de plano la recusación planteada y desestima la pretensión de apartar del proceso a la acusación popular, no particular, sin haber prestado fianza. La prisión sólo se solicitó por la acusación popular y fue acordada por el juez. Entre ambos autos, de 16 de mayo y de 5 de junio, no hay hechos nuevos que fundamenten el cambio de criterio respecto a quien había sido puesto en libertad por constitución de la fianza económica impuesta 20 días antes. La lectura de ambos autos permiten comprobar la identidad sustancial de ambas resoluciones para adoptar la medida cautelar sobre la libertad del coimputado. No hay ninguna motivación distinta a la del anterior auto y sólo refiere que el cambio de criterio se apoya en la pretensión deducida por la acusación popular en la comparecencia previa que en esta ocasión no solicitó fianza.

En la sentencia impugnada también se afirma el excesivo retraso en la tramitación y resolución de los recursos interpuestos contra la providencia de 7 de diciembre de 2012, que ordenó una pluralidad de diligencias, y contra la atribución de competencia para la instrucción de la adquisición del banco de Florida y las resoluciones consideradas prevaricadoras. Se tardó más de tres meses, lo que se relaciona con el hecho de que el juzgado se dedicara en exclusiva a esta instrucción, según manifiestan los funcionarios del juzgado, y es interpretado como deliberadamente dispuesto para continuar en la investigación sin interferencias que pudieran surgir por el régimen de recursos, que fueron estimados por la Audiencia provincial, constado en la causa, se declara probado, que el juez de instrucción era inmediatamente informado de los recursos presentados y que, en ocasiones, llegó a ordenar que no se tramitaran por considerar que obstruían la tramitación de la causa. Se declara que al tiempo de la sustitución vacacional son 17 los recursos pendientes de resolver.

Expuestos los hechos abordamos la impugnación, si bien se hace preciso exponer que el objeto de esta causa penal no es la procedencia, o no, de una investigación sobre las posibles conductas típicas en que se pudieron incurrir por la gestión de una entidad financiera, sino la actuación judicial del imputado dictando resoluciones que han sido calificadas de prevaricadoras. En esta casación, su objeto es conocer del recurso interpuesto por el condenado contra la sentencia condenatoria por un delito continuado de prevaricación judicial.

PRIMERO.- En el primer motivo de la oposición denuncia la vulneración de su derecho fundamental al proceso debido que, denuncia, ha sido lesionado cuando la querrela del Ministerio fiscal tiene su origen en unas diligencias preliminares "que han sido instruidas contraviniendo los derechos del Sr. Silva", en referencia a que en esas diligencias del fiscal no se actuó con la contradicción propia de un proceso de indagación penal, añadiendo que no han sido incorporadas a la causa.

La desestimación es procedente con reiteración de cuanto se argumenta en la sentencia para denegar las cuestiones previas formuladas por la defensa del hoy recurrente al inicio del juicio oral sobre este mismo motivo de impugnación.

Dijimos en la STS 228/2013, de 22 de marzo, que la investigación judicial de los hechos, es una función administrativa y, en parte, jurisdiccional, de ahí la doble naturaleza inquisitiva y acusatoria que la caracteriza. El juez de instrucción es quien tiene encomendada la función de instruir las causas por delitos. Por ello es una manifestación del principio de oficialidad -o de necesidad o de legalidad- que el proceso penal debe comenzar cuando llega a conocimiento del Juez una conducta con apariencia delictiva. Esta competencia originaria sobre las diligencias de investigación es compartida, en nuestro actual ordenamiento con las funciones



que puedan actuar por propia autoridad, o por delegación del Juez, la Policía Judicial, actuando bajo su dependencia o la del Ministerio Fiscal, y el mismo Ministerio Público, con un carácter preprocesal. No es una función jurisdiccional, sino previa a la instrucción judicial.

Su regulación en el art. 773 de la Ley procesal, establece que corresponde al Ministerio Fiscal, dentro de su función de impulso y simplificación del procedimiento, dar a la Policía Judicial instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones, interviniendo en las actuaciones, "aportando los medios de prueba de que pueda disponer o solicitando del Juez de Instrucción la practica de los mismos". De esta previsión es claro que el Fiscal para poder aportar esas pruebas ha de obtenerlas previamente y que para ello ha de recurrir a algún mecanismo de averiguación y obtención de las mismas, mecanismo que no puede ser otro que su propia actividad o el auxilio de la Policía Judicial que constitucionalmente - conforme al art. 126 CE -, y legalmente -art. 4.4 MF- de él depende. Por lo tanto, no es una función jurisdiccional sino de preparación, para articular su acción, ante el órgano jurisdiccional.

En el apartado 2 del mismo precepto previene que cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente, o por serle presentada una denuncia o atestado, "practicará el mismo u ordenará a la policía judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo...".

Añade, a continuación, la posibilidad de acordar su archivo con expresión de esa circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción, y "en otro caso, instará del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiera, y los efectos del delito. El Ministerio Fiscal, podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la Ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal.

Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos".

La reforma efectuada en el EOMF por Ley 14/2003 incluye la vigencia y aplicación de los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa en las diligencias preprocesales del Ministerio Fiscal. Además el nuevo art. 5 del Estatuto limita el tiempo de duración de las diligencias que habrá de ser proporcionado a la naturaleza del hecho investigado, sin que pueda exceder de seis meses, salvo prórroga acordada por Decreto motivado del Fiscal General del Estado.

El Ministerio Fiscal no está obligado a agotar la investigación en sus diligencias, gozando de plena autonomía para decidir en qué momento remite las diligencias al Juez de Instrucción.

No obstante, la cesación de las diligencias en todos aquellos casos en que sea necesaria una medida que exige la intervención judicial:

- a) Al no estar facultado el Fiscal para adoptar por propia autoridad medidas restrictivas de derechos -a salvo de detención- cuando sea necesaria una medida de esta naturaleza no cabrá otra vía que la de la judicialización a la investigación.
- b) En otras ocasiones la necesidad de mantener la reserva de la investigación para salvaguardar su éxito será la que determine acudir al Juzgado.
- c) Tampoco puede el Fiscal adoptar medidas cautelares de orden real o personal, cuando sea aconsejable este tipo de actuaciones solo será factible la judicialización.
- d) Esta se impone igualmente en todos los casos en que exista riesgo de prescripción pues la investigación preprocesal del Ministerio Fiscal carece de aptitud para interrumpir los plazos de prescripción del delito.

Respecto al valor probatorio de las diligencias del Fiscal la Ley procesal le confiere una presunción de autenticidad (art. 5 EOMF), cuyo alcance se limita a acreditar que la diligencia se ha practicado con las personas que en la misma se mencionan, con intervención del Ministerio Fiscal y en la fecha y lugar que se dice. La autenticidad de los documentos que se aportan vendrá dada en función del archivo o protocolo del que procedan los mismos. Las actuaciones en todo caso han de documentarse. Esta presunción que previene la ley es una presunción iuris tantum y significa que la diligencia goza del beneficio de la verdad formal; esto es, da fe de que la diligencia efectivamente se realizó y que su resultado es el que consta reflejado documentalmente, pero no de la verdad material, no obligando a que se tenga que tomar necesariamente como cierto su contenido haciendo prueba plena. El valor del contenido material de la diligencia, como pueden ser los términos en que se expresaron los testigos o las conclusiones de un dictamen pericial, queda siempre sometido a la valoración judicial.



Todo ello sin perjuicio de que para probar tal acusación ante el órgano competente el Fiscal no puede invocarlas como prueba, sino que ha de practicar enteramente el juicio oral, salvo aquellas irrepetibles - reconocimientos oculares, test de alcoholemia, autopsia, etc.- en las que la práctica probatoria deberá consistir en que la persona que ha recogido la prueba o practicado la pericia se ratifique en la vista oral en las apreciaciones alcanzadas y la veracidad de los documentos gráficos obtenidos, art. 26 CP - debiendo ser sometida a la contradicción característica del plenario.

En relación a las diligencias del Fiscal es particularmente relevante la STC. 206/2003 de 1.12 , respecto al enjuiciamiento de menores en el proceso seguido ante el Ministerio fiscal, y en la que se señala una capacidad probatoria distinta que deriva de la función instructora expresamente dispuesta en el ordenamiento jurídico para el enjuiciamiento de menores.

En el caso de esta casación, la instrucción preprocesal aparece incorporada a la causa (Tomo I) en su contenido documental, sin que en la misma, dada su naturaleza investigadora preprocesal no jurisdiccional, precise de los requisitos de una actividad jurisdiccional, regida por la vigencia de los principios procesales de la jurisdicción. La causa se inicia con la incorporación de su contenido que es preciso para el ejercicio de la acción penal.

En la vista del recurso se ha alegado, como fundamento de la indefensión, que los testigos comparecieron al juicio oral habiendo declarado con anterioridad, lo que es habitual a las declaraciones personales cuando los testigos han declarado en la instrucción judicial y en el atestado policial o en las diligencias preliminares del fiscal que no son sino diligencias preparatorias del ejercicio de la acción penal.

En consecuencia ninguna irregularidad y tampoco ninguna lesión se ha producido al enjuiciado y procede desestimar la pretensión articulada en el recurso.

SEGUNDO.- En el segundo de los motivos de la impugnación denuncia la vulneración de sus derechos a la defensa, al proceso debido y a la tutela judicial efectiva que concreta en el hecho de no "haberse admitido el acceso a esta parte de los correos electrónicos incorporados al procedimiento que fueron trasladados desde el juzgado de instrucción n. 9". Sostiene que los correos eran corporativos, por lo tanto propiedad de la entidad financiera, y no resulta afectada la intimidad del titular de la comunicación. Se lesiona el derecho de defensa porque su falta ha impedido acreditar "unos tratos, gestiones y labores muy comprometedoras para el querellante -en esta causa y querellado en la investigación seguida en el juzgado del que era titular el recurrente- y que fueron la base sobre la que se construyó la imputación". El motivo se desestima. Además de ratificar el contenido del apartado 5 del fundamento primero en el que se da respuesta a la cuestión previa planteada con este contenido, añadimos que la catalogación de los correos electrónicos como materia afectada por el derecho a la intimidad del investigado en las diligencias seguidas es un hecho claro, sin perjuicio de la titularidad del instrumento empleado para su realización y la titularidad de la documentación de las conversaciones (Véase en este sentido la STS 528/2014, de 16 de junio , que aborda la afectación al derecho a la intimidad por las comunicaciones mantenidas a través de correos electrónicos en soportes de titularidad del empresario). No obstante, no nos corresponde en esta causa decidir sobre la procedencia, o no, del examen del contenido de los ordenadores y del soporte en el que se documentan las conversaciones realizadas sobre la gestión de Bankia, ni los sucesos acaecidos en la adquisición de un banco en el Estado americano de Florida. El objeto de este proceso es la prevaricación de un juez y, concretamente, si ha dictado resoluciones cuya prevaricación fue objeto de acusación, por los que se celebró el juicio, conociendo ahora de la revisión de la sentencia condenatoria. No nos corresponde, como pretende el recurrente, que analicemos si la instrucción de la causa era, o no, procedente, si existían, o no, indicios para una investigación, sino comprobar que las resoluciones son injustas, que se han dictado a sabiendas de su injusticia y los extremos fácticos y jurídicos que las partes del enjuiciamiento han incluido en sus escritos de calificación, al tiempo del juicio oral, y en la impugnación casacional y de los informes de las partes en esa impugnación. Por lo tanto, el hecho que pretende el recurrente con la diligencias probatoria propuesta, la procedencia de realizar la investigación dispuesta por el recurrente por la irregularidad en la concesión de un préstamo o la adquisición de una entidad financiera, es ajeno al objeto procesal enmarcado desde la querrela del Ministerio fiscal: el haber dictado, a sabiendas, resoluciones injustas. La oportunidad y procedencia de la instrucción no es objeto de esta causa y sí lo son las resoluciones dictadas.

Desde esta perspectiva la prueba era impertinente, pues no tenía relación con el objeto del proceso, e innecesaria porque lo que pretendía acreditar no era relevante al enjuiciamiento del objeto de este proceso penal, que no era la procedencia o no de su investigación sino la adopción de unas resoluciones que son calificadas de prevaricadoras.

TERCERO.- En el tercer motivo de la impugnación denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Sostiene que la sentencia impugnada es vulneradora del derecho "por falta de razonabilidad en la motivación y por valoración incompleta" que concreta en la siguiente argumentación:



"se ha basado la sentencia en declaraciones testificales de varios funcionarios con evidente y palmaria animadversión subjetiva hacia el acusado y no se ha valorado, en cambio, la testifical favorable a mi defendido".

El motivo se desestima. Como dijimos en la STS. 645/2012 de 9 de julio , el derecho a la presunción de inocencia exige que el tribunal disponga de la precisa actividad probatoria sobre los elementos del delito - objetivos y subjetivos- prueba que podrá ser directa o indiciaria, pero en todo caso deberá ser suficiente. Que los elementos internos normalmente hayan de ser probados a través de prueba indiciaria no supone una relajación del derecho fundamental, sino el empleo de una actividad probatoria basada en unos indicios y en una actividad racional que los engarza para la acreditación de otro hecho del que es deducción razonable.

La vulneración al derecho a la presunción de inocencia se produce cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado (STC 189/1998, de 28 de septiembre , FJ 2 y, citándola, entre otras muchas, SSTC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2 ; 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2 ; 26/2010, de 27 de abril , FJ 6).

Con respecto al delito de prevaricación el examen ha de realizarse de forma especial sobre las concretas resoluciones judiciales, analizadas en sí mismas. La testifical en estas causas cede esa capacidad probatoria pues el núcleo de la tipicidad es la resolución y esta se documenta. La base probatoria son las resoluciones cuya prevaricación es objeto de acusación y que integran el núcleo central del hecho objeto del proceso. Además, también es preciso recordar como hemos dicho respecto al delito de prevaricación judicial es un delito de técnicos en derecho, por ello, hay que eliminar los adjetivos de resolución "esperpéntica", "apreciable por cualquiera", etc, que hemos declarado para calificar el elemento objetivo de este tipo penal respecto a otros funcionarios públicos que no son técnicos en derecho.

Desde un punto de vista objetivo debe tratarse de una resolución injusta, lo que supone un plus respecto de la mera ilegalidad que puede ser corregible vía recurso. Tal injusticia tiene un claro matiz objetivo en la medida en que la resolución concernida, cuya acreditación resulta de la mera comprobación de la resolución y de su examen, pues de la misma resulta incorporada no sólo su constatación documental sino también la exigencia de injusticia de la resolución. En términos de la STS 2/1999 de 15 de Octubre , 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 interpretación del derecho aceptable en el Estado de Derecho" y ello resulta de la constatación documental de la resolución objeto de la imputación de prevaricación.

El elemento subjetivo del tipo, concretado en la expresión "a sabiendas", es decir tener conciencia del total apartamiento de la legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, debe ser puesto y valorado desde la condición del Juez de técnico en derecho y por tanto conocedor del mismo. Dicho de otro modo, el elemento subjetivo se cumple cuando el Juez sabe que su resolución no es conforme a derecho y se aparta de los métodos usuales de interpretación siendo su voluntad la única explicación posible.

Dijimos en la STS 571/2012, de 29 de junio , respecto al contenido de la exigencia de una resolución injusta "es un requisito de la tipicidad del delito de prevaricación doloso e imprudente y se integra como elemento nuclear de la tipicidad de la prevaricación. La diferenciación en orden a la calificación de la resolución es que, en el delito doloso, la resolución ha de ser injusta, en tanto que en la modalidad imprudente, la resolución ha de ser manifiestamente injusta. La diferencia entre una y otra implica una valoración de mayor gravedad sobre el contenido de la injusticia de la resolución".

La jurisprudencia en orden a la conceptualización de lo que debe entenderse por resolución injusta, ha abandonado posiciones subjetivas, que hacían depender de la subjetividad del juez lo justo de lo injusto, y construye su contenido en el quebrantamiento del derecho objetivo, que se produce cuando la aplicación realizada del derecho no resulta objetivamente sostenible, según los métodos generalmente admitidas en la interpretación del derecho. Se exige, por lo tanto, una indudable infracción del derecho, y, además, una arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción.

Lo injusto y lo justo no depende, por lo tanto, de la voluntad del juez, sino de la misma aplicación de la norma y realizada ésta es justa cuando el juez la aplica acudiendo a fuentes de interpretación validas y admisibles.

En nuestra jurisprudencia se ha compendiado la doctrina sobre la prevaricación (STS 101/2012, de 27 de febrero) en los siguientes términos: "En la interpretación de la injusticia de la resolución esta Sala ha acudido a una formulación objetiva de manera que, como dijimos en la STS 755/2007, de 25 de septiembre , puede decirse que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm.



1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada - desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero)". Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que el sujeto activo del delito no aplica la norma dirigida a la resolución del conflicto, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Son muchas las Sentencias de esta Sala que reproducen estos criterios. En todas ellas destacamos la particularidad de la prevaricación judicial: de una parte, la mayor gravedad de este delito frente a la prevaricación administrativa; y, de otra, que la prevaricación judicial es un delito de técnicos del Derecho, de ahí que no deban trasladarse "*sic et simpliciter*" los calificativos que tradicionalmente ha utilizado la jurisprudencia para definir el acto injusto, como "esperpéntica", "apreciable por cualquiera", etc., pues éstos han sido forjados para funcionarios no técnicos en Derecho.

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

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

CUARTO.- El examen de las resoluciones a que se contrae esta casación evidencia la correcta subsunción y la correcta enervación del derecho a la presunción de inocencia que se refleja en la sentencia impugnada por lo que la desestimación es procedente. El propio recurrente no plantea una discusión sobre la justicia o la injusticia de las resoluciones tan solo se limita a plantear que la practica judicial está llena de resoluciones como las que son objeto de esta causa de lo que deduce que no son injustas.

En primer lugar, respecto al primer auto de junio de 2012 que ordena reabrir las diligencias archivadas mas de dos años antes. Afirma el recurrente que no es prevaricadora, pues "no era una decisión palmariamente arbitraria, extravagante o irracional, pues si esto fuera así, habría que imputar a no pocos magistrados en nuestro país. Se trata de una práctica habitual y, como explicó mi mandante, en ese momento había una gran crisis económica, el contexto era diferente".

No compartimos esta percepción de la realidad judicial. Como dijimos en la STS 75/2014, de 11 de febrero, la jurisprudencia ha señalado que el sobreseimiento provisional de unas diligencias penales de instrucción puede ser objeto de reapertura del procedimiento cuando nuevos datos o elementos, adquiridos con posterioridad lo aconsejen o lo hagan preciso. En la Sentencia de 10 de octubre de 2012, recordamos que una resolución que suponga reabrir un procedimiento en el que ha recaído un auto de sobreseimiento firme, se supedita a que se aporten nuevos elementos de prueba no obrantes en la causa. De esta manera, dijimos en la STS 189/2012 de 21 de marzo, el sobreseimiento provisional tiene dos aspectos. Uno, cuando el auto adquiera firmeza no resulta modificable sin mas y la más tradicional de nuestras doctrinas procesales ha entendido en este sentido el concepto de sobreseimiento al definirlo "el hecho de cesar el procedimiento o curso de la causa por no existir méritos bastantes para entrar en el juicio". Dos, el auto contiene también otro aspecto, se autoriza su modificación sometida a una condición: la aportación de nuevos elementos de comprobación. Dicho en otras palabras: el auto firme de sobreseimiento provisional cierra el procedimiento aunque puede ser dejado sin efecto si se cumplen ciertas condiciones. Resulta patente que esa provisionalidad en el archivo de las diligencias puede plantear problemas de inseguridad jurídica del afectado por la inicial investigación, sobre quien planea la posibilidad de una reapertura. Esa limitación de sus expectativas de seguridad aparece compensada por las exigencias de nuevos datos que permitan ser consideradas como elementos no tenidos en cuenta anteriormente para la decisión de sobreseer. Es por ello que en la jurisprudencia hemos declarado que el sobreseimiento provisional permite la reapertura del procedimiento "cuando nuevos datos con posterioridad adquiridos lo aconsejen o hagan precisos". Esto quiere decir que la reapertura del procedimiento una vez firme el auto de sobreseimiento provisional depende de que se aporten nuevos elementos de prueba no obrantes en la causa.

De acuerdo a nuestra jurisprudencia, por lo tanto, unas diligencias archivadas provisionalmente pueden ser reabiertas cuando la existencia de nuevos elementos fácticos permitan reiniciar la investigación. En las dos resoluciones que acuerda reabrir la investigación no se expresan. El recurrente acordó reabrir la investigación en dos autos, de fecha 7 de junio y de 16 de noviembre 2012, innecesarios por su duplicidad, que son reveladores de la inexistencia de suficientes elementos para su adopción. La lectura de la fundamentación patentiza la ausencia de elementos que lo permiten y, desde luego, el contexto social no lo es, como se afirma



en el recurso, pues el hecho delictivo es personal del autor. Las resoluciones no expresan el fundamento de su adopción obviando las exigencias derivadas del sobreseimiento acordado y firme. No nos corresponde analizar la procedencia o no de una investigación sobre los hechos, sino que si fuera procedente debiera sustentarse y explicitarse en hechos que lo justifiquen.

En segundo término, examinamos la providencia de 7 de diciembre de 2012. Se trata, de una resolución judicial que adopta la forma de providencia pese a que su contenido de ordenación afecta al contenido esencial de derechos fundamentales, como la intimidad y el secreto de las comunicaciones, por mas que se realizara sobre la documentación de los correos electrónicos de la entidad bancaria (Véase en este sentido nuestra STS 328/2014 de 16 de junio); además en esta resolución se aparta ostensiblemente del objeto del proceso que, recordamos, era la concesión de un préstamo, y se ordena una pluralidad de diligencias ajenas a ese objeto y son ordenadas con tal generalidad - por ejemplo "copia íntegra de la totalidad de informes evacuados por los inspectores... en el periodo 2002 a 2010, bien por su propia iniciativa o bien, a requerimiento de sus superiores en el que se indicara, incluso como mera posibilidad; la existencia de algún tipo de incumplimiento de la normativa de regulación bancaria, o cualquier tipo de deficiencia..." -que hace que su objeto merezca la calificación, como se realiza en la sentencia impugnada, de causa general sin un objeto concreto de investigación lo que lesiona el derecho de defensa del imputado que desconoce el objeto de la pesquisa judicial, máxime cuando se refiere, como objeto de la indagación judicial, "operaciones sospechosas de blanqueo de dinero", "salidas y entradas del territorio nacional de los imputados... las diez últimas declaraciones de hacienda, los sucesivos miembros del consejo de administración... acciones judiciales y extrajudiciales entabladas, calificación del beneficio obtenido... copia íntegra de las valoraciones de riesgos...". Por otra parte, la adopción de esa ordenación de la instrucción por providencia impide el normal ejercicio de recursos procesales y el control desde el propio juez de los tiempos procesales de la impugnación lo que, según resulta de la testifical oída en el juicio, motivó un retraso deliberado en la resolución de los recursos interpuestos por las defensas.

El auto de entrada y registro en la sede de Bankia que alberga los servidores informáticos de la entidad, también es calificada de resolución prevaricadora y esa calificación es correcta. El auto que lo acuerda solo argumenta que la medida es solicitada por la unidad orgánica de policía judicial de la guardia civil porque allí se encuentran servidores informáticos y se interesa "para copiar la información que fuera de interés para la investigación". Nada se argumenta sobre el objeto de la investigación, sobre la existencia de indicios de la comisión de un hecho delictivo grave, presupuesto de toda injerencia de un derecho personal y, además, del derecho de defensa y no sólo del imputado sino de terceras personas que pueden verse afectadas por el descubrimiento de sus comunicaciones. Se trata de una medida desproporcionada y adoptada sin acotación del objeto procesal y del ámbito de la instrucción en la que se ordena y sin expresión de indicios de la comisión de un hecho delictivo que se investiga. En definitiva, una resolución judicial que afecta a derechos fundamentales sin una argumentación mínima que la justifique como injerencia.

Contrariamente a lo que se sostiene en el recurso las anteriores resoluciones fueron objeto de cuestionamiento, bien a través de recurso por el Ministerio fiscal, bien a través del apoyo al formalizado por la defensa de los imputados.

El auto de 13 de mayo de 2012 es también una resolución injusta. En él se ordena la incoación de un nuevo proceso "bajo la competencia de este juzgado" para un nuevo objeto procesal: la regularidad en la compra de City National Bank of Florida. La conexión de este nuevo objeto procesal es inexistente, a salvo de la personal del imputado. En una extensa motivación argumenta sobre los indicios del delito de su investigación, el crédito concedido y sospechoso de irregularidad y afirma que "implícitamente" el Banco de España "si ha visto conexidad entre el actual título imputatorio y tal adquisición y ello porque han remitido un informe sucinto sumamente explicativo del contexto y el cauce de la citada adquisición". Esa motivación es insuficiente pues el instructor no la hace suya, se limita a establecer una conexidad implícita en un informe sucinto, y aunque lo hiciera y explicara, no argumenta el porqué no sólo de deducir testimonio, sino afirmar la competencia de su juzgado. Se incoa a partir de una fotocopia de una página de un periódico y con un escrito de la acusación popular. En todo caso, ni la deducción de testimonio, ni la conexidad que obliga a una tramitación conjunta, ni la asunción de la competencia sobre el nuevo objeto de investigación aparecen justificados en el auto judicial.

También son tenidos por resoluciones prevaricadoras las adoptadas con relación a la situación personal del imputado. Relacionamos tres autos: dos de 16 de mayo de 2013 y un tercero de 5 de junio de 2013. Los dos primeros, de la misma fecha, acuerdan, en el primero, la libertad con la prohibición de salida del territorio nacional, y el segundo la prisión eludible con fianza de 2 millones y medio de euros. Básicamente la argumentación va referida a los dos objetos que investiga: la concesión de un crédito que entiende es irregular, por el que acuerda la libertad, y la compra de una entidad bancaria, por la que acuerda la prisión con fianza. En ambos se expresa una argumentación común dirigida a explicar el resultado indiciario que acredita el objeto de



la investigación referida a la concesión del crédito. En el segundo de los autos añade una argumentación sobre la acreditación de la irregularidad en la adquisición del banco. No hay referencia argumental al fundamento de la injerencia a la libertad del investigado, ni a las necesidades de su adopción para evitar la desaparición de elementos de acreditación o para evitar su fuga. En el fundamento tercero de la resolución se expresa, sucintamente, la proporcionalidad de la medida cautelar adoptada, prisión eludible con fianza de 2 millones y medio de euros, en referencia a la gravedad del delito y añade, que la reiteración que resulta de las dos causas penales, hace que su conducta no sea aislada o esporádica y que la "libertad del imputado pudiera incurrir en ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento...". Es la única argumentación para justificar la injerencia.

No se contiene una precisa argumentación sobre los presupuestos de la medida cautelar que la Ley Procesal penal contempla en los arts. 502 y ss. La prisión preventiva es una medida de aseguramiento personal, la más grave que pueda adoptarse en el proceso penal pues se trata de la privación de libertad de quien se presume inocente, por lo que sólo puede ser acordada cuando resulta imprescindible y cuando no existan alternativas menos radicales para conseguir sus finalidades (art. 502 LECRim). La Recomendación (2006) 13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa aboga por los principios de exclusividad jurisdiccional, instrumentalidad, para el cumplimiento de los fines de la investigación penal; acorde con el principio de legalidad y de necesidad imprescindible para conseguir los fines constitucionalmente legítimos de subsidiaridad en los términos del art. 502.2 de la Ley procesal ; y de carácter provisional y temporal.

Su adopción requiere la razonada apariencia de un hecho delictivo y de la participación en el mismo del imputado y la existencia de un peligro de fuga o de ocultación personal o patrimonial del imputado. Además debe referirse a hechos conminados con pena superior a dos años, o inferior cuando el imputado tenga antecedentes penales por hecho doloso, y que existan indicios de participación en el hecho por el imputado. Procederá la prisión cuando solo mediante ella pueda asegurarse el desarrollo normal del proceso, y que se concrete en el hecho de que el imputado en libertad pueda entorpecer la investigación y garantizando su presencia en el enjuiciamiento y a lo largo de la investigación. Estas dos finalidades de la adopción de la medida cautelar, asegurar la presencia del imputado en el proceso, evitando el riesgo de fuga y evitar que el imputado pueda ocultar, alterar o destruir los elementos probatorios del delito investigado. No es constitucionalmente legítimo derivar la concurrencia de estas finalidades de la gravedad del delito (SSTC 128/1995 , 122/99 , 179/2011).

A esta finalidad se añade la específica en los delitos relacionados con la violencia de género y a la que alude la regla c) del apartado 3 del art. 503 de la Ley procesal .

La Ley de enjuiciamiento criminal concreta los términos que describe las finalidades de la prisión lo que permite su empleo para motivar la resolución cautelar personal.

Si el auto de 16 de mayo que acuerda la prisión eludible con fianza de 2 millones y medio apenas razona su imposición, el posterior de 5 de junio tiene, si cabe, menor argumentación pues se limita a copiar el anterior. Además, de la causa resulta que la fianza impuesta fue inmediatamente ofrecida por la representación del imputado. No obstante, se ejecutó y fue conducido a prisión de la que salió tras la constitución de la fianza. Apenas 20 días mas tarde, en la misma causa, sin ningún hecho nuevo, el juez convoca a una comparecencia y en ésta la acusación popular, indebidamente personada, solicita la prisión sin fianza y el Juez la acuerda en un auto que es reiteración del anterior de 16 de mayo es una copia literal del anterior. Tan sólo añade la valoración personal del Juez sobre las declaraciones que ha recibido ese día del imputado, destacando lo que considera falta de veracidad y contradicciones, pero ningún argumento para fundar la prisión en las finalidades de la Ley.

Reproduce la escasa motivación del auto anterior y solo se refiere al principio acusatorio para justificar la adopción de la prisión sin fianza por el hecho de haber sido solicitado así por la acusación particular. No refiere la argumentación precisa para la medida cautelar en los términos señalados anteriormente. Por lo tanto, la prisión sin fianza se adopta contra una persona que 20 días antes había afianzado su libertad con una fianza calificada de suficiente y en la que sin ningún hecho nuevo, sin ningún fundamento nuevo, se acuerda la prisión que antes había afianzado.

Los tres autos sobre la situación personal del imputado mantienen la misma estructura argumental. Las 10 primeras páginas son idénticas, a salvo de algún interlineado escueto en el auto de 16 de mayo, que acuerda en la misma causa la prisión eludible con fianza que había sido consignada. Añade en las páginas siguientes una valoración de las declaraciones del imputado el mismo día de su adopción, expresando las dudas que al proveyente le suscita esas declaraciones. Resalta lo que considera contradicciones y los relaciona con los correos electrónicos de los que dispone en la instrucción. El auto de 5 de junio reitera, con alguna nueva valoración sobre las declaraciones personales recién prestadas, la argumentación del primero que se extiende sobre la acreditación de los hechos de la investigación. En fundamento de la prisión sin fianza, que se



superpone a la adoptada 20 días antes de prisión con fianza que había sido consignada, no argumenta nada. Reproduce lo expuesto en el anterior auto de 16 de mayo y ordena la prisión, esta vez sin fianza y si acordar la devolución de la impuesta ni justificar el cambio de criterio.

Se constata, como dice el magistrado discrepante en su voto particular, una intención de persecución al imputado, adoptando la privación de libertad sin justificación alguna.

El último de los autos que en la sentencia impugnada se considera prevaricador es la invocación de un juicio penal por obstrucción a la justicia al letrado defensor del imputado por un hecho, comunicar a su defendido la intervención de las conversaciones telefónicas, que el propio magistrado había comunicado al notificar el secreto de las actuaciones. Pues bien, aún en el supuesto de que esa resolución de intervenciones telefónicas fuera conocido por el Letrado de la defensa del investigado y no directamente por éste, el deber de defensa del investigado le autoriza a participar a su cliente la injerencia realizada sobre su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. En el caso, la intervención telefónica había sido notificada al investigado que si así no fuere por lo que se trataba de un hecho público y los consejos del Letrado, en el correcto ejercicio de la defensa supone una obstrucción a la justicia.

Desde el elemento de la tipicidad subjetiva, resulta clara la calificación de dolosa de la conducta del acusado. Ciertamente, es difícil representarse un supuesto de prevaricación judicial imprudente, pues el hecho de dictar una resolución injusta por un funcionario tan cualificado como es el juez, deja poco espacio a un actuar negligente. Su ámbito de aplicación puede ser el de desatención grave de la oficina judicial causal a una actuación judicial manifiestamente injusta, lo que no es el caso de autos.

Desde los hechos probados surge con facilidad que el magistrado conocía los hechos en su total dimensión, reabrir las diligencias sin causa que lo justifique, la asunción de la tramitación e investigación de un nuevo objeto procesal, la adopción de medidas de investigación por mera providencia, pese a la afectación de derechos fundamentales; con mutación del objeto procesal; las resoluciones adoptadas en la pieza de situación personal sin justificar las distintas resoluciones de prisión, con fianza y sin ella, seguidas en corto espacio temporal y sin alteración de circunstancias. Su actuar es doloso pues el autor conoce las circunstancias concurrentes y los deberes que le incumben. La resolución ha sido dictada con incumplimiento consciente de su deber jurisdiccional produciendo la resolución injusta.

Las testificales oídas en el plenario, precisamente de los funcionarios colaboradores en la tramitación de las causas corroboran la acreditación del elemento subjetivo, al resultar de esas declaraciones, valoradas desde la inmediación del tribunal, "una voluntad persecutoria del investigado", no dejando plantear cuestiones a la defensa del investigado en la causa y el distinto trato a la defensa del imputado y a la defensa de la acusación popular, llegando a no tramitar los recursos formalizados por la defensa del imputado.

La lectura, y audición de los documentos grabados, sobre las circunstancias en las que se desarrolla la practica de diligencias son reveladoras de un trato ajeno a las exigencias de imparcialidad que son exigibles en un juez de instrucción.

El examen de las actuaciones revela la existencia de la precisa actividad probatoria que surge de la propia documentación de las resoluciones calificadas de prevaricadoras, complementadas por la testifical valorada en el juicio oral por el tribunal de instancia que redundan en un actuar consciente del acusado en perjuicio de los derechos procesales y personales del investigado.

Constatada la existencia de la precisa actividad probatoria el motivo se desestima.

CUARTO.- Denuncia en el cuarto de los motivos de impugnación el error de derecho, art. 849.1 de la ley procesal , por la indebida aplicación del art. 74 del Código penal , el delito continuado. Entiende que la subsunción correcta y procedente es la de considerar la unidad de acción, "si se parte de una persecución instructora o de una inquisición general se esta partiendo de un único círculo instructor que tiende a perjudicar a los denunciados".

El motivo se desestima. El delito de prevaricación aparece relacionado en su configuración típica con la existencia de una, o varias resoluciones, que son calificadas, no de contrarias a derecho, sino de injustas, en los términos que hemos señalado. El que en la argumentación de la sentencia objeto de la censura casacional y sobre todo en la argumentación del voto particular, se deslice, como conclusión argumental, que el recurrente pretendió una instrucción a espaldas del ordenamiento, prospectiva, una causa general, no evita que lo característico de la prevaricación es el dictar una resolución injusta, a sabiendas. En el supuesto de que fueran varias, dictadas en un mismo ámbito temporal y procedimental, lo procedente es aplicar el instituto de la continuidad delictiva.

Ningún error cabe declarar, por lo que el motivo se desestima.



QUINTO.- En el mismo ordinal de su recurso plantea una nueva vulneración de un derecho fundamental, en este caso a la tutela judicial efectiva que argumenta desde la condena al pago de 10.000 euros en concepto de responsabilidad civil por los daños morales causados a Maximino .

El recurrente no cuestiona la argumentación de la sentencia sobre la procedencia de la responsabilidad civil declarada, ni la causación de daños morales producidos. "Esta defensa nada tiene que decir sobre el argumentario jurisprudencial de la sentencia impugnada porque una doctrina tan reiterada por el alto tribunal es conocida por todos y nada se tiene que discutir sobre la misma".

La queja que plantea tiene que ver con la infracción del principio de rogación que rige en materia de responsabilidad civil aduciendo que el perjudicado a quien se indemniza "no ha intervenido ni ha acudido a sostener primero la reclamación y segundo la cantidad reclamada y sus fundamentos".

La desestimación es procedente pues obra en la causa el escrito de calificación en el que interesa una indemnización por un importe superior al recogido en la sentencia, y ese escrito fue elevado a definitivas en el juicio oral.

La falta de contenido casacional hace que el motivo deba ser desestimado.

III. FALLO

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **NO HABER LUGAR** AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por la representación del acusado **Evaristo** , contra la sentencia dictada el día 6 de octubre de 2014 por **la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid** , la causa seguida contra el mismo, por delito de prevaricación. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas causadas . Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección

Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta Francisco Monterde Ferrer

Andrés Palomo Del Arco Carlos Granados Pérez

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Andrés Martínez Arrieta, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.