



Roj: **ATS 2920/2010 - ECLI:ES:TS:2010:2920A**

Id Cendoj: **28079120012010200572**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/03/2010**

Nº de Recurso: **20672/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Causa Especial**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a uno de Marzo de dos mil diez.

Dada cuenta.. Conforme a lo previsto en el artículo 198 LOPJ y las vigentes normas de reparto de esta Sala Segunda para el año 2010, aprobadas por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, se acuerda que la Sala que ha de resolver sobre la competencia y ulteriores diligencias que puedan presentarse en esta causa, esté constituida por los cinco Magistrados que se relacionan en el encabezamiento de esta resolución.

I. HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 13 de noviembre pasado se presentó en el Registro General de este Tribunal, escrito del Procurador Sr. Dorremochea Aramburu, en nombre y representación de de la Sociedad Mercantil PROMOCIONES HERMANAS AZURMENDI SL formulando querrela contra los Magistrados de la Sección Cuarta de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Excmos. Sres. D. Rafael , D^a Francisca y D. Jose Ángel , a quienes imputa un presunto delito de prevaricación del art. 446.3º del Código Penal por haber dictado en fecha 20 abril de 2009 providencia de no admisión de recurso de amparo instado por la parte querellante, recaída en el recurso 1654-2008-E de la Sección Cuarta de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con arreglo a lo previsto en el art. 50. 1 .a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional , redactado por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 mayo en relación con sus arts. 43.2 y 44.2 al incurrir en extemporaneidad por haber interpuesto recurso manifiestamente improcedente.-También se añade en la querrela que en fecha 27 mayo 2009 se presentó escrito solicitando la nulidad de la providencia de fecha 20 abril 2009, al entender que el recurso de amparo estaba presentado dentro de plazo legal, interpretando que no habían transcurrido treinta días desde la notificación del Auto desestimatorio de la queja de la Sala 1º del Tribunal Supremo de fecha 5 enero 2008 realizada el día 17 siguiente hasta el día 28 febrero 2008, fecha de presentación del referido recurso ante el Registro del Tribunal Constitucional, siendo contestado dicho escrito mediante una providencia de fecha 1 junio 2009, notificada el día 16 siguiente, en la que se acordaba estar a lo acordado en la anterior de 20 abril 2009.- Frente a esta providencia de a 1 junio 2009, se presentó nuevo escrito de fecha 7 septiembre 2009 reiterando la petición de nulidad de la providencia de inadmisión de 20 abril 2009, que fue contestado mediante nueva providencia de fecha 24 septiembre 2009, en el sentido de estar a lo acordado en la de 1 de Junio.

SEGUNDO.- Formado rollo en esta Sala núm. 3/ 20672/2009 por providencia de 18 de noviembre pasado se designó Ponente para conocer de la presente causa y conforme al turno previamente establecido, al Magistrado de esta Sala Excmo. Sr. Don Julian Sanchez Melgar y se requirió al querellante por cinco días a los efectos del art. 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .- Cumplimentado el cual por medio de escrito presentado el 24 de noviembre de 2009 junto con poder especial otorgado ante el Notario del Ilustre Colegio Notarial del País Vasco Don Juan Kutz Azqueta, se remitieron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y fondo.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 26 de enero de 2010 en el que dice:



".....que siendo notorio que los querellados son Magistrados del Tribunal Constitucional y que, por tanto tienen la condición de aforados, es **COMPETENTE** para conocer de la querrela esa Excma. Sala en virtud de los arts. 165 de la Constitución en relación con el art. 26 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre y 57.1.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de Julio.- Que a la vista del contenido de la querrela, conforme al art. 637.2 de la LECrm. interesa el **ARCHIVO** de las actuaciones....."

II: RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La representación procesal de la Sociedad Mercantil "PROMOCIONES HERMANAS AZURMENDI SL formula querrela contra los Excmos. Sres. D. Rafael , D^a Francisca y D. Jose Ángel , Magistrados de la Sección Cuarta de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, a quienes imputa un presunto delito de prevaricación del art. 446.3º del Código Penal por haber dictado en fecha 20 de abril de 2009, providencia inadmitiendo el recurso de amparo núm. 1654/2008 E, interpuesto por el hoy querellante, providencia de la Sección Cuarta de la Sala Segunda de dicho Tribunal compuesta por los querellados, resolución apoyada en el art. 50.1 a) de la LO del TC 6/2007 de 24/5 en su redacción de los artículos 43.2 y 44.2 al incurrir en extemporaneidad y por haber interpuesto recurso manifiestamente improcedente.- Añadiendo en el escrito de querrela, que en fecha 27 mayo 2009 se presentó escrito solicitando la nulidad de la providencia de fecha 20 abril 2009, al entender que el recurso de amparo estaba presentado dentro de plazo legal, interpretando que no habían transcurrido treinta días desde la notificación del Auto desestimatorio de la queja de la Sala 1º del Tribunal Supremo de fecha 5 enero 2008 realizada el día 17 siguiente hasta el día 28 febrero 2008, fecha de presentación del referido recurso ante el Registro del Tribunal Constitucional, siendo contestado dicho escrito mediante una providencia de fecha 1 junio 2009, notificada el día 16 siguiente, en la que se acordaba estar a lo acordado en la anterior de 20 abril 2009.- Frente a esta providencia de a 1 junio 2009, se presentó nuevo escrito de fecha 7 septiembre 2009 reiterando la petición de nulidad de la providencia de inadmisión de 20 abril 2009, que fue contestado mediante nueva providencia de fecha 24 septiembre 2009, en el sentido de estar a lo acordado en la de 1 de Junio..

SEGUNDO.- La condición que ostentan las personas contra las que se dirige la querrela -Magistrados del Tribunal Constitucional- determinan la competencia para la instrucción y en su caso, el enjuiciamiento de la presente causa (art. 57.1.2º LOPJ).

TERCERO.- La presentación de una querrela no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal. Para ello es preciso una inicial valoración jurídica de la misma, estableciendo en tal sentido el artículo 312 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que la querrela deberá admitirse "si fuere precedente", y el artículo 313 que "habrá de desestimarse cuando los hechos en que se funde no constituyan delito". Valoración inicial 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 por 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 proceden en función de lo que resulte de las diligencias practicadas en el procedimiento.

CUARTO.- El delito de prevaricación dolosa objeto de la acusación contenida en la querrela, supone en términos de la STS 2/99 de 15 de octubre , la postergación por el autor del derecho o de su amparo y, por lo tanto, la vulneración del Estado de Derecho. En su comprensión, la jurisprudencia de esta Sala ha rechazado concepciones puramente subjetivas, basadas en el sentimiento particular y privado de la justicia o injusticia de un actuar del Juez, requiriendo que el acto enjuiciado sea objetivamente injusto. Hemos acudido, para afirmar ese carácter de injusto, a calificarlos como "esperpéntico", "clamorosa contradicción con la ley" etc , con los que se ha querido destacar que el acto injusto que expresa el tipo penal se integra no solo con el carácter de ilegal o de contrario a derecho del acto, sino que es preciso que ese acto ilegal sea arbitrario, pues el derecho no es una ciencia exacta sino sujeta a diversas posibilidades de interpretación. La injusticia se concreta pues, no en la ilegalidad sino cuando queda de manifiesto la irracionalidad -entendiéndose el término desde su acepción de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos- de la resolución judicial. En otros términos, una resolución ilegal no es solo por ser ilegal, una resolución injusta. Esta supone un "plus" de contradicción con la norma que es lo que justifica la intervención del derecho penal y así el acto es injusto "cuando el Juez dicta una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, a los que están sujetos tanto los ciudadanos como los poderes públicos, sino pura y simplemente de su capricho, de su voluntad convertida irrazonablemente en su aparente fuente de normatividad" (SSTS 23.5.98 ; 4.12.98 ; 18.3.2000).

En este orden de cosas es patente que en la función jurisdiccional pueden producirse extralimitaciones causando perjuicios a los derechos de los ciudadanos. En primer lugar, pueden existir disfunciones nacidas



de la simple falibilidad humana, disfunciones propias del sistema, formado por hombres que no son infalibles para cuyo remedio el propio sistema prevé un régimen de recursos para corregir el error en la aplicación de la norma.

La cuestión de la responsabilidad penal del Juez comienza allí donde la aplicación incorrecta de la ley no puede ser imputada a la falibilidad humana, sino al abuso de las funciones del juez. En estos supuestos la disfunción no es imputable al sistema, sino al juez, y es en estos casos donde se hace necesaria las exigencias de responsabilidad penal del juez como correlato o contrapeso que garantiza la libertad de responsabilidad y, de esta manera, la independencia.

La distinción entre las conductas típicas en la prevaricación de aquellas otras que se enmarcan en la falibilidad humana ha de realizarse desde criterios objetivos, según los cuales la esencia de la prevaricación radica en el quebrantamiento del derecho objetivo y éste se produce cuando la aplicación del mismo no resulta objetivamente sostenible existiendo, por lo tanto, 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. Este criterio ha de ser complementado con los postulados de la teoría de la infracción del deber respecto de las normas de contenido impreciso. En estos supuestos y en los de decisiones sobre facultades discrecionales, en las cuales se afirma la posibilidad de decisión prevaricadora cuando el juez excede el contenido de la autorización o cuando el juez decide motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico.

Desde la anterior perspectiva analizamos la última jurisprudencia de la Sala 2 representada por tres Sentencias, STS 233 8/2001 , de 27 de noviembre , la 359/2002, de 26 de febrero , y la STS2/99 de 15 de noviembre . Estas tres sentencias son coincidentes en su contenido jurisprudencial y permite consolidar una doctrina pacífica sobre el abuso judicial o prevaricación. El elemento objetivo se produce cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles. En otros términos " ... *El apartamiento de la función judicial propia del Estado de derecho se da cuando la aplicación del derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de la interpretación del derecho aceptable en tal Estado de derecho. . .* ."

En definitiva por resolución injusta habrá de estimarse aquella que se aparta de 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 la mera ilegalidad.

El elemento subjetivo del tipo, aparece integrado por la expresión "a sabiendas" es decir la conciencia de estar dictando una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de unas interpretaciones usuales y admisibles en derecho en aquellos casos en los que la norma puede ser susceptible de diversas interpretaciones elementos que debe ser puesto en relación con la condición del juez técnico en derecho y por tanto conocedor del derecho y de la ciencia jurídica

QUINTO.- Considera la querellante que la providencia de inadmisión por la que se rechaza el recurso al incurrir en extemporaneidad y por haberse interpuesto un recurso manifiestamente improcedente es una resolución prevaricadora por cuanto entiende que presentó el recurso dentro del plazo legal de los 30 días previstos en el art. 44.2 de la LOTC , ya que tuvo entrada en fecha 28 febrero 2008 y la notificación del Auto desestimatorio de la queja de la Sala 1º del Tribunal Supremo es de fecha 17 enero 2008 .

Ahora bien, la querellante, con ese planteamiento desconoce la doctrina del Tribunal Constitucional en orden al cómputo del plazo para la interposición del recurso de amparo, el cual se considera tiene su *dies a quo* en la fecha de la notificación de la resolución judicial presuntamente lesiva del derecho fundamental, no suspendiéndose este plazo si se interponen recursos manifiestamente improcedentes. prolongando de forma indebida la vía judicial ordinaria.

Es decir, que el Tribunal Constitucional viene interpretando que el requisito del agotamiento de la vía judicial previa establecido en el art. 44. 1 .a) de la LOTC se cumple "*cuando se han agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto de la vía judicial*", según el texto de la ley, sin que en este concepto de medio de impugnación tengan cabida los recursos manifiestamente improcedentes, los cuales carecen de efecto suspensivo a efectos del cómputo de este plazo (cfr. SSTCo 78/2000 , 123/2000 , 218/2000 , 245/2000 , 12/2001 , 85/2004 , 204/2005 , 94/2006 y 103/2006).

No cabe apreciar en forma alguna, la posible existencia en la resolución judicial de una contradicción del ordenamiento jurídico, de manera evidente, flagrante y clamorosa que constituya un patente torcimiento del derecho que cualquiera puede apreciar, de modo que, pudieramos hablar de "un ejercicio arbitrario del poder" es más cabe afirmar que se trata de una resolución judicial debidamente fundada de tal modo que no puede



ser calificada de injusta (art. 446 CP) ni menos aún de "manifiestamente injusta" (art. 447 CP):- de ahí que debemos concluir que procede la desestimación de la querella conforme el art. 313 LECrm. por no ser los hechos constitutivos de ilícito penal alguno.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1º) Declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento de la querella presentada por el Procurador Sr. Dorremochea Aramburu en la representación que ostenta de Promociones "Hermanas Azurmendi SL". Y, 2º) Inadmitir la querella por no ser los hechos constitutivos de ilícito penal alguno, decretando el archivo de las actuaciones.

Así lo acordaron, mandaron y firman los Excmos. Sres. que han formado Sala para ver y decidir la presente, de lo que como Secretario, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ