

## **T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA CIV/PE ALBACETE**

**SENTENCIA: 00004/2017**

C/SAN AGUSTIN NUM. 1

Teléfono: 967596511

Equipo/usuario: MTO

Modelo: N45650

N.I.G.: 02003 31 2 2017 0100010

**PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000001 /2017**

Delito/falta: PREVARICACIÓN JUDICIAL

Denunciante/querellante: MINISTERIO FISCAL

Procurador/a: D/D<sup>a</sup>

Abogado/a: D/D<sup>a</sup>

Contra: FERNANDO P.C.

Procurador/a: D/D<sup>a</sup> EUSEBIO RUIZ ESTEBAN

Abogado/a: D/D<sup>a</sup> JESUS GARZON FLORES

### **SENTENCIA NÚM 4/17**

**Ilmo. Sr. D. Jesús Martínez-Escribano Gómez  
Presidente**

**Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Otilia Martínez Palacios**

**Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Carmen Piqueras Piqueras**

**Magistrados**

En ALBACETE, a diecisiete de julio de dos mil diecisiete.

Vista en juicio oral y público ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, la causa con rollo 1/2017, procedente de las Diligencias Previas 23/2016 de la misma Sala, seguidas por un presunto delito de prevaricación contra D. Fernando P. C.

, Magistrado, sin antecedentes penales, representado por el Procurador de los Tribunales D. Eusebio Ruiz Esteban y defendido por el Letrado D. Jesús Garzón Flores; siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal; y ponente, la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Carmen Piqueras Piqueras.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Ilmo. Sr. Fiscal Superior de la Fiscalía de Castilla-La Mancha presentó ante esta Sala escrito de querella dirigida contra el Ilmo. Sr. D. Fernando P.C.,

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 2 de Talavera de la Reina (Toledo), como autor de un presunto delito de prevaricación del artículo 446.3 del Código Penal, cometido en el ejercicio de su cargo.

**SEGUNDO.-** Registradas las oportunas Diligencias Previas con el número 23/2016, una vez admitida admitida la abstención del conocimiento de las actuaciones formulada por el Excmo. Sr. D. Vicente Rouco Rodríguez, mediante Auto de 26 de septiembre de 2016, se acordó la admisión de la querella, se designó Instructor al Ilmo. Sr. D. Eduardo Salinas Verdeguer, Ponente a la Ilma. Dra. Dª Carmen Piqueras Piqueras, y para completar Sala a la Ilma. Sra. Dª Otilia Martínez Palacios.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones remitidas por la Sala y tras los trámites procesales de rigor, el Magistrado Instructor acordó la apertura de juicio oral mediante Auto de fecha 27 de febrero de 2017, celebrándose el juicio oral en dos sesiones, los días 26 de junio y 3 de julio de 2017.

**CUARTO.-** El Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación del artículo 446.3 del Código Penal. La defensa solicitó la libre absolución del acusado. En el trámite del derecho a la última palabra, el acusado se declaró inocente y solicitó una sentencia absolutoria.

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

Ha sido ponente la Ilma. Sra. doña Carmen Piqueras Piqueras, quien expresa el sentir de la Sala

#### **HECHOS PROBADOS**

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

**PRIMERO.-** Que el día 26 de agosto de 2014 el Sr. D. Fernando P.C., mayor de edad y sin antecedentes penales, desempeñaba el cargo de Magistrado de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 2 de Talavera de la Reina (Toledo).

**SEGUNDO.-** Ese mismo día se presentó querella ante los Juzgados de Talavera de la Reina, formulada por la representación procesal de R.J.D.J. contra J.C.V.H., por un presunto delito de estafa (Testimonio DP 1186/13).

**TERCERO.-** En la querella se relataba que, tras la compra en documento privado el día 7 de agosto de 2006 por parte del Sr. D.J., de un local y un anejo al mismo, al Sr. V.H.,

quien era administrador de la mercantil Hervaor S.L, este último, el 26 de agosto de 2008, aprovechando que aún constaba como titular registral de la finca en cuestión, concertó con el Banco Pastor un préstamo hipotecario sobre dicha finca, por importe de 136.78,02 €, el cual fue novado en dos ocasiones en fechas 29 de diciembre de 2009 y 24 de mayo de 2013. En dicha querella se solicitaba como diligencias la toma de declaración como investigado del Sr. V.H. y la solicitud al Banco Pastor de las escrituras de préstamo hipotecario y las sucesivas novaciones del mismo, de los documentos que sirvieron de base a las firmas de las respectivas escrituras, así como de un certificado del destino dado por la empresa Hervor S.L al dinero recibido en concepto de préstamo. Junto con la querella se aportaba determinada documentación, entre ella, el documento privado de compraventa de la finca. (Testimonio DP 1186/13).

**CUARTO.-** El Sr. FERNANDO, como titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 2 de Talavera de la Reina, el día 30 de diciembre de 2013 admitió a trámite la querella e incoó al efecto las D.P. 1186/13, acordando la práctica de todas y cada una de las diligencias interesadas.

**QUINTO.-** El día 26 de marzo de 2014, el hoy acusado, como instructor de la causa, tomó declaración a J.C.V.H. como investigado. En su declaración, el Sr. V.H. negó la firma del contrato de compraventa aportado con la querella. Afirmó que la hipoteca se constituyó con la anuencia del comprador para que éste se subrogara en la misma, aunque después no se hizo, todo ello con la finalidad de con el dinero del préstamo hacer frente al pago de precio diferido de la venta, finalidad que -afirmó- la entidad bancaria tenía conocimiento. En este mismo acto la representación de J.C.V.H. aportó determinados documentos, entre ellos, otro contrato en el que se documenta la misma operación de venta, afirmando la autenticidad del mismo y cuestionando la del contrato de compra-venta presentado por el comprador-querellante.

**SEXTO.-** Los contratos de compraventa a que se refiere el ordinal anterior difieren únicamente en la fecha y en las condiciones de pago.

**SÉPTIMO** Una vez terminada la declaración del querellado, Sr. V.H., el Juez Instructor, en presencia del mismo, acordó en ese acto el sobreseimiento provisional de las actuaciones y el archivo de las mismas, sin esperar al resultado de la práctica de diligencias ya acordadas (como la información solicitada al Banco Pastor), argumentando que *"de acuerdo con lo dispuesto en el art. 641.1 de la LECrim al considerar que no queda debidamente justificada la perpetración del delito objeto de la querella a la vista de los documentos aportados en este mismo acto por el propio*

querellado y los argumentos dados por el mismo, de cuya declaración resultan indicios bastantes para entender que el documento que se acompaña a la querella y en el que se justifica el supuesto delito de estafa haya sido confeccionado con el exclusivo objeto de soportar la fundamentación fáctica del propio escrito de querella sin ajustarse a la realidad de lo acontecido entre los litigantes, a cuya realidad se ajusta desde luego con más claridad el documento que se presenta en este mismo acto por el querellado, teniendo en cuenta a su vez los demás documentos que se acompañan en este mismo actor y que dan a entender que la hipoteca y sus novaciones se otorgaron por el querellado con pleno conocimiento del querellante y para facilitar la financiación del contrato de compraventa. Siendo que además de acuerdo con la redacción actual de la LECrim. Y de la doctrina del tribunal Constitucional que impide al acusado convertirse en acusador serias dificultades jurídicas para que en este mismo procedimiento puedan realizarse diligencias de averiguación sobre la falsificación de las firmas que se imputan al querellante y existiendo datos suficientes para entender verosímil la versión dada por el querellado y no así la del querellante resulta procedente el archivo de las presente actuaciones, dejando libertad a las partes para que en su caso puedan seguir las acciones que tengan por conveniente por el delito de falsedad documental y estafa procesal a los que se ha hecho mención en este mismo acto. Por las mismas razones y dejando libertad a las partes se niega el libramiento de los testimonios que ha sido interesado hasta tanto sea requerido dichos testimonios por la autoridad judicial en causa penal que se acredita. Todo ello sin perjuicio de la documentación de esta resolución en Auto que será notificado a las partes a partir de cuyo momento empezará a correr en su caso los plazos para la interposición de los recursos que se estimen conveniente. Que la parte querellante se reserva la posibilidad de recurrir."

**OCTAVO** Terminada la declaración del Sr. V.H., el Juez instructor, a solas con J.C.G.M., Letrado del querellante, le manifiesta que desista de la querella porque si no se verá obligado a iniciar procedimiento penal contra su cliente por un delito de falsedad.

**NOVENO.-** La referida resolución oral es documentada de forma escrita diecisiete meses después mediante Auto de 18 de

agosto de 2015, contra el que, tanto la acusación particular como por el Ministerio Fiscal, formularon recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Toledo, que por Auto de 25 de febrero de 2016 estimó los recursos y ordenó proseguir la investigación. La Audiencia Provincial entendió que "sin necesidad de mayores matizaciones, examinados detenidamente ambos contratos (la mayor diferencia lo está en el precio que falta por abonar y en las cantidades entregadas), considera absolutamente necesario que se exija de las partes la aportación de "ambos" documentos que cada uno asevera ser originales, y que con los mismos se practique la correspondiente pericial caligráfica; y con ella, junto con el resto de pruebas practicadas o por practicar, se dicte la resolución que proceda con libertad de criterio".

**DÉCIMO.-** El Magistrado Sr. FERNANDO, al acordar oralmente el día 26 de marzo de 2014 el sobreseimiento del delito de estafa y el archivo de las actuaciones, y al documentar dicha resolución mediante Auto de 18 de agosto de 2015, sabía y era consciente, dada su condición de técnico en Derecho, de que para adoptar la resolución de sobreseer resultaba absolutamente indispensable esperar al resultado de la práctica de diligencias acordadas, especialmente la información solicitada al Banco Pastor; sabía y era consciente de que antes de sobreseer era necesario investigar qué contrato era el suscrito por las partes, una vez puesta en tela de juicio por el querellado en su declaración la autenticidad del contrato de compra-venta aportado con la querella y la existencia, por aportación en ese mismo acto, de otro contrato de compra-venta sobre el mismo inmueble entre las mismas partes, pero de fecha y contenido diferente. Con tal comportamiento el juez querellado perseguía favorecer al querellado Sr. Vázquez, evitándole un juicio por estafa.

**NOVENO.-** El Sr. FERNANDO y el querellado Sr. V.H., mantenían una relación de amistad.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Al inicio del juicio oral, las partes plantearon al Tribunal una serie de cuestiones previas al amparo del art 786 LECr., de las cuales fueron estimadas algunas y desestimadas otras por las razones que constan y se recogen en el Acta del día 26 de junio de 2017, que se desarrollan a continuación a los efectos de su debida motivación y control.

1. El Ministerio Fiscal solicitó la corrección de la fecha de la querella por estafa formulada por R.J.D.J. ante los Juzgados de Talavera de la Reina contra J.C.V.H., en el sentido de que fue presentada el día 26 de agosto de 2013, en vez de 26 de agosto de 2014, erróneamente transcrito en los escritos de querella y de acusación del Ministerio Fiscal. En efecto, se trata de un

mero error de transcripción como se desprende de la propia numeración de las DP 1186/13. Se admite la corrección.

Por su parte, la defensa del acusado, en primer lugar, reprodujo la petición de admisión de las pruebas propuestas en el escrito de calificación provisional que habían sido denegadas por Auto de la Sala de 9 de mayo de 2017; seguidamente solicitó la nulidad de actuaciones, alegando que la Sala no había dado contestación a la recusación formulada contra el Magistrado-Instructor de la causa y los Magistrados integrantes de la Sala de admisión de la querella; que no había sido notificado personalmente el Auto de conversión en procedimiento abreviado; que no es posible la inhabilitación por dos veces, que sería lo que ocurriría si el Tribunal Supremo confirmase la sentencia de esta Sala n° 3/16 de 23 mayo, que condenó al Sr. FERNANDO, además de a la pena de prisión de doce meses de multa, a la de inhabilitación especial por tiempo de 10 años para el cargo de juez o magistrado, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, así como con la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial.

2. Daremos respuesta en primer lugar a las causas de nulidad alegadas por la defensa, dada la trascendencia que la admisión de todas o alguna de ellas tendría sobre la presente causa. Pero antes, es preciso recordar al menos sintéticamente, la consolidada jurisprudencia que al interpretar el artículo 238, párrafo 3° LOPJ considera que este precepto establece dos requisitos para que proceda la nulidad de los actos judiciales: uno, que se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento o se actúe con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa y el segundo, que efectivamente se haya producido indefensión, requisitos que deben concurrir conjuntamente (SSTC 149/87 y 126/91), con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (STC 155/1988). Es decir, resulta exigible que de dicha infracción formal se derive una efectiva vulneración del derecho de defensa (SSTC 186/90 y 290/93), que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos. Además, la nulidad ha de ser admitida con criterios restrictivos y conforme a lo que establece el artículo 243 LOPJ, pues se ha de aplicar el principio de conservación de actuaciones que ese artículo establece y que se complementa con la posibilidad de subsanación de requisitos legalmente exigidos (STS núm. 1118/1998 de 2 octubre -RJ 1998\8037- y las en ella citadas, que son aplicables aun después de la modificación de los artículos 242 y 243 LOPJ por L. 19/2003).

3. Dicho esto, y ya respecto de la primera causa de nulidad alegada (falta de contestación a la recusación formulada contra el Magistrado-Instructor de la causa y los Magistrados integrantes de la Sala de admisión), la Sala



reitera las razones aducidas ya en los recursos formulados por la parte investigada contra determinadas resoluciones dictadas en la fase de instrucción.

A la primera recusación del Magistrado Instructor y de los Magistrados integrantes de la Sala que había dictado el Auto de admisión de la querella, ya alegada por el acusado en el recurso de súplica contra el Auto de admisión de la querella de 26 de septiembre de 2017, y en el recurso de subsidiario de apelación contra los autos dictados en reforma por el Magistrado Instructor, la Sala manifestó en los Autos de fecha 16 enero 2017 y 31 enero 2017 que la recusación formulada ya se estaba tramitando por la Sala Especial, Expediente 2/16, siendo finalmente inadmitida por resolución de 14 de febrero de 2017. Criterio este que de nuevo reiteramos.

Lo mismo cabe decir respecto de la segunda recusación del Magistrado Instructor y del resto de la Sala de admisión, alegada de nuevo por la defensa en el acto de juicio oral. Reiteramos las razones expuestas en los Autos de 21 de febrero de 2017 de inadmisión de la recusación formulada contra los Magistrados de esta Sala D<sup>a</sup> Carmen Piqueras Piqueras y D. Jesús Martínez-Escribano, y de 24 de marzo de 2017 desestimatorio del recurso de apelación interpuesto contra el Auto dictado por el Magistrado instructor de 16 de febrero 2017, desestimatorio a su vez del recurso de reforma contra la Providencia de 6 de febrero 2017 por la que el Magistrado Instructor inadmitió la recusación formulada contra el mismo.

En el Auto de 21 de febrero de 2017 (FD 2<sup>o</sup>) declaramos:

<<Conforme con el art. 223.1, 1<sup>a</sup> y 2<sup>a</sup> LOPJ, del mismo tenor literal que el art. 56 LECrim., procede inadmitir la recusación formulada por extemporánea, al venir formulada fuera de plazo legal y por ser reproducción de la anterior que ya resultó desestimada; por cuanto que no podemos admitir que la fundamentación de una resolución dictada por un órgano administrativo en un expediente disciplinario constituye un hecho nuevo ni vincule a esta Sala jurisdiccional en su pronunciamiento. Con ello consideramos que la causa de recusación ya la conocía el promotor, al menos, cuando la interpuso en octubre de 2016, por lo que habría pasado más de 10 días desde que conoció la composición de la Sala; y se propone pendiente ya el proceso, conociéndola con anterioridad. En este sentido se pronuncia el Auto del Tribunal Supremo, secc. 1, de 5/2/2001 (Recurso: 2940/1997) ante la reiteración de la misma causa de recusación contra los mismos Magistrados de la Sala cuando dice que la petición es extemporánea, y que ya ha sido resuelta por Auto de esta Sala, en el que se solventa la cuestión, sin que sea posible volver sobre la misma a cada paso procesal que se intente dar.>>

En el Auto de 24 de marzo de 2017 (FJ 2<sup>o</sup>) dijimos:

<<El art. 61 LECrim., pfo.2 prevé que si el recusado fuese un Juez de Instrucción *"deberá éste, no obstante, bajo su responsabilidad, practicar aquellas diligencias urgentes que no pudieran dilatarse mientras su sucesor se encargue de continuar la instrucción"*. Así actuó el instructor, según consta en el Auto de Procedimiento Abreviado, también recurrido. Y lo cierto es que tramitado el primer incidente de recusación propuesto por el investigado, concluyó por Auto de la Sala competente desestimándolo. Con lo cual se exonera la responsabilidad del instructor bajo la que practicaron las diligencias, que son por ello absolutamente válidas.

Tampoco merece mejor suerte la queja por la inadmisión a trámite, a limine, de la segunda recusación por extemporánea; cuya competencia en este caso corresponde al propio Magistrado recusado. Así resulta del tenor de la Ley de la ubicación del art. 223 LOPJ; ya sí lo dice el Auto del Tribunal Supremo, Penal sección 1, de 12 de febrero de 2015 (Recurso 944/2014), en el primero de sus razonamientos jurídicos, *La posibilidad de inadmisión liminar de la recusación está ahora contemplada expresamente en la LOPJ en dos momentos. El primero, por lo que aquí interesa, se refiere a la que puede acordar el mismo recusado o el tribunal del que forma parte cuando se basa en la extemporaneidad, según el artículo 223.1*. Por otra parte, queda claro, y así lo dice el Auto apelado que se limitó a pronunciarse respecto de la propia recusación sin valorar la efectuada contra los otros Magistrados de esta Sala.

Y en cuanto al fondo de la cuestión es clara la improcedencia de la admisión de la recusación que acuerda el instructor, pues reproduce la anterior ya desestimada, alegando la misma causa, *sin que sea posible volver sobre la misma a cada paso procesal que se intente dar* (ATS Penal sección 1, de 5 de febrero de 2001; Recurso: 2940/1997), lo que la convierte en extemporánea, y sin que pueda calificarse como hecho nuevo a tal efecto el contenido de una resolución administrativa en un expediente disciplinario, que además su recta interpretación -como con acierto señala el Ministerio Fiscal- se aleja de la subjetiva de la parte, pues se limita a vincular el expediente administrativo con los dos procesos penales, no éstos entre sí. En cualquier caso, además y por último, reproducimos la doctrina mantenida en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo Pena, sección 1 del 16 de febrero de 2017 (Sentencia: 93/2017) que, en relación con un alegato sobre la falta de imparcialidad de una Magistrada para dirimir la causa con apoyo en el art. 219.11<sup>a</sup> de la LOPJ, dice *el hecho de que haya sido juzgado previamente en otra causa por unos hechos distintos ni significa que no pueda ser enjuiciado por un mismo magistrado en un hecho diferente; y es claro que los hechos investigados en este procedimiento son diferentes de los enjuiciados en el anterior, aunque se trate del mismo tipo penal y sujeto activo, la querella se interpone por hechos diferentes (diferente resolución judicial, en diferente procedimiento de los resueltos por el Magistrado recurrente).*>>



Siendo este el criterio de la Sala, no queda más que ratificar el mismo, y no habiéndose alegado en el acto de juicio oral razones o fundamentos distintos, y no apreciándose -ni siquiera se invoca- indefensión, sino todo lo contrario, como muestra la formulación de los recursos ya indicados contra las resoluciones del Magistrado Instructor y de la Sala sobre falta de imparcialidad tanto de uno como de los integrantes del órgano colegiado, procede la desestimación de la pretensión de nulidad por esta causa opuesta por la defensa.

4. Respecto de la procurada nulidad de actuaciones por falta de notificación personal del Auto de conversión en procedimiento abreviado constando la notificación de dicha resolución a su representación procesal en aquel momento, D<sup>a</sup> Manuela Cuartero Rodríguez (folio 643), y habiéndose formulado por dicha representación procesal recurso de apelación contra el indicado Auto, resulta meridianamente claro que la parte acusada no sufrió indefensión alguna, que ni siquiera se alegó ni adujo por la defensa en el acto de juicio, por lo que igualmente se desestima la nulidad solicitada por esta causa.

5. Por último, en relación a la alegación de que no es posible la inhabilitación por dos veces, si bien la Sala no alcanza a comprender la razón por la que esta afirmación pudiera dar lugar a la nulidad de actuaciones, pues se trata, como dijo el Ministerio Fiscal y la Sala manifestó expresamente en el acto de juicio al dar respuesta a las cuestiones previas, de una cuestión que en su caso correspondería resolver en otra fase del proceso, debe hacerse ver que en todo caso, la pena correspondiente al delito imputado al acusado (art. 446.3 CP) no solo incluye la de inhabilitación especial para empleo o cargo público sino también la multa.

6. Resueltas las cuestiones previas de nulidad, procede analizar la reiteración de prueba solicitada que fue rechazada por Auto de 9 de mayo de 2017.

A la vista de los argumentos alegados por la defensa, la Sala admitió la prueba testifical de J.C.V.H.y E.A.A., señalándose la práctica de la misma para el día 3 de julio de 2017, fecha en la que tendría lugar la continuación del acto de juicio. No obstante, la representación procesal de la defensa, mediante escrito de fecha 27 de junio de 2017 renunció a la práctica de la referida prueba, la cual fue tenida por renunciada mediante Providencia de 29 del mismo mes y año.

La Sala rechazó el resto de la testifical reiterada, al entender que no tenía relación con el objeto del proceso; relación que no fue mostrada por la parte proponente -que es a quien corresponde- pese al requerimiento efectuado al efecto por este órgano mediante Providencia de 6 de abril de 2017, lo

que tampoco hizo en el acto de juicio. Recuérdese lo que ya dijo la Sala en el citado Auto de 9 de mayo de 2017: que el derecho constitucional a utilizar los medios de prueba pertinentes no se configura como un derecho absoluto e incondicional, sino que el Juez o Tribunal debe examinar -con un criterio amplio en orden a garantizar el derecho constitucional a utilizar los medios de prueba necesarios para la defensa- las pruebas propuestas por las partes, a fin de determinar inicialmente las que genéricamente sean pertinentes a los efectos de su admisión, correspondiendo a la parte que la propone la carga de mostrar la relación de las mismas con el objeto del proceso (Ss. TC entre otras muchas 36/83, 22/90, 59/91; y TS 7 de marzo 1988, 15 febrero 1990, 1 abril 1996, entre otras).

Y en todo caso, la Sala no alcanza a comprender -la defensa nada dice- qué indefensión concreta y determinada puede derivar de no haberse admitido y practicado la testifical de los Magistrados integrantes de la Audiencia Provincial, Letrado de la Administración de Justicia, Fiscales, Jueza sustituta Juzgado de Instrucción n° 2 de Talavera de la Reina, de todos los intervinientes en las Diligencias de investigación de la Fiscalía 39/16 y en las Diligencias Previas 1186/14 del citado Juzgado, así como la documental detallada en el escrito de calificación al que nos remitimos en aras a la brevedad, cuando resulta claro que no es competencia de la Sala analizar la corrección jurídica de la resolución presuntamente prevaricadora sino la injusticia de la misma (STS 228/2015).

Igualmente inadmitida fue la prueba documental solicitada en el mismo acto de juicio oral referida a Certificación del Consejo General del Poder Judicial, sobre la fecha de incorporación del Juez FERNANDO a su destino en Talavera de la Reina con la finalidad -alegada para mostrar la inexistencia de amistad íntima con el querellado al tiempo del dictado de la resolución presuntamente prevaricadora, y por si el Ministerio Fiscal discutía tal cuestión-, la Sala entendió y así lo declaró expresamente en dicho acto, al igual que manifestó el Ministerio Público, que esta prueba podía haber sido solicitada durante la instrucción, o haber sido aportada directamente por la propia parte en el Plenario.

Por último, se rechazó la solicitud de prueba pericial caligráfica sobre las firmas estampadas en los dos contratos de compraventa aportados a las diligencias previas 1186/2014, por considerar dicha petición extemporánea, al no haber sido solicitada en el escrito de conclusiones provisionales y en todo caso, como decíamos más atrás, porque a esta Sala no le corresponde determinar la corrección jurídica de la resolución presuntamente prevaricadora (falsedad o veracidad de alguno de los contratos de compraventa aportados a las diligencias previas 1186/14 del Juzgado de Instrucción de Talavera), sino comprobar si el Auto de sobreseimiento dictado por el Magistrado querellado es injusto y si se ha dictado a

sabiendas de su injusticia (STS nº 228/2015, de 21 abril -RJ 2015\2376-).

7. Trataremos en este punto una cuestión no alegada en su momento como cuestión previa, sino en el informe de la defensa, dadas las consecuencias que acarrearía su estimación si se declarase la nulidad de actuaciones. Nos referimos a la denuncia de vulneración del principio acusatorio, al entender que el escrito de acusación adolecía de la debida concreción, lo que -afirmó- afectaba al derecho de defensa.

En efecto, la acusación ha de tener el suficiente grado de concreción para permitir el ejercicio del derecho de defensa mediante la negación de los elementos que la integren en cada caso. No cabe admitir acusaciones tan vagas y genéricas que dejen al investigado en la duda sobre cómo ha de defenderse de ellas (Ss. TC 20/1982; 36/96; 87/01).

Los hechos objeto de la causa, en el presente caso, consisten en dictar en un procedimiento abierto por presunto delito de estafa, en el Juzgado del que el acusado era titular, un sobreseimiento provisional a sabiendas de que no se habían practicado las pruebas necesarias para adoptar tal decisión, con el fin de favorecer al investigado por tal delito. Pues bien, la simple lectura del escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal permite constatar, sin ningún género de duda, la concreción y precisión con la que se explicitan los hechos delictivos imputados, de los cuales el acusado ha podido defenderse mediante la alegación y práctica de cuantas pruebas ha considerado oportunas para sustentar su oposición a los hechos objeto de acusación, como se desprende de las actuaciones y especialmente de los argumentos vertidos en el acto de juicio oral, lo que viene a demostrar la ausencia de indefensión, que en todo caso ni siquiera fue alegada por la defensa.

8. Finalmente, aunque no se trate de cuestiones previas, se dará respuesta a determinadas alegaciones vertidas por la representación letrada del acusado en su informe oral, para dejarlas, en principio, fuera del objeto del debate.

La defensa hizo hincapié en la legalidad de la forma oral mediante la que se dictó el Auto presuntamente prevaricador. Es cierto que la forma oral de este tipo de resoluciones no es constitutiva de delito, sin perjuicio de su documentación posterior, como hizo el Magistrado acusado. Tampoco reviste significación en orden al objeto del presente procedimiento el hecho de que dicha resolución se documentase (o publicase, como alega la defensa) diecisiete meses más tarde, porque el tiempo trascurrido desde el dictado oral del Auto referido y su documentación es un hecho irrelevante en orden a la resolución de la presente causa por un presunto delito de prevaricación, como intrascendente es igualmente que otras instancias pudieran haber incurrido en retraso en el dictado de sus informes o resoluciones, como se alega por la defensa,

porque tales comportamientos, en cualquier caso, no constituyen elemento fáctico del delito ahora enjuiciado, y obviamente, la incorrección de uno no convierte en correcto lo de otro, si esto es igualmente incorrecto.

**SEGUNDO.**-El Ministerio Fiscal califica los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación judicial dolosa, previsto y penado en el artículo 446 del Código Penal, del que debe responder el acusado en concepto de autor.

**1.-** El artículo 446 del Código Penal dispone: *"El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:*

*3. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictare cualquier otra sentencia o resolución injustas".*

Los elementos constitutivos de esta infracción penal, como recuerda entre otras la STS 308/2009, de 23 de marzo (RJ 2009\4708), son:

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

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

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

No es preciso extenderse mucho en la exposición del concepto y elementos constitutivos de este tipo penal, únicamente recordar -siquiera sintéticamente- que el elemento objetivo (resolución injusta) solo puede ser definido desde la perspectiva de la legalidad, porque la prevaricación comienza con el abandono de dicho principio de legalidad y su sustitución por las convicciones del Juez, porque la subjetivización del delito de prevaricación nos conduciría a la justificación de cualquier decisión judicial con el argumento de que el autor de la misma --el Juez concernido-- la consideraría justa" (STS núm. 594/2014 de 16 julio -RJ 2014\4535-). Así pues, desde una formulación objetiva de este delito el Tribunal Supremo entiende por "resolución injusta" aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, que no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS 755/2007 -RJ 2007\6285- y 1497/2002, de 23 septiembre (RJ 2002, 8169),

(STS núm. 76/2002, de 25 de enero (RJ 2002\3568), reiteradas en más recientes de 21 de abril de 2015 y 27 de febrero de 2012 -RJ 2012,3659-), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor ( STS núm. 878/2002, de 17 de mayo -RJ 2002, 6387-), siendo en definitiva "exponente de una clara irracionalidad" ya que la injusticia es un plus respecto a la mera legalidad (STS 26 febrero 2002 -RJ 2002\4592-); la prevaricación exige un "torcimiento del derecho" patente y manifiesto, traducido en una ilegalidad tan grosera y evidente que revele por sí la injusticia, el abuso y el plus de antijuricidad (STS 877/1998 de 24 de junio -RJ 1998\5694-). 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 resumen, "la conciencia del Juez no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la Ley, porque ello conduce en definitiva a convertir la voluntad del Juez en decisión para resolver el conflicto. Tal planteamiento es incompatible con los postulados del Estado democrático de Derecho".>> (STS 2/99 de 15 de octubre, o ATS 14-4-2014).

Respecto del elemento subjetivo, plasmado en la expresión "a sabiendas", no es otra cosa que la inclusión expresa del dolo, en el sentido de que el autor debe tener plena conciencia del carácter injusto de la resolución que dicta. Es decir, debe ser consciente de la adopción de la resolución, de su sentido y sus consecuencias, y de que todo ello no puede estar amparado en una interpretación razonable de la ley, que lo acordado no es defendible en Derecho ni podría llegar a ello por ninguno de los métodos de interpretación de la normas admitidos en Derecho (por todas, STS 79/2012).

Entre los supuestos que pueden ser objeto de prevaricación la STS 877/1998 indica: *"la falta absoluta de competencia del acusado", y "la inobservancia de las más elementales normas del procedimiento" (en el caso, se autorizó un matrimonio sin la realización del preceptivo expediente matrimonial)*; la STS núm. 594/2014 de 16 julio (RJ 2014\4535) se refiere a Magistrada que hallándose desempeñando sus funciones en el Juzgado de Guardia de Diligencias, dictó Auto el mismo día sin haber realizado comprobación alguna en relación a los hechos denunciados y sin trámite de audiencia al denunciado, en virtud del cual acordó, tal y como se pedía por el denunciante, el precinto del local al que se contraía la denuncia librando el oportuno mandamiento a la Comisaría de Distrito vía fax. Después se levantó el precinto y sin motivación alguna se nombró Administrador a un letrado amigo íntimo de la magistrada; la STS 2338/2001, de 11-12 (RJ 2002, 1792) , califica de *"resolución delirante"* un Auto que no sólo se aparta de la doctrina consolidada en relación a la prescripción, su cómputo e interrupción sino que sostiene posiciones jurídicamente inasumibles, afectando al principio de seguridad jurídica, esencial en todo ordenamiento jurídico,



y se hace empleando unas argumentaciones "de una pobreza argumentativa patente" (...).

El Tribunal Supremo destaca como particularidades de la prevaricación judicial: de una parte, la mayor gravedad de este delito frente a la prevaricación administrativa; y, de otra, que la prevaricación judicial es un delito de técnicos del Derecho, de ahí que no deban trasladarse "sic et simpliciter" los calificativos que tradicionalmente ha utilizado la jurisprudencia para definir el acto injusto, como "esperpéntico", "apreciable por cualquiera", etc., pues éstos han sido forjados para funcionarios no técnicos en Derecho (entre otras la sentencias 627/2006, de 8 de junio (RJ 2006, 6295), 102/2009, de 3 de febrero (RJ 2009, 1771), o anteriores: 2/99, de 15 de octubre (RJ 1999, 7176), 2338/2001, de 27 de noviembre (RJ 2002, 1223) y 359/2002, de 26 de febrero (RJ 2002, 4592). "La falta de acierto en la legalidad y la injusticia no son lo mismo, pues la legalidad la marca la ley... en tanto que la injusticia supone un plus, una acción a sabiendas de la arbitrariedad de la decisión judicial adoptada" (Sentencia 101/2012, de 27 de febrero -RJ 2012, 3659-), que en definitiva implica que "la conciencia del Juez no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la Ley, porque ello conduce en definitiva a convertir la voluntad del Juez en decisión para resolver el conflicto. Tal planteamiento es incompatible con los postulados del Estado democrático de Derecho".>> (STS 2/99 de 15 de octubre, o ATS 14-4-2014).

2.- Aplicando tal doctrina al caso objeto de enjuiciamiento, a juicio de la Sala concurren todos y cada uno de los elementos integrantes del tipo penal de prevaricación judicial dolosa, previsto y penado en el artículo 446.3 CP.

El acusado llevó a cabo la acción típica antijurídica, consistente en dictar a sabiendas resolución injusta para favorecer a la parte querellada en un procedimiento por delito de estafa.

A juicio de la Sala, concurre y ha quedado probado el elemento objetivo del tipo, porque el Magistrado querellado, en el marco de unas diligencias previas (DP 1186/13) iniciadas mediante querrela por estafa (en la querrela se relataba -en síntesis- que, tras la compra en documento privado por parte del Sr. D.J. de un local y un anejo al mismo al Sr. V.H., quien era administrador de la mercantil Hervaor SL, este último, con posterioridad, aprovechando que aún constaba como titular registral de la finca en cuestión, concertó con el Banco Pastor un préstamo hipotecario sobre la finca, el cual fue novado dos veces), que había admitido a trámite y acordado la práctica de todas las diligencias interesadas por el querellante, tras tomar declaración al Sr. V.H. como investigado (en la que negó la firma del contrato de compraventa aportado con la querrela, justificó la constitución de la hipoteca en el previo acuerdo con el comprador para que este pudiera financiar el precio de la



compra, y aportó otro contrato de compraventa entre las mismas partes sobre el mismo inmueble), dictó un Auto oral de sobreseimiento provisional que documentó diecisiete meses después.

No cabe duda, y esto no es lo que se achaca al acusado, que constituye facultad del Juez de Instrucción acordar el sobreseimiento que corresponda al término de la instrucción (Art. 779 LECR.), el cual puede ser provisional, según el artículo 641 LECr. "1º Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa...." (art. 641 LECrim.) ; o libre "Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa" (art. 637.1 LECrim.), debiendo indicarse, ante las alegaciones vertidas por la defensa en el acto del juicio oral (si hubiera sido su voluntad beneficiar al querellado podría haber acordado el sobreseimiento libre), que ambos tipos de sobreseimiento son recurribles, como no podía ser de otro modo.

La exigencia de justificación debida o indicios racionales de la perpetración del delito, no significa que hayan de practicarse todas y cada una de las diligencias solicitadas o imaginables, pero sí que -en un contexto aún de incertidumbre acerca de lo acaecido- se practiquen aquellas que *a priori* se revelen susceptibles de despejar tales dudas fácticas. Por ello es correcta, en este caso, la calificación como "prematura" que achaca el Ministerio Fiscal a la resolución dictada por el Magistrado, en relación al estadio procesal en el que se encontraba la querella por estafa, porque, sin perjuicio de otras pruebas que supuestamente habrían de acordarse en caso de proseguir el procedimiento, en ese momento era necesario y exigible al órgano judicial despejar la contradicción entre los hechos denunciados y los alegados por el querellado en su declaración en lo referido a constar o desechar la concurrencia de los hechos base del delito denunciado; y para ello era ineludible disponer de determinados extremos fácticos que solo podían conocerse mediante la práctica de la prueba pertinente.

Tratándose los hechos denunciados -en síntesis- en gravar con hipoteca un bien inmueble sobre el que el hipotecante ya no tenía facultad de disposición, en ese estadio procesal los elementos fácticos esenciales para acordar el sobreseimiento de la querella eran: 1º) si el querellado había gravado con hipoteca el inmueble que fue objeto de compraventa, y 2º) si tenía capacidad de disposición sobre el bien hipotecado. Pues bien, el querellado por delito de estafa (Sr. V.H.) en su declaración ante el Magistrado el día 26 de febrero de 2014 (folio 185), no negó la realidad del primer hecho ("que el pidió la hipoteca porque era el propietario", declaró -folio 91), luego resulta meridianamente claro, incluso para un lego en Derecho, la constitución de una hipoteca sobre un inmueble.

Respecto de si el querellado tenía capacidad de disposición sobre el bien hipotecado, todo parecía indicar que no, porque fuera cual fuera el contrato válido, lo cierto es que ambos reflejaban la manifestación de voluntad de las partes de adquirir un inmueble a cambio de un precio, todo ello con independencia de la existencia de una posible falsedad documental a cuya persecución venía obligado el Magistrado acusado, y no era impeditiva legalmente para proseguir con el procedimiento por querella; sin embargo y pese a ello, por Auto oral de 26 de marzo de 2014, el acusado motivó su decisión por las mismas razones que luego fueron reiteradas en su declaración en el Plenario, esto es: que ante dos contratos de compraventa aportados a las Diligencias Previas 1186/14 (uno por el querellante, unido a la querella, el otro aportado por el querellado en el momento de su declaración), consideró que ambos contratos eran incompatibles entre sí en el sentido que uno excluía al otro, y que habiendo llegado a la convicción de que el válido era el aportado por el querellado y el adjuntado con la querella se había fabricado artificialmente para dar sustento a la misma, no podía continuar el procedimiento en cuanto supondría convertir al acusador en acusado, lo que prohíbe invocada jurisprudencia y doctrina constitucional, por lo que acordó archivar el mismo y remitir a las partes a que iniciasen actuaciones penales por falsedad.

Tales alegaciones carecen de todo soporte no solo jurídico sino también racional. Si el Magistrado apreció incompatibilidad entre los contratos, debería haber investigado cuál de los dos respondía a la realidad, sin que su propia opinión pueda considerarse racionalmente suficiente, pese a la maestría caligráfica que el Magistrado aquí acusado afirma poseer, pero de la que no existe prueba alguna; a ello hay que añadir que de una comparación de los dos contratos, la Sala no aprecia a simple vista, tan clara e indudablemente, como fue alegado por la defensa, la falsedad del aportado con aquella querella, igualmente así es manifestado por el testigo Sr. C.G.M. (letrado del querellante); de manera que, sin perjuicio, claro está, de que la libre valoración de la prueba solo al Juez corresponde, la postura del acusado de parapetarse tras esa facultad y confiar el éxito de su tesis a la libre valoración de la prueba en su conjunto, no es suficiente, porque con solo la declaración del querellado en aquellas Diligencias y la débil fuerza probatoria que se desprende de la documental aportada (facturas de luz, teléfono, fotografías del inmueble, etc...), sin esperar el resultado de la prueba documental requerida al Banco Pastor, ya admitida, y fundamentalmente sin acordar prueba pericial caligráfica que permitiese determinar la validez de los contratos de compraventa aportados, la decisión de sobreseimiento y archivo de aquella causa está huérfana de sustento jurídico y razonabilidad.

El esfuerzo argumental de la defensa ha sido intentar demostrar que el hecho de no acordar entonces la práctica de

prueba pericial caligráfica por el Magistrado Instructor, era una cuestión de legalidad, y que así fue corregida por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, estimatoria del recurso de apelación interpuesto contra el Auto de sobreseimiento y archivo de las DP 1186/14, de manera que siendo una cuestión de legalidad y resultando que ésta fue la única prueba que la Audiencia mandó realizar, pues no ordenó la práctica de otras de las demás admitidas, ni ninguna otra, deduce que el Auto de sobreseimiento puede calificarse de ilegal pero no de injusto.

La defensa construye un argumento legítimo, en cuanto encarna el derecho de defensa del acusado, pero falaz, porque a juicio de la Sala, la actuación del Magistrado acusado va más allá de acordar el archivo sin esperar el resultado de la documentación e información requerida al Banco Pastor que tal como estaba acordada hubiera ofrecido datos relevantes en orden a mostrar la concurrencia de hechos obstativos a los afirmados en la querella, y sin acordar la práctica de prueba pericial. Y va más allá, porque el acusado resuelve en el sentido que lo hizo pese a la existencia de indicios suficientes para proseguir el procedimiento. La Sala entiende, contrariamente a lo que opina la defensa, que los dos contratos de compraventa referidos no son incompatibles entre sí, uno no excluye al otro, sino que difieren en elementos accidentales como la fecha (....) y en las cláusulas de carácter económico (precio y condiciones de pago), coincidiendo en los elementos esenciales, fundamentalmente en la identidad de los contratantes y del bien inmueble objeto de la compraventa, por lo que, independientemente de cuál de ellos fuera el verdadero, lo que no cabe duda es de la existencia material de un acuerdo de voluntades por el que un contratante se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por esta un precio en dinero o signo que lo represente (art. 1445 C.Civil), de manera que existiendo un indicio de compraventa de un inmueble que posteriormente es gravado con hipoteca por el vendedor, aprovechando que aún está a su nombre, el archivo de la causa se aparta, no solo de la legalidad, lo que efectivamente puede combatirse a través del sistema de recursos, como efectivamente tuvo lugar en este caso por la Audiencia Provincial de Toledo, sino que vulnera la legalidad de forma patente, manifiesta y evidente, lo que revela por sí mismo la injusticia y el plus de antijuridicidad, y pone de manifiesto en consecuencia que el Magistrado Sr. FERNANDO no aplicó la norma dirigida a la resolución del conflicto, sino que hizo efectiva su voluntad para beneficiar al querellado.

Alegó el acusado como razón para justificar el sobreseimiento de aquella causa que, habiendo llegado a la convicción de que el contrato de compraventa aportado por la parte querellante con la querella se había construido artificialmente para sostener la misma, consideró que la prueba pericial caligráfica abriría un proceso por falsedad, y que actualmente la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la doctrina del Tribunal Constitucional impiden al acusado

convertirse en acusador en el mismo procedimiento. Este argumento es disparatado, porque lleva a un resultado absurdo, cual es archivar un asunto porque en el desarrollo del mismo se haya revelado la comisión de otro delito entre las mismas partes, cuando lo procedente es continuar la investigación de los hechos impositivos alegados por la parte querellada, sin perjuicio de libar testimonio para iniciar las diligencias que procedan en orden a la persecución de ese otro delito; de ahí el reproche que se hace al Magistrado acusado: no que no librase testimonio sin más, sino que no lo hiciese para abrir una nueva causa por el otro presunto delito, y archivase la causa en el que este se había revelado, resultando por tanto irrelevante el discurso sobre a quién corresponde librar testimonio.

Por otra parte, no solo era importante determinar qué contrato de compraventa era el celebrado realmente por las partes, también lo era la información que el Banco Pastor hubiera ofrecido al cumplimentar el requerimiento judicial correspondiente, en orden a la prueba de los hechos obstativos alegados por el querellado, porque todo ello hubiera venido a confirmar o no la existencia de un contrato de compraventa de un inmueble entre querellante y querellado y la constitución de una hipoteca sobre dicho bien inmueble por el vendedor, ante los que el Magistrado, de manera que sin tales datos, sin practicar otra diligencia que la declaración del querellado y no podía archivar la querella sin practicar otra diligencia que la declaración del querellado, a lo que debe añadirse la mínima fuerza probatoria que tenía el resto de la documentación aportada a las actuaciones en orden a detectar indicios que en su momento pudieran constar la comisión del delito de estafa denunciado, constituye un ejercicio arbitrario e injusto de la libre valoración de la prueba y por tanto de la resolución adoptada.

3. Concorre también el elemento subjetivo ("a sabiendas") que exige la prevaricación dolosa, porque el Magistrado acusado, al acordar el sobreseimiento y archivo de las Diligencias Previas 1186/14, seguidas por un delito de estafa, con la sola declaración del investigado (sin esperar el resultado de la prueba documental requerida al Banco Pastor y sin acordar prueba pericial caligráfica que determinase cuál de los contratos de compraventa aportados por las partes era válido) y cuando concurrían indicios de la comisión de dicho delito (en cuanto el querellado había reconocido la constitución de una hipoteca sobre un inmueble y los contratos de compraventa aportados mostraban que ya no tenía capacidad de disposición sobre dicho bien al haberlo vendido al querellante) era consciente de estar dictando por su propia voluntad una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en Derecho; en primer lugar por su condición de Magistrado con dilatada experiencia, por lo que su vasto conocimiento del Derecho material y de la técnica procesal le hacía sabedor de que un sobreseimiento en las condiciones y en el contexto

relatado era una decisión sin sustento en la Ley o en cualquier interpretación que de la misma pueda realizarse. Y porque sabía que ello era así, intentó que el entonces querellante desistiese de la querella, advirtiéndole de que si no lo hacía se vería obligado a iniciar un procedimiento penal contra su cliente por falsedad documental, hecho este plenamente probado mediante la declaración como testigo del Letrado, Sr. G.M.

Ninguno de los motivos expuestos por el acusado para justificar aquel Auto de sobreseimiento puede ser admitido porque, como se sabe, el móvil no forma parte del tipo delictivo, de manera que si el acusado dictó una resolución injusta a sabiendas, cometió delito de prevaricación judicial con independencia de los motivos que le llevaran a actuar de tal modo. Por tanto, resulta irrelevante tanto la supuesta pendencia existente en el Juzgado cuando el Magistrado se hizo cargo del mismo (respecto de lo que en todo caso no existe prueba) como la alegada imposibilidad de continuar las diligencias previas al haberse revelado en su desarrollo otro presunto delito, por las razones antes expuestas; así mismo resulta intrascendente la alegada experiencia del acusado fruto del desempeño de su puesto anterior en un Juzgado de lo Mercantil.

Capítulo aparte merece la presunta relación de amistad entre el Magistrado acusado y el Sr. V.H. La defensa se ocupó extensamente de la cuestión por lo que, pese a no constituir elemento del tipo, daremos cumplida respuesta tanto al argumento esgrimido (en el sentido que condiciona la comisión del delito a la inexistencia de amistad entre los citados) como a las razones por la que mantiene la falta de prueba de la amistad. Pero antes, dado que este dato fáctico deriva de la prueba testifical, debemos resolver, dadas las consecuencias que podría producir sobre las presentes actuaciones, la alegación efectuada por la defensa en el acto del juicio sobre la ilegalidad de dicha prueba, derivada -alegó- del desconocimiento de la forma de adquisición de la misma por el Ministerio Público, dejando entrever que los testigos fueron "buscados" a propósito por la Fiscalía de Talavera de la Reina, y más concretamente por el Fiscal Sr. de la Cruz Andrade.

La tesis de la defensa carece de sustento fáctico y jurídico suficiente para poder prosperar. Desde el punto de vista jurídico, la Sala hace ver, en primer lugar, que esta cuestión es alegada por primera vez en el Plenario, habiendo tenido oportunidad la defensa de hacerla valer en momentos procesales anteriores en los que hubiera sido pertinente. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, el acusado no solo ha tenido oportunidad a lo largo del proceso de efectuar la denuncia de la presunta irregularidad o vulneración de normas o garantías del procedimiento, sino que y en todo caso, ha podido intervenir en el desarrollo de la prueba testifical practicada en la instrucción y



fundamentalmente en el juicio oral, por lo que resulta meridianamente claro que no ha sufrido indefensión material; ni se alega ni explica por la defensa de qué manera ha afectado a su derecho el desconocimiento del modo de acceso de los testigos a la causa. En tercer lugar, ha de hacerse ver que las Diligencias preliminares de investigación y comprobación de los hechos, con carácter previo a la interposición de la correspondiente denuncia o querrela, o judicialización del asunto, están previstas en el artículo 5º, apartado 2, redactado por el número cuatro del artículo único de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, como actuaciones pre procesales, es decir como diligencias preparatorias del ejercicio de la acción penal, que una vez incorporadas a la causa gozan de presunción *iuris tantum* de autenticidad, que en todo caso, deben ser sometidas a la contradicción característica del Plenario, como así ha ocurrido en el presente supuesto, y a cuyo resultado deberá limitarse la valoración por el Tribunal, como así ha sido igualmente, pues la Sala únicamente ha valorado lo declarado por los testigos en el acto de juicio oral, y ha desechado expresamente afirmaciones de éstos procedentes de la declaración prestada en las Diligencias de Investigación de la Fiscalía o en la fase de instrucción, como en concreto nos remitimos a la desestimación de la referencia que hizo el Ministerio Fiscal a lo declarado por un testigo en la fase de instrucción.

Y desde el punto de vista fáctico, resulta claro que las dudas de la defensa sobre el modo de acceso de los testigos a las Diligencias de Investigación de la Fiscalía han quedado suficientemente descartadas por las respuestas dadas por los testigos a las preguntas efectuadas por la defensa. Todos los testigos que declararon en el acto de juicio respondieron a las preguntas de la defensa que fueron citados por el Juzgado (o por este Tribunal), en cualquier caso, un órgano judicial, nunca a petición del Fiscal Sr. de la Cruz Andrade, por todo lo cual a juicio de la Sala, la prueba testifical practicada accedió al procedimiento de forma absolutamente legal y sin vulneración de derechos fundamentales.

5. Desechada pues la duda sobre la legalidad de la prueba testifical, se está en disposición de explicar las razones por las que hemos llegado a la convicción de la existencia de amistad entre el Magistrado acusado y el querrellado Sr. V.H. Una vez oída la declaración de los testigos practicada en el acto de juicio oral, la Sala ha llegado a esa convicción, fundamentalmente por la contundente declaración de R.E.R. que manifestó haber visto al Sr. FERNANDO en numerosas ocasiones con el Sr. V.H. en comidas organizadas en la finca de este desde el primer verano del año que el Magistrado llegó a Talavera; tomando café, declara el Sr. G.M.; comiendo, charlando o tomando copas, incluso por la tarde, en el bar "El Birrete", manifiesta el dueño de dicho local, M.G., que también manifiesta



conocer que el Sr. FERNANDO y el Sr. V.H. viajaron a Marbella un fin de semana, y asistieron a una corrida de Toros, y que existía relación entre los hijos de uno y otro cuando los del Sr. FERNANDO venían a Talavera; y en fin, que los ha visto juntos en varias ocasiones (3 ó 4) en junio 2015, declaró A.R.U.

Para este órgano judicial resulta claro que entre el Magistrado FERNANDO y el Sr. V.H. existía amistad, resultando irrelevante el grado de intensidad de la misma, pues resulta absolutamente racional y lógico que recién llegado a Talavera, solo, sin su familia, en una situación profesional de cierta inquietud, el acusado procurase relaciones sociales y que estas fueran entre profesionales del Derecho, sin tener por qué ser en ese primer momento de amistad íntima. Y no es irracional deducir que una simple amistad entre ellos, y el interés de que su amigo el Sr. V.H. no se viera envuelto en un procedimiento por querella, fuera el móvil que condujo al Magistrado FERNANDO a acordar el archivo de la misma. Pero, insistimos, el móvil no forma parte del tipo, por lo que con independencia de cuál fuera la causa por la que el acusado adoptó el acuerdo de archivar, este cometió delito de prevaricación una vez que ha quedado probada el carácter injusto del acuerdo de sobreseimiento y archivo adoptado el día 26 de marzo de 2014 y documentado el 18 de agosto de 2015, a sabiendas de su injusticia. Aun así, de la existencia o no de amistad entre el acusado y el querellado, en las D.P 1186/14, se alegó por la defensa que si el magistrado hubiera querido beneficiar a este habría podido inadmitir la querella, no haberlo llamado a declarar, haber dictado sobreseimiento libre, etc. Tales alegaciones en realidad afectan no tanto al elemento subjetivo del tipo, como al carácter injusto de la resolución; y en todo caso, no excusan en absoluto el comportamiento del acusado, porque si el Magistrado FERNANDO hubiera actuado de tal modo, la injusticia de la resolución hubiera sido palmariamente prevaricadora, por esperpéntica y grosera. Por el contrario, una resolución de sobreseimiento motivada mediante lo que la jurisprudencia denomina como "argumentos encubridores del carácter antijurídico del acto" (STSJ Madrid 18/2014 de 6 de octubre), es decir, sustentada sobre argumentos dirigidos a dar apariencia de que se motiva la decisión, cuando en realidad, esta se adopta por puro voluntarismo al margen del Derecho, resulta aparentemente legal, siendo necesario realizar esfuerzo probatorio e intelectual más complejo para descubrir la realidad subyacente, y comprobar que una vez desvirtuada la apariencia de legalidad se revela la arbitrariedad de la decisión.

Probada la existencia de amistad entre el acusado y el querellado, decae por sí solo el argumento de la defensa, mediante el que amparándose en una particular interpretación de la acusación del Ministerio Fiscal, condicionaba la existencia de resolución injusta a la existencia de amistad

entre estos, porque del contenido del escrito de acusación no se infiere en absoluto la interpretación que del mismo hace la parte acusada. Independientemente de la atención o la trascendencia que el Ministerio Público otorgue a la lo que deja bien claro es que acusa al Magistrado por dictar una resolución que califica de injusta y que lo hizo a sabiendas de su injusticia.

6. Se vertieron por el acusado otros argumentos cuyo contenido -en síntesis- venía a proclamar la exigencia de nuevos elementos fácticos para tener por cometido el delito de prevaricación judicial.

En este sentido, la representación letrada del acusado reiteró en el acto de juicio oral lo que denominó - y había alegado ya en anteriores momentos procesales- "ausencia de un resultado materialmente injusto" o "teoría de la inocuidad" en el delito de prevaricación, con invocación de las mismas resoluciones judiciales, pretendiendo hacer recaer sobre el hecho de no haber acordado prueba pericial caligráfica todo el peso de la calificación de la resolución como injusta, de manera que al no haberse practicado todavía dicha prueba, concluye que no ha quedado acreditado perjuicio alguno para el querellante.

Como contestación a esta alegación debemos reiterar la respuesta dada por la Sala en el Auto de 24 de marzo de 2017 desestimatorio del recurso de apelación interpuesto contra el Auto de transformación en Procedimiento Abreviado, en el sentido de que la injusticia de la resolución presuntamente prevaricadora se extiende más allá de haber resuelto faltando la pericial caligráfica, porque era indispensable esperar el resultado de otras pruebas acordadas; pero además, porque no se trata de determinar si el referido documento es o no el auténtico, sino si el querellado tenía base indiciaria bastante para sostener tal cosa y resolver. A lo que añadimos que el criterio judicial que se sostiene en el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 20 de octubre de 2015 (aportado por la defensa) no constituye jurisprudencia (art. 1.6 CC), como tampoco lo es un solo pronunciamiento del Tribunal Supremo (STS 485/16) que, además y fundamentalmente no resulta aplicable al presente supuesto al venir referida la reflexión sobre la inocuidad del resultando, a un delito de tráfico de influencias, resultando improcedente su aplicación a un delito de prevaricación. Y en todo caso, no puede negarse tan rotundamente la inexistencia de perjuicio para la parte querellante, pues cuanto menos, el Auto de sobreseimiento y archivo dictado por el Magistrado acusado, obligó a dicha parte a interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.

También se invocó por la defensa la Sentencia del TC 172/16, según la cual es necesario el concierto previo de voluntades para que exista delito de prevaricación. No lleva

razón el acusado, porque la sentencia del Tribunal Constitucional que invoca no está creando un nuevo elemento de este tipo penal (la existencia de ardid o concierto previo de voluntades), no solo porque este Tribunal carece del poder de legislar, sino porque si en el argumento del Tribunal Constitucional se desliza ese dato fáctico es para justificar la racionalidad y ausencia de indefensión por haber modificado la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (S. n° 5/2011 de 13 de octubre) el título de condena por imprudencia grave o ignorancia inexcusable, en vez de por prevaricación dolosa, cuestión esta que no se plantea en el supuesto que nos ocupa.

7.- Por todas las razones expuestas, a juicio de la Sala, concurre y ha quedado probado el elemento objetivo del tipo, porque el Magistrado querellado, en el marco de unas diligencias previas (DP 1186/13) iniciadas mediante querrela por estafa (en la querrela se relataba -en síntesis- que, tras la compra en documento privado por parte del Sr. D.J. de un local y un anejo al mismo al Sr. V.H., quien era administrador de la mercantil Hervaor SL, este último, con posterioridad, aprovechando que aún constaba como titular registral de la finca en cuestión, concertó con el Banco Pastor un préstamo hipotecario sobre la finca, el cual fue novado dos veces), que había admitido a trámite y acordado la práctica de todas las diligencias interesadas por el querellante, tras tomar declaración al Sr. V.H. como investigado (en la que negó la firma del contrato de compraventa aportado con la querrela, justificó la constitución de la hipoteca en el previo acuerdo con el comprador para que este pudiera financiar el precio de la compra, y aportó otro contrato de compraventa entre las mismas partes sobre el mismo inmueble), dictó un Auto oral de sobreseimiento provisional que documentó diecisiete meses después.

**CUARTO.-** Del delito de prevaricación ya definido es responsable criminalmente en concepto de autor directo D. Fernando P.C., de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 del Código Penal que dice "son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento". No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

**QUINTO.-** Para fijar la cuantía de la pena la Sala atiende a la ausencia de circunstancias modificativas, o de alguna que conduzca la imposición de una pena mayor. Por un lado procede imponer la pena de multa con una duración de 12 meses y una cuota diaria, que, teniendo en cuenta las circunstancias del artículo 50.5 del código penal (es decir "exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo") se fija en 10 € día, a la vista de la previsible disminución de los ingresos del reo como consecuencia de la pena de inhabilitación especial que

procede imponer. Por otro lado hay que imponer la pena de inhabilitación especial, por tiempo de 10 años que (teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 42 del Código Penal, en la redacción que le dio la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que dice "La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación"), le inhabilitará para el cargo de Juez o Magistrado, le producirá la pérdida definitiva del cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, así como con la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial o con funciones jurisdiccionales fuera del mismo.

**SEXTO.-** De conformidad con lo previsto en el art 240 2º y 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas procesales se imponen al condenado, habida cuenta que la acusación ha prosperado.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y especial aplicación

#### **FALLAMOS**

Que debemos **condenar y condenamos** al Ilustrísimo señor don Fernando P.C. como responsable criminalmente en

concepto de autor de un delito de prevaricación del artículo 446. 3º del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad; a la pena de multa con una duración de 12 meses y una cuota diaria de diez euros por día, con un día de privación de libertad por cada dos cuotas no pagadas, inhabilitación especial por tiempo de 10 años, para el cargo de Juez o Magistrado, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, así como con la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial o con funciones jurisdiccionales fuera del mismo, y al pago de las costas.

Notifíquese esta resolución indicando que contra la misma cabe recurso de casación para ante la sala segunda del Tribunal Supremo, preparándose ante esta sala dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.