



Roj: **ATSJ M 260/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:260A**

Id Cendoj: **28079310012019200059**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/09/2019**

Nº de Recurso: **189/2019**

Nº de Resolución: **91/2019**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **JESUS MARIA SANTOS VIJANDE**

Tipo de Resolución: **Auto**

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

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31053850

NIG: 28.079.00.1-2019/0082116

Procedimiento Diligencias previas 189/2019.

Materia: Presuntos delitos de prevaricación, coacciones y de retardo malicioso en la Administración de Justicia.

QUERELLANTE: D. Eulalio .

Procuradora: D^a. María Esmeralda González García del Río.

QUERELLADA: D^a. Rafaela (Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº NUM000 de DIRECCION000).

A U T O N° 91/2019

EXCMO. SR. PRESIDENTE:

D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO

D. JESÚS MARÍA SANTOS VIJANDE

En Madrid, a 24 de septiembre del dos mil diecinueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 31 de mayo de 2019 tiene entrada en el registro general de este Tribunal -presentado vía lexnet el día 30- la querella interpuesta por la Procuradora D^a. María Esmeralda González García del Río, en nombre y representación de D. Eulalio , contra D^a. Rafaela (Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº NUM000 de DIRECCION000), a quien imputa la comisión de presuntos delitos de prevaricación dolosa (art. 446 CP) -o subsidiariamente, culposa, ex art. 447 CP-, coacciones (art. 172 CP) -o subsidiariamente amenazas del art. 169 CP- y retardo malicioso en la Administración de Justicia (art. 449 CP) por su actuación en distintos procesos seguidos ante ella derivados del Divorcio contencioso 406/2005; en particular, se centra el querellante en la adopción de dos Autos de 12 y 15 de noviembre de 2018, recaídos respectivamente en el Procedimiento de Ejecución Forzosa 368/2015 -Pieza de liquidación de daños y perjuicios- y en el de Modificación de Medidas 334/2015.



SEGUNDO.- Conferido traslado al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y admisibilidad (Diligencia 03.06.2019), emite dictamen en escrito de fecha 26 de junio de 2019, entendiendo que esta Sala es competente para el enjuiciamiento de la querella conforme a lo dispuesto en el art. 73.3.b) LOPJ, al tiempo que interesa su no admisión a trámite por motivos de fondo, ex art. 313 LECrim, habida cuenta de que los hechos denunciados no revisten caracteres de delito, ya que el denunciante no acredita en modo alguno, ni siquiera de forma indiciaria, la comisión de los diferentes delitos que imputa a la Magistrada querellada. Enfatiza el Ministerio Público que ya ha sido inadmitida a trámite por esta Sala -Auto 1/2018, de 6 de marzo- una querella formulada por el Sr. Eulalio contra la aquí querellada, en gran parte sobre hechos coincidentes con los que son objeto de la presente, que dio lugar a las Diligencias Previas de esta Sala 25/2018. Interesa la expresa imposición de costas por temeridad manifiesta.

TERCERO.- Se señala para deliberación el día 24 de septiembre de 2019, fecha en que tuvo lugar el inicio de la misma (Diligencia de 27/06/2019).

Ha sido Ponente (Diligencia 03.06.2019) y expresa el parecer unánime de la Sala el ILMO. SR. D. JESÚS MARÍA SANTOS VIJANDE.

A los anteriores hechos les son de aplicación los siguientes

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala es competente para conocer de la presente causa en cuanto se atribuyen supuestos comportamientos delictivos a una Magistrada en el desempeño de sus funciones y en la demarcación de este Tribunal [art. 73.3.b) LOPJ], no siendo competencia de la Sala Segunda.

SEGUNDO.- La querella contiene una continua referencia a la disputa que sobre el régimen de visitas del hijo menor, Luis Alberto ., ha venido aconteciendo desde el proceso de separación contenciosa, iniciado en 2004, entre el querellante y su entonces esposa D^a. Inocencia . La querella formula una serie de imputaciones generales contra la Magistrada, que se traducen, en síntesis, en que no habría indagado los motivos por los que reiteradamente la madre no cumplía el régimen de visitas en cada momento establecido bien denegando pruebas, bien dilatando procedimientos, bien impartiendo órdenes directas al equipo psicosocial para que las conclusiones del informe fueran las que interesaban a la Juzgadora...

Sin embargo, cuando llega la hora de concretar cuáles sean esas actuaciones prevaricadoras, la querella menciona 3 resoluciones -la tercera de ellas de un modo tangencial, págs. 5, 6 y 22 de la querella:

1ª) El Auto de 15.11.2018 -recaído en el Procedimiento de Modificación de Medidas contencioso 334/2015-, acordando no derivar al núcleo familiar al Coordinador Parental -obrante a los **ff. 702-705, doc. 3.1** .

2ª) El Auto de 12.11.2018 -dictado en la Pieza de Liquidación de Daños y Perjuicios 368/2015-, declarando " *no haber lugar a la ejecución forzosa del régimen de visitas establecido en su día a favor del progenitor, sin perjuicio de los acuerdos que al respecto puedan alcanzar padre e hijo*" -obrante a los **ff. 698-700, doc. 3.1; ff. 484-487, doc. 4.1; y ff. 1112.1115, doc. 3.2** .

3ª) El Auto de 11.12.2015 -dictado en la Pieza de Liquidación de Daños y Perjuicios 368/2015-, por el que la querellada imponía una multa coercitiva a la madre del menor ante sus reiterados incumplimientos del régimen de visitas; sanciones que, a juicio del querellante, debió reiterar la Magistrada.

Se queja de que la suspensión del régimen de visitas (Auto 12.11.2018) solo se fundamenta en la edad del menor -cumplía 16 años el 18.12.2018- y en sus manifestaciones diciendo no desear ver a su padre. Sin embargo, debió investigarse previamente si el menor estaba o no inducido por la madre, al tiempo que tal decisión contravendría el art. 155 CC, el interés del propio niño, e ignoraría que no se puede " *denegar el contacto con el padre*" si no consta que éste es incapaz de ejercer sus deberes -lo que no es el caso-, debiendo evitarse la desvinculación del menor con el progenitor no custodio...

Acto seguido, la querella -apartado segundo- contiene una serie de alegatos exponiendo circunstancias esencialmente referidas a conductas reprobables que atribuye a la madre -v.gr., mentiras y presuntas manipulaciones sobre el menor- y que la querellada hubo de conocer hasta el dictado de su Auto imponiendo la multa coercitiva: insiste entonces en que "desde ese momento hasta que tres años después deniega la ejecución y archiva las actuaciones -la querellada- no hace absolutamente nada, más que dilatar y resolver contradictoriamente". Enfatiza en este punto cómo la Sentencia 291/2018, de 19 de octubre, del Juzgado de Primera Instancia nº 98 de Madrid condenó a la madre del menor a indemnizar al padre en la cantidad de 1.000 euros, " *por contribuir de modo importante a impedir el ejercicio de un derecho que tienen el padre y el hijo a relacionarse*"...



En su alegación tercera se refiere la querrela a pruebas no admitidas o, en su caso, obviadas por la querellada: la declaración notarial e intervención testifical de Olga, hija del primer matrimonio de la exmujer del querellante; vídeos a la salida del colegio; remisión de información parcial y sesgada a la clínica médico forense -no decir que el análisis era psiquiátrico y de toda la familia-, y remisión de un informe, que se dice adulterado, del equipo psicosocial adscrito al Juzgado nº NUM000, hecho por D^a. Rosa. Abunda en los alegatos 4º y 5º sobre cómo el equipo psicosocial del Juzgado recibía órdenes directas de la querellada...

En su alegación sexta, de un modo por demás genérico -puesto que ni siquiera identifica las resoluciones concernidas-, se queja de que la querellada haya contravenido la decisión de la Audiencia de que las visitas tuviesen lugar en un "punto de encuentro".

Por último -alegato 7º-, en relación con el procedimiento incidental nº 406/2015, denuncia la querrela el intento de no celebrar una vista, que finalmente sí se celebró, al tiempo que menciona una Diligencia de Ordenación y un Decreto.

TERCERO.- El análisis de la admisibilidad de esta querrela, a la vista del *factum* de la misma, se hará desde las siguientes premisas jurídicas, reiteradamente afirmadas en supuestos de esta naturaleza ¿pudiéndose citar los Autos de esta Sala núms. 15/2013 y 16/2013, de 14 de enero de 2.013 (recurso 26/2.012), y de 1 de octubre de 2.012 (recurso nº 16/2012), entre otros?, a saber: es doctrina jurisprudencial constante la que postula que sólo si los hechos relatados en la querrela presentan inicialmente caracteres delictivos puede iniciarse un procedimiento penal. Como recuerda el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009, con cita del Auto de la misma Sala de 11 de noviembre de 2000, "la presentación de una querrela no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal. Para ello es precisa una inicial valoración jurídica de la misma, estableciendo en tal sentido el art. 312 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que la querrela deberá admitirse si fuere procedente, y disponiendo el art. 313 que habrá de desestimarse cuando los hechos en que se funde no constituyan delito. Valoración inicial -añade esta resolución de la Sala- que debe hacerse en función de los términos de la querrela, de manera que si éstos, como vienen formulados o afirmados, no son delictivos, procederá su inadmisión en resolución motivada. Sólo si los hechos alegados, en su concreta formulación, llenan las exigencias de algún tipo penal debe admitirse la querrela sin perjuicio de las decisiones que posteriormente procedan en función de las diligencias practicadas en el procedimiento".

Este es el criterio reiteradamente expuesto por el Tribunal Constitucional (STC 138/1997, de 22 de julio) cuando declara que debe distinguirse entre aquellos supuestos en los que la resolución judicial no excluya "ab initio" en los hechos denunciados las notas características de lo delictivo, y aquellos otros en que sí las excluya. En el primer caso existe un "*ius ut procedatur*" conforme al cual deben practicarse las actuaciones necesarias de investigación. No así, por el contrario, en aquellos casos en los que el órgano judicial entiende razonadamente que la conducta o los hechos imputados, suficientemente descritos en la querrela, carecen de ilicitud penal. Como proclama jurisprudencia conteste, "el ejercicio de la acción penal no comporta en el marco del art. 24.1 CE un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino sólo a obtener un pronunciamiento motivado del Juez en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando las razones por las que inadmite su tramitación, o acuerda el sobreseimiento o archivo de las actuaciones. De modo que las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva se verán satisfechas por la resolución de inadmisión si se fundamenta de forma razonable en la exclusión ab initio del carácter delictivo de los hechos imputados..." (v.gr., asimismo, SSTCC 106/2011, de 20 de junio, FJ 2, y 34/2008, de 25 de febrero, FJ 2).

En palabras del **ATS de 11 de diciembre de 2015**, que recapitulan la precedente doctrina (ROJ ATS 10518/2015, FJ 2):

"Conforme señala, entre otros, el auto de esta Sala de 18 de junio de 2012, el artículo 313 de la LECRIM ordena al Juez de Instrucción rechazar la querrela cuando no sea competente o cuando los hechos no sean constitutivos de delito.

Ha de considerarse que los hechos no son constitutivos de delito en aquellos casos en que:

a) Los hechos contenidos en el relato fáctico de la querrela, tal y como esta viene redactada, no sean susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente. En estos casos, carece de justificación alguna la apertura de un proceso penal para comprobar unos hechos que, de ser acreditados, en ningún modo serían constitutivos de delito.

b) Cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querrela, no se ofrezca en ésta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, limitándose el querellante a afirmar su existencia, sin ningún apoyo objetivo atinente a los propios hechos. En este segundo supuesto, una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común conduce a sostener que no se



justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos meramente sospechosos, por si los mismos pudiesen ser constitutivos de delito, es decir, una investigación prospectiva, sin aportar un indicio objetivo de su realidad de conocimiento propio del querellante. De lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia. En realidad, se trata de aplicar el mismo principio que es exigible cuando se trata de restringir los derechos fundamentales del artículo 18 C.E , en este caso los derechos a la libertad personal y a la seguridad del artículo 17.1 del texto Constitucional.

De modo que la presentación de una querrela no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal, sino que precisa una inicial valoración jurídica de la misma, de conformidad con las consideraciones expuestas, que puede conducir a su inadmisión a trámite sin más. Y tal inadmisión no vulnera la tutela judicial efectiva del querellante en su vertiente de acceso a la jurisdicción, dado que es doctrina constitucional reiterada la que señala que el ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación (STC núm. 31/1996, de 27 de febrero , que se hace eco de las SSTC núm.111/1995, de 4 de julio ; 157/1990, de 18 de octubre ; 148/1987, de 28 de septiembre ; y 108/1983, de 29 de noviembre)".-

En idénticos términos, el FJ 3 del **ATS de 11 de julio de 2016** -roj ATS 7305/2016) y, más recientemente el **ATS de 15 de junio de 2017** -FJ 3º, roj ATS 6349/2017) y, con cita del **ATS de 24 de marzo de 2017** (causa especial núm. 20074/2017), entre otros muchos-, el FJ 2º del **ATS de 12 de diciembre de 2018** -roj ATS 13746/2018 .

Se ha de tener en cuenta, finalmente, que la Sala Segunda ha venido exigiendo que, " junto con la posibilidad de considerar delictivos los hechos descritos en la querrela, el querellante aporte un principio de prueba que permita considerar verosímil la afirmación de su existencia y de la participación del querrellado en ellos" (**AATS de 11 de febrero de 2015** -FJ 3-, ROJ ATS 879/2015 ; **7 de enero de 2015** -FJ 2-, ROJ ATS 134/2015 ; y FJ 3º **15 de junio de 2017** -ROJ ATS 6349/2017).

Más concretamente, la Sala Segunda -y este mismo Tribunal en su seguimiento- ha expresado con reiteración que, " dado el carácter excepcional de las normas que atribuyen competencia en virtud de aforamiento, en la medida en que encierran una derogación singular de las reglas ordinarias de competencia objetiva y funcional, es importante que, cuando se imputen actuaciones criminales a un grupo de personas y alguna de ellas tenga la condición de aforada, se individualice de forma precisa la acción concreta que respecto de ese aforado pudiera ser constitutiva de delito , expresando los indicios incriminatorios que pudieran servir de apoyo a tal imputación " (cfr. AATS dictados en las causas especiales núm. 4120/1997, de 27 enero 1998 ; 20179/2008, de 6 de abril 2010 ; 37/2002, de 6 septiembre 2002 ; 2400/1999, de 2 enero 2000 , 20250/13, de 4/7/13 , entre otros muchos) " [FJ 2º ATS, 2ª, de 18 de febrero de 2015 -ROJ ATS 1164/2015-; cfr., asimismo, ATS, 2ª, de 5 de mayo de 2015 -ROJ ATS 2861/2015-, recaídos, respectivamente, en las causas especiales núms. 20.439 y 20.268] .

En palabras del citado ATS 5/5/2015 (FJ 2): " no basta, por tanto, con la constatación puramente nominal de que un determinado hecho delictivo ha sido atribuido a un aforado. En el mismo sentido, entre muchos, **ATS de 8 de febrero de 2018** -roj ATS 3676/2018 .

CUARTO.- El análisis del *factum* de la querrela, en anuencia con lo expresado en el precedente fundamento de esta resolución, ha de tener presentes "las notas características de lo delictivo" y, en concreto, de los delitos que se imputan al querrellado.

1. Con respecto, en primer lugar, a la " *prevaricación judicial* ", imputada en su tipicidad dolosa, para verificar si concurren o no, *ab initio*, indicios de su comisión, detalla con especial claridad los rasgos definitorios de esa modalidad delictiva, por todas, la **STS de 20 de diciembre de 2013** (ROJ STS 6196/2013), que literalmente proclama (FJ 1):

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

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



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

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

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

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

Doctrina refrendada, por todas, en la ***STS 228/2015, de 21 de abril*** (FJ 3)-ROJ STS 1516/2015 -, en el precitado ***ATS de 11.7.2016*** (FJ 4) y en el ***ATS de 10 de mayo de 2017*** (FJ 3º, ROJ ATS 4752/2017).

Postulados persistentes en la más reciente jurisprudencia, como reitera y compendia -no sin algún matiz de especial interés para el caso- la ***STS 585/2017, de 20 de julio*** - roj STS 2969/2017 -, cuyo FJ 3º dice:

Con respecto al delito de prevaricación judicial del artículo 446 del Código Penal , en el reproche que contiene al juez o magistrado que dicte -a sabiendas-, una sentencia o resolución injusta (sin exigir concierto o resultado ninguno), nuestra jurisprudencia recoge que el examen de la satisfacción de los elementos del tipo penal, ***debe realizarse sobre las concretas resoluciones judiciales, analizadas en sí mismas; recordando por ello que la prueba testifical, en estas causas, cede capacidad probatoria, pues el núcleo de la tipicidad es la resolución y esta se documentada*** (STS 228/2015, de 21 abril).

La jurisprudencia de esta Sala, desde su sentencia 2/99, de 15 de octubre , viene destacando también que el delito de prevaricación judicial es un delito de técnicos en derecho, y que, por ello, las adjetivaciones de que la desviación de la decisión respecto del derecho debe resultar "esperpéntica", "apreciable por cualquiera", u otras expresiones semejantes, resultarán oportunas para otros funcionarios públicos, pero no para los jueces, que tienen la máxima cualificación jurídica y no pueden ser tratados como el resto de colaboradores de la Administración; previniendo incluso del subterfugio de acompañar la decisión, que se sabe injusta, de argumentos encubridores del carácter antijurídico del acto.

Hemos indicado además que la injusticia de la resolución no debe ser contemplada desde un plano subjetivo, esto es, que requiera que el juez aplique el Derecho o dirija el procedimiento conscientemente en contra de su convicción respecto del Derecho aplicable (STS 102/2009 de 3 de febrero), sino objetiva. Debe tratarse de una resolución injusta, lo que exige la aplicación del Derecho sustantivo o procesal de forma que no resulta objetivamente sostenible. En todo caso, destacado que la falta de acierto en la legalidad no es equivalente a injusticia. 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, pero la injusticia supone un plus, esto es, una acción a sabiendas de la arbitrariedad de la decisión judicial adoptada (STS 101/2012, de 27 de febrero).



En todo caso, hemos matizado la imprecisión que en esa objetivización pueden introducir algunas normas inconcretas del ordenamiento jurídico, desde la que se ha denominado teoría de los deberes; es decir, cuando se contempla el ejercicio de facultades discrecionales del juez, la decisión prevaricadora surge si el juzgador sobrepasa el contenido de su autorización y decide desde consideraciones ajenas a la Ley, o apartándose del método de interpretación y valoración previsto en el ordenamiento o que resulta usual en la práctica jurídica. La sentencia 101/2012, de 27 de febrero, compendia nuestra jurisprudencia sobre la cuestión en los siguientes términos: "En la interpretación de la injusticia de la resolución esta Sala ha acudido a una formulación objetiva de manera que, como dijimos en la STS 755/2007, de 25 de septiembre, puede decirse que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 de septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero)". Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que el sujeto activo del delito no aplica la norma dirigida a la resolución del conflicto, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, concretado en la expresión típica "a sabiendas", nuestra jurisprudencia proclama la exigencia de que el sujeto activo tenga conciencia del total apartamiento de la legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, lo que debe ser evaluado desde la consideración de que el Juez es técnico en derecho y un profundo conocedor del ordenamiento jurídico".

En los mismos términos el FJ 6º.2 de la más reciente **STS 554/2018, de 14 de noviembre** (roj STS 3828/2018).

También es especialmente significativa la síntesis que expresa el FJ 3º del **ATS de 15 de noviembre de 2017** -Causa Especial nº 20751/2017, roj ATS 11058-:

El delito de prevaricación judicial, que el querellante considera que ha sido cometido por los Magistrados ... (v. art. 446 C. Penal) castiga una serie de conductas que afectan a lo que pudiéramos considerar el núcleo central de la función jurisdiccional, "stricto sensu", es decir la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 C.E.). Se trata de unos delitos especiales, de los que -por consiguiente- sólo pueden ser autores los Jueces o Magistrados, y en los que la conducta típica consiste en dictar una sentencia o resolución injusta. El núcleo de la acción típica lo constituye, pues, la injusticia de la correspondiente resolución judicial; injusticia que habrá de examinarse únicamente desde la perspectiva de la legalidad, por su apartamiento del ordenamiento jurídico; por constituir, en suma, lo que se ha venido a denominar un torcimiento del Derecho. La injusticia de la resolución judicial supone, en definitiva, una evidente contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico, y, por ello, solamente podrá apreciarse cuando el criterio adoptado por el Juez o Tribunal sea abiertamente contrario a cualquiera de las posibles interpretaciones usuales y admisibles en Derecho (v. SS. T.S. de 11 de diciembre de 2001, 26 de febrero de 2002, 23 de marzo de 2009 y de 23 de marzo de 2012).

En cualquier caso, para la existencia de estos delitos, no basta una mera ilegalidad, producto normalmente de una interpretación errónea, equivocada o discutible de la norma jurídica; pues, como ha dicho reiteradamente este Tribunal, para ello es necesario que la ilegalidad sea tan evidente que revele por sí misma la injusticia, el abuso y el plus de antijuridicidad de la decisión judicial (v. SS. T.S. de 23 de noviembre de 1993, 27 de mayo de 1994 y 27 de enero de 1998). Los diferentes delitos de prevaricación exigen, como elemento objetivo de la acción típica, la absoluta notoriedad de la injusticia. En suma, estos delitos suponen una aplicación arbitraria del derecho (art. 9.3 C.E.), es decir, que la norma jurídica haya sido aplicada tergiversando -de modo evidente su contenido, su significado y su sentido propios".

Aspecto objetivo del tipo, la notoriedad de la injusticia, que, insistimos tiene que ver con la lesión del Estado de Derecho al quebrantar la función judicial de decidir aplicando arbitrariamente el Derecho, no con la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes en el proceso (STS 2/1999, de 15 de noviembre).

A lo que hemos de añadir, desde la perspectiva que nos ocupa (conurrencia o no de indicios de prevaricación a la vista de los hechos narrados y de cómo se articula el factum de la querrela), la necesidad de considerar una jurisprudencia muy reiterada que señala que la *prevaricación basada en la infracción de reglas procesales tampoco se puede sustentar en la mera ilegalidad*; no basta con que la resolución sea inadmisibles en Derecho, sino que ha de tener suficiente entidad, como, por ejemplo, cuando se resuelve con una ostensible y manifiesta falta de competencia o cuando se incurre en la inobservancia de esenciales normas de procedimiento (SSTS 181/2012, de 15 de marzo; 2340/2001, de 10 de diciembre; 813/1998, de 12 de junio; 877/1998, de 14 de junio...). En el bien entendido que el defecto de forma que entraña una arbitrariedad prevaricadora ha de permitir observar, objetiva y subjetivamente, una torsión de las reglas procesales dirigida a hacer prevalecer la voluntad del querellado sobre la aplicación del Ordenamiento Jurídico, más allá del defecto procesal de que se trate. A



lo que se ha de añadir que el ámbito penal no es el escenario adecuado para sustituir o suplantar lo que es propio de alegación y decisión por la vía de las acciones ordinarias.

En concreto, respecto del deber de motivación -como exigencia procesal- la Sala Segunda recuerda, cierto es (ATS 14-4-2014, rec. casación 20073/14), que " *en las motivación de las resoluciones prevaricadoras predominan los argumentos encubridores del carácter antijurídico del acto*". Mas también hemos de tener presente que la absoluta falta de motivación -por oposición al caso de motivación encubridora de la antijuridicidad-, que sin duda aboca a una nulidad de pleno derecho, no es *per se* indiciaria de prevaricación sin otras circunstancias concurrentes, como el torcimiento del proceso debido, que permitan apreciar los atisbos de criminalidad. Una de esas circunstancias es la naturaleza de la decisión que se adopta: v.gr., es inexcusable el deber del instructor de motivar sus decisiones que entrañen una inmisión en los derechos fundamentales del investigado -v.gr., entre muchas, STC 173/2011, de 7 de noviembre, fj 2-, de modo que la inobservancia de tan ostensible deber de hacerlo puede ser calificada de irregularidad procesal verdaderamente esencial -por eso puede ser indiciaria de prevaricación.

Esto ha de cohonestarse con otro dato legal, a saber: que la falta absoluta y manifiesta de motivación de resoluciones judiciales esté tipificada como infracción disciplinaria por la LOPJ, cuyo art. 417.15 califica como infracción muy grave: "La absoluta y manifiesta falta de motivación de las resoluciones judiciales que la precisen, siempre que dicha falta haya sido apreciada en resolución judicial firme. Si la resolución inmotivada no fuese recurrible, será requisito para proceder la denuncia de quien fue parte en el procedimiento". Esta dicción dificulta sobremanera atribuir trascendencia penal a un déficit de motivación por ese solo hecho, y máxime, visto el tenor del art. 417.15 LOPJ. A lo que se ha de añadir que esta regulación legal también da idea de que el ámbito administrativo sancionador, y *a fortiori* el penal, no son los escenarios adecuados para sustituir o suplantar lo que es propio de alegación y decisión por la vía de las acciones ordinarias y, en este caso, a través del correspondiente incidente de nulidad, o eventualmente, de un recurso de amparo..

En este punto, tampoco cabe ignorar, en el ámbito penal en que nos movemos, una obviedad -así la califica la Sala Segunda del Tribunal Supremo-, que pone de manifiesto, por todas, el FJ 7 de la Sentencia de 27 de febrero de 2012 (ROJ STS 813/2012), cuando dice:

" *aunque sea obvio, hay que recordar que una interpretación contraria, o que disienta de la realizada por el Tribunal Supremo, no la convierte en arbitraria o, en su caso, prevaricadora, pues el sistema permite la disidencia, siempre que esté razonada*" (*idem* STS, 2ª, 8/2010, que cita).

2. En lo que toca a la modalidad imprudente del tipo penal, señala el FJ 2 de la precitada Sentencia de 20 de diciembre de 2013:

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

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

Por ello -recuerda la STS. 359/2002 de 26.2- el legislador ha decidido que cuando se trata de una prevaricación judicial por imprudencia grave no basta con que la resolución sea injusta, como sucede en la modalidad dolosa, sino que sea injusta con carácter manifiesto, lo que incide, más que en el elemento objetivo de la prevaricación, en el tipo subjetivo y particularmente en la necesidad de que el autor, con el conocimiento del contenido de la resolución, se haya representado - culpa con representación- la posibilidad de la realización del tipo, habiendo confiado *injustificadamente*, al mismo tiempo, en la adecuación a derecho de dicha resolución. La injusticia de la resolución no debe ofrecer ninguna duda y son, pues, los casos extremos de desatención de los deberes judiciales cuando aquella se haya dictado con vulneración u omisión de los procedimientos, requisitos legales o comprobaciones que impone la diligencia mínima exigible a todo juez, lo que ha querido resolver el legislador a través del art. 447 CP (AATS. 16.7.2008 y 13.10.2009). En consecuencia el delito del artículo 447 del Código Penal requiere que el autor haya obrado con culpa consciente o con representación, por cuanto la injusticia es manifiesta tiene necesariamente que haberla captado inmediatamente discutiéndose en la doctrina si la fórmula legal es capaz de acoger tanto los casos en los que el sujeto es consciente de su propia ignorancia o de la falta de cuidado, aceptando que la sentencia o la resolución puede ser injusta como consecuencia de



ello (dolo eventual) como aquellos en los que tal conciencia no existe lo que le permite creer temerariamente que la resolución es correcta.

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

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

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

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

Ahora bien la tarea judicial es susceptible de extralimitaciones y disfunciones. En primer lugar, **pueden existir disfunciones nacidas de la simple falibilidad humana, disfunciones propias del sistema, formado por personas que no son infalibles para las que el propio sistema prevé el régimen de recursos**. El error, en estos casos, es imputable al propio sistema jurídico en la medida que la aplicación errónea del Derecho proviene de la propia falibilidad humana para las que el ordenamiento previene el régimen de recursos. Incluso el ordenamiento internacional prevé como derecho del condenado un régimen de revisión por una instancia superior (art. 14.5 PIDC y P), y los ordenamientos procesales se estructuran en torno a la doble instancia para asegurar el acierto en la decisión del conflicto. En la prevaricación, sea del tipo que fuera -punible con dolo o culpable cuyo fundamento común es el hecho de "torcer el derecho", lo relevante es el abuso de la función judicial en la aplicación del Derecho, comprensivo de la resolución del conflicto y de la dirección de una causa jurídica (STS 102/2009 de 3.2)".

3. Por lo que concierne al retardo malicioso en la Administración de Justicia -también invocado por el querellante como modalidad prevaricadora-, sabido es que el delito previsto en el art. 449 CP exige, como elemento material de este ilícito penal, " *el retardo en proveer lo que el desempeño del deber y el acatamiento de la ley exigen* " (STS 2135/2002, de 20 de enero de 2003). En palabras del **ATS de 21 de abril de 2017**



-FJ 4º.3, roj ATS 582/2017 -, "este delito tiene lugar, hemos dicho, cuando se demora la obligada resolución judicial por una conducta, sea de forma meramente omisiva o consista en el cumplimiento de trámites inútiles o injustificados desde la perspectiva legal, de manera incompatible con el Estado de Derecho y la tutela judicial efectiva y, además, ello se haga de manera que se persiga una finalidad ilegítima".

Ahora bien; el delito del artículo 449 requiere, además, de un elemento subjetivo, expresado en el término "malicioso" añadido al retardo, del que el legislador efectúa una interpretación auténtica cuando dice que se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Segunda no permite identificar, sin más, la finalidad ilegítima con el mero hecho de que puedan haber tenido lugar dilaciones indebidas. En este sentido, por ejemplo, el **ATS 24.10.2013** (ROJ ATS 10360/2013), cuando dice (FJ 4): "la mención del retardo malicioso tampoco puede ser aceptada en la medida que una cosa es el lapso de tiempo transcurrido desde que se incoan las diligencias hasta que se dicta el auto de apertura del juicio oral, aun cuando pudiesen concurrir dilaciones indebidas, y otra distinta que se haya realizado la conducta descrita en el tipo penal que exige la persecución de una finalidad ilegítima por parte del autor". Añadiendo también el **ATS 17.6.2014**, FJ 5 (ROJ ATS 5984/2014) que no se pueden incardinar en el retardo malicioso de que habla el art. 449 CP las manifestaciones subjetivas o los juicios de intenciones de los querellantes: dicho retardo, y su malicia, han de desprenderse, siquiera indiciariamente, de los hechos narrados y de la documentación aportada.

4. Como recuerda el FJ 1º **STS 275/2015, de 13 de mayo** (ROJ STS 2072/2015), "es reiterada la jurisprudencia, que establece como presupuestos legales del delito de coacciones del artículo 172 del Código penal: a) una conducta violenta de contenido material como vis física, o intimidación como vis compulsiva, ejercida sobre el sujeto pasivo, ya sea de modo directo o de modo indirecto; b) la finalidad perseguida, como resultado de la acción, es impedir lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiere, sea justo o injusto; c) intensidad suficiente de la acción como para originar el resultado que se busca, pues de carecer de tal intensidad, podría dar lugar a la falta; d) intención dolosa consistente en el deseo de restringir la libertad ajena, lógica consecuencia del significado que tienen los verbos "impedir" o "compeler" y e) ilicitud del acto desde la perspectiva de las normas referentes a la convivencia social y al orden jurídico".

5. Para verificar si la querrela aporta indicios del delito de amenazas del art. 169 CP, no está de más traer a colación las siguientes palabras del FJ 7 de la **STS 869/2015, de 28 de diciembre** (ROJ STS 5756/2015):

"La jurisprudencia de esta Sala, ya desde antiguo (SSTS 9-10-1984, 18-9-1986, 23-5-1989 y 28-12-1990), ha considerado el delito de amenazas como de mera actividad, que se consuma con la llegada del anuncio a su destinatario, y su ejecución consiste en la conminación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza, sin que sea necesario la producción de la perturbación anímica que el autor persigue, de manera que basta con que las expresiones utilizadas sean aptas para amedrentar a la víctima.

En definitiva, son elementos constitutivos de este delito, según los precedentes jurisprudenciales: 1º) Una conducta por parte del sujeto activo integrada por hechos o expresiones susceptibles de causar una intimidación en el ánimo del sujeto pasivo, dando a entender la realización futura, más o menos inmediata, de un mal; 2º) Que en el agente no sólo se dé el elemento subjetivo general de la conciencia y voluntariedad del acto, en el que pueda asentarse el reproche de culpabilidad, sino también que, la expresión del propósito sea, persistente y creíble, que es lo que integra el delito distinguiéndolo de las contravenciones afines; y 3º) Que concurren circunstancias concomitantes y circundantes a los hechos que permitan valorar la emisión y recepción del anuncio de un mal como de entidad suficiente para merecer la repulsa social y servir de soporte al juicio de antijuridicidad (SS. 4-11-1978, 13-5-1980, 2-2, 25-6, 27-11 y 7-12-1981, 13-12-1982, 30-10-1985 y 18-9-1986, citadas todas ellas en la más reciente STS 717/2005, de 18 de mayo)".

6. Siguiendo con la exposición de los parámetros de enjuiciamiento que la Sala considera a la hora de analizar el *factum* de la querrela, y en relación con el delito previsto en el art. 542 CP -impedimento del ejercicio de los derechos cívicos-, hemos de recordar la doctrina sentada, por todas, en la STS 443/2008, de 1 de julio (ROJ STS 3916/2008), cuando dice (FJ 5.2):

"Tal precepto -como recuerda la STS de 11-3-2002, nº 165/2002 - constituye realmente una "norma penal en blanco", cuya norma complementaria es fundamentalmente la Constitución, que es donde se proclaman los derechos fundamentales de la persona (Cfr. SSTS de 21 noviembre 1995, y 22 enero 1996).

El sujeto activo del delito, dice la sentencia de 23 marzo 2001, ha de ser necesariamente una autoridad o funcionario público en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, conforme a los amplios términos que al respecto nos ofrece el art. 119 CP. Nos encontramos ante un delito especial impropio, al exigirse unas determinadas cualidades en el sujeto activo: no basta con la condición "in genere" de funcionario público, sino que el mismo ha de participar en el ejercicio de las funciones relacionadas con los derechos de que se trata, es decir, debe tener competencia funcional (SSTS de 22 diciembre 1992 y 7 febrero 1994).



La conducta típica ha de consistir en una acción de impedimento del ejercicio de un derecho, en la que se integra simplemente la negativa; es indiferente el medio con tal que se evidencie su idoneidad a tal fin, obstaculizando e impidiendo la pretendida actuación del derecho (sentencias de 22 diciembre 1992 , 8 febrero 1993 y 7 febrero 1994).

El Código de 1995 sólo concibe la modalidad dolosa, dolo directo de resultado abarcador de todos los elementos objetivos del tipo. El precepto exige que el impedimento se produzca "a sabiendas", es decir, con clara voluntad de impedir el ejercicio de los derechos de los que se conoce pertenecen al sujeto pasivo que intenta actuarlos.

La determinación de la conducta típica consiste en impedir a sabiendas el ejercicio de los derechos cívicos, que ha de entenderse como estorbar o dificultar la consecución de un propósito, esto es, crear un obstáculo que imposibilite realmente algo que se quiere, que es, en el caso concreto, hacer imposible el ejercicio de un derecho.

La conducta de "impedir", debe entenderse en sentido amplio, como cualquier conducta que de hecho haga imposible su ejercicio (STS de 7 febrero de 1994).

Señala la STS de 23-10-2001, nº 1953/2001 , que con la expresión "derechos cívicos" el legislador quiere referirse a los derechos políticos, entendiendo como tales, no sólo los estrictos derechos de participación en las instituciones propias de la organización del Estado, sino todos aquellos que se reputan como fundamentales de la persona, con amparo en nuestra Constitución a través de los cuales tal persona, en cuanto ciudadano, participa en los asuntos de la comunidad. Ello se refuerza hoy ante la consideración de que aunque la sección del Código donde se ubica el artículo 542 comprende de modo genérico los delitos contra "otros derechos individuales", la rúbrica del Capítulo se refiere a "derechos fundamentales y libertades públicas", todo ello en el marco de los "delitos contra la Constitución". La Ley penal ha de complementarse, pues, con el listado de derechos alumbrados en el texto constitucional. La mención de "leyes" mantenida en la norma del art. 542 ha de entenderse como referida a disposiciones legales dictadas en desarrollo de los derechos fundamentales. Entre aludidos derechos fundamentales entrarán en la órbita aplicativa de la regla legal aquellos que por su propia naturaleza puedan responder al mecanismo que la norma penal prevé. Ha de tratarse de derechos o libertades públicas para cuyo ejercicio el ciudadano necesite realizar una conducta que pueda ser impedida por la autoridad o funcionario público".

Interesa destacar, con la STS 165/2002, de 11 de marzo (ROJ STS 1697/2002) -FJ 1- que, en efecto, la figura típica admite la comisión por omisión, de suerte que dicha modalidad "ha de conectarse con una posición de garante en que el sujeto que omite se encuentre; posición de garante que había de estar configurada en la Ley, de la que se derivaría un expreso deber de actuación para facilitar o hacer efectivo el derecho fundamental". Al propio tiempo se ha de tener presente, como criterio conteste en la jurisprudencia, " **el carácter residual de este tipo penal, que tiene por finalidad cubrir los atentados contra los derechos fundamentales de la persona cometidos por autoridades o funcionarios públicos que no tengan una expresa protección pena** ". Y, por último, la conducta típica ha de ser dolosa y genuinamente impeditiva -de suficiente entidad desde el punto de vista de la antijuridicidad-, esto es, causante de una imposibilidad material de ejercitar el derecho que se reclama, o, en locución de la S. 443/2008 (FJ 5.3), reveladora de una "obstaculización porfiada" al ejercicio del derecho.

QUINTO.- A la luz de los parámetros de enjuiciamiento que acabamos de reseñar es evidente de toda evidencia la radical inconsistencia de la querrela presentada: los hechos que se denuncian en unos casos no son indiciariamente delictivos, ni, en otros, son indiciariamente demostrados.

El relato de la querrela, confrontado con la documentación que la acompaña, permite formular una conclusión categórica, en línea con la sostenida en su informe por el Ministerio Fiscal, y que anticipamos, a saber: que el querellante ha pretendido instrumentar como acción penal lo que no es sino una discrepancia con el razonamiento efectuado por la Magistrada querellada de un modo explícito, lógico, y que, aunque pudiera no ser compartido, resulta ajeno a toda idea de arbitrariedad, de sustitución de lo que el Derecho impone por la voluntad propia, como rasgo definitorio de la prevaricación judicial. La motivación explícita de la resoluciones pretendidamente prevaricadoras, contrastada con los alegatos de la querrela, revela, con toda claridad, que no concurre el menor indicio del elemento objetivo del tipo, a saber: *la injusticia del Auto supuestamente prevaricador por apartarse de todas las opciones jurídicamente defendibles, careciendo de toda interpretación razonable, siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad* .

1. De entrada, este Tribunal tiene que dejar clara constancia de que buena parte de los alegatos de esta querrela ya han sido analizados, desde la perspectiva de los tipos penales ahora invocados de prevaricación y retardo malicioso en la administración de justicia, en nuestro Auto 16/2018, de 6 de marzo -roj ATSJ M 312/2018-, confirmado en súplica por Auto de 17 de abril siguiente, al resolver sobre otra querrela formulada por el Sr. Eulalio contra la misma Magistrada: a lo allí dicho nos remitimos. De modo muy particular en lo concerniente a las dilaciones que, de nuevo, genéricamente se denuncian; a la no reiteración de las multas coercitivas; y



al hecho de que la Magistrada haya tratado de condicionar o mediatizar los informes elaborados por la Sra. Rosa y/o por el Equipo Psicosocial adscrito al Juzgado...

Ya hemos cuestionado el carácter genérico de la alegación sexta, también efectuada en la primera querrela, cuando se queja de que la querellada haya contravenido la decisión de la Audiencia de que las visitas tuviesen lugar en un "punto de encuentro". Ni siquiera identifica las resoluciones concernidas, ni detalla su contenido. De nuevo hemos de insistir en que, como recuerda la más arriba transcrita **STS 585/2017, de 20 de julio**, son las resoluciones judiciales sobre las que debe recaer nuestro análisis -y el de la querrela-; **"pues en estas causas el núcleo de la tipicidad es la resolución y ésta se documenta"** (STS 228/2015, de 21 abril)

Nada indiciariamente delictivo -y menos referido al proceder de la aforada- en el dictado por el LAJ de una Diligencia de Ordenación y de un Decreto en el procedimiento incidental nº 406/2015, en lo que la querrela califica de intento de no celebrar una vista, que finalmente sí reconoce la querrela haberse llevado a cabo.

Y qué decir del pretendido carácter prevaricador del Auto de 12.11.2018. La evidencia incontestable de que los alegatos de la querrela no pasan de ser una mera discrepancia con lo cumplidamente razonado por la Magistrada querellada, pretendiendo instrumentar por la vía penal lo que no es sino propio del cauce de los recursos ordinarios, viene dada -dicha evidencia- por el contenido de la motivación de ese Auto, a la que solo muy parcialmente se refiere la querrela.

La Sala deja constancia íntegra del referido Auto, que dice:

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- En fecha 25 de septiembre de 2018 se exploró al menor, hijo común de las partes' con el resultado que obra en autos en sobre cerrado y reservado. El Ministerio Fiscal emitió informe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Del examen de las actuaciones y de la valoración conjunta y objetiva de la prueba practicada, en especial documental, exploración del menor e informe del Ministerio Fiscal, se acredita la tensa, prolongada y conflictiva relación existente entre los progenitores lo que evidentemente puede haber condicionado la relación paterno-filial'

En el presente procedimiento hay que partir de la edad del menor, quien el próximo mes de diciembre cumplirá los 16 años, de la negativa del mismo a mantener contacto alguno con su padre, - así lo ha expuesto una vez más de forma tajante en la última exploración practicada el pasado 25 de septiembre de 2018-, del tiempo que llevan padre e hijo sin comunicación de ningún tipo y del fracaso de todas y cada una de las medidas y Recursos utilizados en orden a normalizar la relación paterno/filial'

*Es cierto que los deseos de los menores no siempre coinciden con su interés, toda vez que su voluntad se encuentra aún en formación ni tampoco vinculan al Juzgador al tiempo de resolver, sin embargo cuando se trata de menores como el que nos ocupa, próximo a cumplir los 16 años es evidente que deben ser "oídos" y "escuchados" toda vez que sin su colaboración en modo alguno puede restablecerse, en el caso presente, la relación paterno/filial; el menor ha sido explorado por el Tribunal en diversas ocasiones habida cuenta que han sido múltiples y variados los procedimientos entablados por las partes, en especial por el Sr. Eulalio y el menor de forma constante, firme y reiterada ha venido manifestando su negativa a comunicar con el progenitor; y no solo lo ha hecho en sede de este Juzgado sino que en idénticos términos se manifestó en el Juzgado de Instrucción número 1 de los de Madrid (folio 876), en el procedimiento seguido a instancias del Sr. Eulalio contra la progenitora por un delito de desobediencia en el que el referido menor testificó en fecha 16 de enero de 2017 y literalmente dijo: **"Que vive con su madre Inocencia y su hermano Sabino", "Que se lleva bien con su madre y con su hermano Sabino"; "Que no se lleva bien con su padre Eulalio porque le trata mal", "Que cuando el declarante está con su padre, le habla de los juicios que tiene con su madre, que él grita mucho. Que el declarante incluso no puede irse a dormir porque habla de las cosas que acaba de decir"**.*

SEGUNDO.- Expuesto lo anterior y teniendo en cuenta que el interés a proteger es el del menor, por encima de cualquier otro que pueda existir, es de una evidencia cegadora que en el caso que nos ocupa y a la vista de que a pesar de la utilización de los diversos Recursos que en cada momento se han considerado oportunos (PEF, CAF, etc.. ..) no se ha conseguido normalizar la relación padre/hijo, no procede, al momento presente, en beneficio e interés del menor, acordar la práctica de las pruebas que sucesivamente va interesando el padre toda vez que ello puede afectar a la estabilidad del menor y puede incluso producir, mayor rechazo en el mismo a mantener contacto con el progenitor. Y así se advierte en la exploración practicada el pasado mes de septiembre que esta excesiva judicialización y cronificación del conflicto está causando en el menor sufrimiento, le está afectando de forma notable a su estado de ánimo y posiblemente contribuya a esa voluntad contraria al mantenimiento de visitas con el padre.



Es una constante por parte del Sr. Eulalio la petición de sucesivas pruebas, que va modificando a su entera conveniencia, en este sentido y por referirnos a una de las últimas propuestas en sendos escritos que tuvieron entrada en este Juzgado en fecha 8 y 19 de junio de 2017 es la derivación a la Clínica Médico Forense - interesando posteriormente que sea un psiquiatra quien haga la evaluación- para la elaboración de un informe que entre otros extremos determinara las causas de la negativa del hijo a comunicar con el progenitor, y ello por entender que los Equipos Técnicos sucesivamente adscritos a este Juzgado no reúnen las condiciones mínimas para realizar informe alguno (folio 860), derivación que se acuerda por resolución de 12 de julio de 2018 (folio 880), dándose la circunstancia que conforme consta en el informe remitido por la Trabajadora Social adscrita a la Clínica Médico Forense de fecha 25 de septiembre con entrada en este Juzgado el 4 de octubre y obrante al folio 1103 y ss.: es el propio Sr. Eulalio quien se niega a ser entrevistado por la referida Trabajadora Social que concluye indicando que.... **" dada la judicialización de las relaciones paterno filiales y la posible instrumentalización del menor , consideramos no citar al menor y ello al objeto de prevenir su re-victimización"** (folio 1106); en el mismo sentido se pronuncia el informe de fecha 31 de octubre de 2018 (con entrada en este Juzgado el 5 de noviembre de 2018) remitido por la Psicóloga adscrita a la Clínica Médico Forense (folio 1110) que expone que tras citar al Sr. Eulalio , para llevar a efecto la pericial interesada por él mismo,-expone que no desea ser explorado por la Sección de Psicología de la referida Clínica Médico Forense, demandando ser evaluado por un Psiquiatra, concluyendo la referida profesional que..... **b) "dada judicialización de las relaciones paterno filiales, la negativa del padre a ser explorado y la evaluación pericial psicológica a la que se ha visto sometido el menor recientemente, no se considera adecuado citar nuevamente al objeto de prevenir su re-victimización, y teniendo en cuenta que ha sido suficientemente evaluado desde el punto de vista psicológico forense". c) Indicar además que no se ha considerado citar a la madre, que también ha sido sometida a evaluación pericial psicológica recientemente, dado que la evaluación familiar solicitada contendría un sesgo evidente, a la vista de que el padre se ha opuesto a ser evaluado por este servicio".**

TERCERO.- A la vista del contexto dibujado, y habiendo manifestado el menor de casi 16 años de forma continuada su decidida voluntad de no comunicar con su progenitor y al margen de cuál sea la situación que haya provocado la opinión negativa del menor hacia el padre, hemos de convenir, como recoge la SAP Málaga de 30 octubre de 2017 que "(..) no cabe duda que en un supuesto de conflicto entre el derecho del padre a relacionarse y comunicar con los hijos menores, y las consecuencias negativas que la imposición de un régimen de visitas no querido por los hijos pudieran darse, los Jueces y Tribunales habrán de optar por lo más beneficioso para los hijos, destinatarios principales de las medidas de cuidado y educación que puedan acordarse, en situaciones de crisis familiar y ello aun a costa de cercenar el derecho legítimo del progenitor, que señala el art. 94 del Código Civil , y así lo prevé este precepto, al decir que el Juez podrá limitar o incluso suspender el régimen de visitas, si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen".

Por ello a la vista de todo lo expuesto no resta otra solución a la problemática suscitada que optar por la no ejecución forzosa del régimen de visitas establecido en su día al tratarse de un menor próximo a los 16 años (los cumplirá el próximo 18 de diciembre) -que incluso a partir de dicha edad podrá emanciparse-, que ha manifestado su negativa a mantener contacto con el progenitor, ello sin perjuicio de los acuerdos que en su caso pudieran alcanzar padre e hijo al respecto.

En atención a lo expuesto,

No ha lugar a la ejecución forzosa del régimen de visitas establecido en su día a favor del progenitor ello sin perjuicio de los acuerdos que al respecto puedan alcanzar padre e hijo".

A estos alegatos se ha de contraponer lo que aduce la querrela : queja de que la suspensión del régimen de visitas (Auto 12.11.2018) solo se fundamenta en la edad del menor -cumplía 16 años el 18.12.2018- y en sus manifestaciones diciendo no desear ver a su padre. Sin embargo, debió investigarse previamente si el menor estaba o no inducido por la madre, al tiempo que tal decisión contravendría el art. 155 CC, el interés del propio niño, e ignoraría que no se puede " denegar el contacto con el padre" si no consta que éste es incapaz de ejercer sus deberes -lo que no es el caso-, debiendo evitarse la desvinculación del menor con el progenitor no custodio...

El Auto considera más extremos que la edad del menor y su categórica opinión, mediatizada o no, de no querer ver a su padre: trata de evitar su re-victimización, que considera como elemento determinante de la denegación de nuevas pruebas, junto con el hecho de la falta de colaboración del padre y la circunstancia de que el menor ya ha sido evaluado en repetidas ocasiones... Y el Auto no *deniega* el contacto con el padre, sino que, llegados al punto en que la edad del menor le da incluso derecho legalmente a emanciparse, opta por que esos contactos, siempre posibles, lo sean en virtud del acuerdo entre padre e hijo, y no por mor de una ejecución forzosa que, razonadamente, entiende contraproducente y perjudicial para los intereses del menor perjudicando su estabilidad emocional... En una tesis tal es ya algo accesorio cuál sea el origen de la opinión del menor,

como da a entender el Auto cuando utiliza la locución " *al margen de cuál sea la situación que haya provocado la opinión negativa del menor hacia el padre*".

Esta fundamentación se podrá compartir o no, pero sin duda es ajena desde el punto de vista indiciario al voluntarismo propio de la prevaricación dolosa, y a la ignorancia inexcusable y/o a la imprudencia grave vinculadas con la manifiesta injusticia, a su vez características de la prevaricación culposa. Sin que, por lo demás, se acierte a entrever mínimamente la conexión lógica, y mucho menos aún a efectos de relevación de indicios de criminalidad, entre el dictado de ese Auto de 12.11.2018 y la precedente Sentencia 201/2018, de 19 de octubre, del Juzgado de Primera Instancia nº 98 de Madrid -ff. 1125 a 1131, doc. 3.2-; Sentencia esta última que, en realidad, no hace sino coincidir con los criterios de la Magistrada querellada acerca de la acendrada conflictividad entre los progenitores, de lo irreductible de sus posiciones, del proceder indebido de la madre -específica algunas de sus concretas conductas activas para dificultar el régimen de visitas-, de las inequívocas preferencias del menor, y también de la conducta del padre -que la Sentencia reprueba- rehusando colaborar con el Equipo Psicosocial... Nada tiene de particular, en este punto, que el Auto de 12.11.2018 y la Sentencia 201/2018 tengan fallos diferentes, dada la dispar naturaleza de las acciones ejercitadas en los procedimientos de que respectivamente traen causa.

El Auto de 15 de noviembre de 2018, acordando no derivar al núcleo familiar al Coordinador Parental no es objeto del menor alegato que pueda evidenciar su carácter prevaricador... Sin necesidad de proceder a reproducirlo, está cumplidamente motivado y explica las razones -incluso de falta de implantación legal y de carencia de tal recurso público en el Partido Judicial- por las que no procede acordar tal medida (cfr. FF. JJ 1º y 2º), sin que la querella nada relevante oponga a las mismas, que ni siquiera son analizadas.

SEXTO.- Hemos de reiterar ahora algo que ya dijimos en nuestro Auto 16/2018: la pretensión de que se admita a trámite la querella por retardo malicioso en la Administración de Justicia adolece de todo fundamento: no existe el menor atisbo concreto en la querella del elemento objetivo del tipo: " *el retardo en proveer lo que el desempeño del deber y el acatamiento de la ley exigen*"; y mucho menos aún del elemento subjetivo legalmente proclamado: que el *retardo haya sido provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima*, y máxime cuando consta que la Magistrada querellada ha dictado resoluciones dirigidas al cumplimiento efectivo del régimen de visitas decretado, con expresión objetiva de una imparcialidad que subjetivamente ha de presumirse, salvo prueba en contrario, como con gran reiteración han declarado el TEDH y nuestros Tribunales Constitucional y Supremo.

El delito de coacciones, o subsidiariamente de amenazas, aparece huérfano de todo refrendo argumentativo y probatorio; hasta el punto de que, en la fundamentación jurídica de la querella, bajo tal rúbrica (delito de coacciones, o subsidiariamente de amenazas) se transcribe el art. 542 CP, relativo el impedimento del ejercicio de derechos cívicos reconocidos por la Constitución y por las Leyes. Desde luego, ninguno de tales delitos aparece indiciariamente evidenciado si, como es el caso, la supresión de la ejecución forzosa del régimen de visitas se ha efectuado de un modo cabal, sin atisbo alguno de la arbitrariedad penalmente proscrita.

No se trata de que estemos en presencia de lo que, en expresión de la Sala Segunda, no pasaría de ser la atribución puramente nominal de un hecho de apariencia delictiva a un aforado; *ni siquiera formalmente hay tal apariencia delictiva*.

Es inconcuso, en efecto, que el relato fáctico de la querella no reviste los caracteres de un delito de coacciones del art. 172 CP en los términos de la doctrina supra reseñada: resulta evidente la inviabilidad de subsumir -siquiera indiciariamente- el *factum* de la querella en un delito de coacciones, pues en absoluto se observa la violencia requerida, la actuación intimidatoria para impedir a la denunciante " *hacer lo que la ley no prohíbe*" o *para obligarle a "efectuar lo que no quiera"*.

Y lo mismo cabe decir del alegato subsidiario que imputa a la querellada un delito de amenazas: siendo así que el delito del art. 169 CP se comete por el anuncio consciente de un mal futuro, *injusto*, determinado y posible con el único propósito de crear una intranquilidad de ánimo, inquietud o zozobra en el amenazado, es evidente de toda evidencia que no se sigue el menor indicio de tal proceder según el propio relato de la querella, que por otra parte adolece de toda argumentación al respecto.

Por último, en lo que se refiere a la eventual comisión de un delito contra el ejercicio de los derechos cívicos -dado que la querella menciona el art. 542 CP-, hemos de recordar su carácter residual, esto es, dirigido a preservar los atentados contra derechos fundamentales de la persona que no tengan una expresa protección penal, cual sucede precisamente con el delito de prevaricación. Es evidente, entonces, que unas resoluciones judiciales que no evidencian el menor indicio de la arbitrariedad penalmente proscrita, si bien es cierto que limitan derechos constitucionales del querellante -el derecho a mantener relaciones familiares en libertad-, no pueden entrañar un impedimento en el ejercicio de un derecho constitucional cuando tal limitación es impuesta jurisdiccionalmente sin sombra de arbitrariedad: la limitación en el ejercicio de derechos se impone



mediante resoluciones judiciales que expresamente ponderan la protección del interés superior del menor: si no hay indicio de prevaricación en la resolución judicial limitativa, no ha lugar a la posibilidad de un delito de impedimento en el ejercicio de los derechos fundamentales, precisamente por su carácter residual: la injusticia, objetiva y subjetiva, de la resolución prevaricadora es la protección que el Código Penal dispensa frente a la arbitrariedad judicial, sin que el eventual desacierto en Derecho integre un tipo penal doloso como es el previsto en el art. 542 CP.

En definitiva: a diferencia de lo que postula el querellante ni subjetiva *ni objetivamente* concurre el menor indicio de delito en la conducta de la Magistrada querellada tal y como se relata en el *factum* de la querella.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, acuerda,

III.-PARTE DISPOSITIVA.-

No admitir a trámite la querella presentada por la Procuradora D^a. María Esmeralda González García del Río, en nombre y representación de D. Eulalio , contra la Ilma. Sra. D^a. Rafaela (Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n^o NUM000 de DIRECCION000), ante la total inexistencia de indicios de infracción penal en la conducta imputada a la querellada.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal, al querellante y, firme que sea este auto, archívense las actuaciones sin ulterior trámite con comunicación a la Magistrada querellada.

Hágase saber, al notificarlo, que contra éste cabe recurso de súplica en tres días ante éste mismo Tribunal, autorizado con firma de Letrado.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Magistrados reseñados al margen.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado.- Doy fé.