

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 2338/2001, de 11 de diciembre de 2001

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1/2000

SUMARIO:

Tutela judicial efectiva: Abstención y recusación «acumulación de funciones instructoras y sentenciadoras». Infracción del precepto procesal; Delito de prevaricación: Elementos; Extinción de la responsabilidad criminal: Prescripción del delito; Principio in dubio pro reo; Delito contra la Hacienda Pública: Delitos fiscales. No todo acto de instrucción compromete, sino sólo aquellos que por provocar una convicción anticipada sobre la existencia del hecho punible o participación del imputado en el mismo, puedan crear en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad, inhabilitándole para conocer del juicio oral. En cualquier caso la acumulación de funciones instructoras y sentenciadoras no puede ser examinada en abstracto, sino que hay que descender a los casos concretos y comprobar si efectivamente se ha vulnerado la imparcialidad del juzgador. La infracción de un precepto procesal cualquiera no tiene porque ocasionar siempre y en todo caso la lesión automática del derecho a la tutela judicial efectiva. El *dies a quo* de la prescripción queda interrumpido con la presentación de la querrela y no cabe sumar y acumular los periodos de inactividad intermedios hasta alcanzar el tiempo legal o sobre las diligencias inocuas. Se estima como delitos autónomos los de cada ejercicio fiscal.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 24.

Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos de 1950 (CEDH), art. 6.º 1.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 132 y 446 a 449.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 73.3.b).

Código Penal de 1973, art. 114.

PONENTE:

Don Joaquín Jiménez García.



SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de diciembre de dos mil uno.

En el recurso de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos pende, interpuesto por la representación de C... M..., contra sentencia dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 22 de noviembre de 1999, en el Procedimiento Abreviado 1/99 antes Diligencias Previas 1/98, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la Vista y Fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. G... D...

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el Procedimiento Abreviado 1/99, seguido por delito de prevaricación contra C... M..., dictó sentencia con fecha 22 de noviembre de 1999 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

«Probado y así se declara: 1.º El día 29 de noviembre de 1994 el Ministerio Fiscal presentó ante el Juzgado de Instrucción de Gavá una querrela contra D. V... por el presunto delito continuado contra la Hacienda Pública, previsto y penado en los artículos 349 y 69 bis del Código Penal anterior, por elusión fraudulenta del pago del impuesto sobre la renta de las personas físicas que correspondían a los ejercicios de 1988, 1989 y 1990. El mismo día 29 de noviembre de 1994, el Juzgado de Instrucción de Gavá dictó providencia ordenando instruir diligencias indeterminadas, con el fin de proceder a su remisión al Juzgado Decano para su reparto, que se verificó el siguiente día 30 de noviembre de 1994, como consecuencia del cual se atribuyó el conocimiento de la causa al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de los de Gavá, que dictó auto el día 12 de diciembre de 1994 admitiendo a trámite la querrela. 2.º Con fecha 3 de marzo de 1995 la representación procesal del querrellado interpuso recurso de reforma contra dicho auto, en el cual alegaba -en la parte que aquí interesa- incompetencia territorial del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Gavá para conocer de las actuaciones, con la consiguiente solicitud de inhibición a favor de los organismos jurisdiccionales de Barcelona, la prescripción de delito contra la Hacienda Pública relativo al ejercicio de 1988 y ausencia de defraudación fiscal en los ejercicios de 1989 y 1990. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de los de Gavá dictó auto el día 31 de marzo de 1995 de inhibición a favor de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de Barcelona,



correspondiendo la tramitación de la causa -previo su reparto- al Juzgado de Instrucción núm. 18 de los de Barcelona, que con fecha 11 de mayo de 1995 dictó auto de incoación de diligencias previas, que fue notificado a la representación del querellado el siguiente día 12 de mayo. 3.º El Juzgado de Instrucción núm. 18 de los de Barcelona dictó auto el día 9 de marzo de 1998, en el que desestimaba la pretensión de nulidad de actuaciones que había interesado la parte querellada; otro Auto de igual fecha en el que se acordaba imponer al querellado una fianza de 614.000.000 de pesetas y el embargo de sus bienes; y un tercer auto el día 23 de febrero de 1998 en relación con la citación a declarar como testigo la madre del querellado. Estas tres resoluciones fueron recurridas en queja ante la Sección NÚM000 de la Audiencia Provincial de DIRECCIÓN000, formándose los rollos de queja números 3011/98, 3012/98 y 3013/98, que por Auto de fecha 7 de abril de 1998, acordó la acumulación de los mismos al iniciado bajo el núm. 3011/98 para la sustanciación de todos los recursos en uno solo, asignándose al DIRECCIÓN001 de la Sección D. C... M... la Ponencia de los asuntos acumulados. 4.º Se ha acreditado igualmente que según las reglas de reparto de asuntos en la Sección, en las causas cuyos dígitos finales del rollo eran 1, 3, 7 y 9 actuaba como Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D.ª E..., que en las causas cuyo dígito era el 2, 4, 6 y 8 actuaba como Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D.ª Marta, y que, finalmente, el Presidente de la Sección Ilmo. Sr. D. C... M... actuaba como Ponente en las causas terminadas en 0 y 5. 5.º Las Ilmas. Sras. Magistradas que formaban Sala con el acusado en la Sección de la Audiencia Provincial de DIRECCIÓN000, declararon en el acto de juicio oral que la deliberación que precedió a la redacción del Auto de 2 de junio de 1998 fue en virtud de una dación de cuenta por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que calificaron de superficial, alegando también que la información que les facilitó, fue muy somera. 6.º La referida Sección NÚM000 de la Audiencia Provincial de DIRECCIÓN000 dictó Auto el día 2 de junio de 1998, que estimaba la prescripción extintiva que había invocado la parte recurrente y querellada y declaraba el sobreseimiento de la causa por haberse extinguido la presunto responsabilidad criminal del querellado en las acciones y omisiones que se le imputaban, cuya parte dispositiva dice así: LA SALA: por ante mí el Secretario, DIJO: Que estimándose la prescripción invocada por el Procurador quejadante D. I... L... P... en nombre y representación de D. V..., contra el Auto de fecha 9 de marzo de 1998, acumulado a los dos de la misma fecha dictados por el Juez de Instrucción del Juzgado de Instrucción número NÚM001 de DIRECCIÓN000 en la causa Diligencias Previas n.º 1451 del año 1995 debía estimar y estimaba aquélla, debiéndose declarar y declaraba el Sobreseimiento Libre de la causa por haberse extinguido la presunta responsabilidad criminal de V... en las acciones y omisiones contra el mismo imputadas, declarándose de oficio las costas procesales devengadas. Notifíquese a las partes y líbrense testimonio al Juez Instructor a los efectos pertinentes. 7.º A la vista de este Auto, y con fecha 17 de julio de 1998, el Ministerio Fiscal ha interpuesto una



querrela por el presunto delito de prevaricación del art. 446.3.º del Código Penal contra los Magistrados de la Sección NÚM000 de la Audiencia Provincial de DIRECCIÓN000 que dictaron el referido auto, que eran D. C... M..., DIRECCIÓN001 de la Sección y Ponente de la resolución, D.ª E... y D.ª G..., por considerar que la resolución era injusta y prevaricadora. El Ilmo. Sr. Magistrado-Instructor nombrado por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó auto el día 25 de enero de 1999, por el que acordaba el sobreseimiento libre y archivo parcial de la causa respecto a las imputadas D.ª E... y D.ª G..., debiendo proseguir las actuaciones respecto al otro imputado D. C... M...» (sic).

Segundo.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la sentencia de fecha 22 de noviembre de 1999, dictó el siguiente pronunciamiento:

«FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al inculpado D. C... M..., como autor de un delito de prevaricación ya definido, cometido al dictar el Auto de 2 de junio de 1998, que ha sido objeto de esta causa, sin la concurrencia de causas modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de doce meses de multa, a razón de mil pesetas diarias, y a la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por el tiempo de diez años, 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 funciones jurisdiccionales fuera del mismo; así como al pago de las costas procesales producidas. En caso de impago de la multa impuesta la responsabilidad personal subsidiaria se establece en un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas. Remítase testimonio de esta Sentencia al Consejo General del Poder Judicial, a través de su DIRECCIÓN001, a los fines generales y, también, a los efectos prevenidos en el fundamento de derecho decimotercero de la presente resolución». (sic).

Tercero.

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

Cuarto.



www.civil-mercantil.com

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO: Por Quebrantamiento de Forma al amparo del n.º 6 del art. 851 de la LECriminal.

SEGUNDO: Por Infracción de Precepto Constitucional al amparo del n.º 4 del art. 5.º de la LOPJ, en relación con el art. 24.2 de la C.E.

TERCERO: Por Infracción de Precepto Constitucional al amparo del n.º 4 de la LOPJ, en relación con el art. 10.2 y 24.2 de la C.E.

CUARTO: Por Infracción de precepto constitucional al amparo del n.º 4.º del art. 5.º de la LOPJ, en relación con los arts. 24.1 y 2 de la C.E.

QUINTO: Por Infracción de precepto constitucional, al amparo del n.º 4 del art. 5.º de la LOPJ, en relación con el art. 24.2 de la C.E.

SEXTO: Por Infracción de Ley al amparo del n.º 1 del art. 849 de la LECriminal, por aplicación indebida de la sentencia recurrida del art. 446.3 del C.P. de 1995.

SÉPTIMO: Por Infracción de Ley, al amparo del n.º 2 del art. 849 de la LECriminal, por haber existido error en la apreciación de la prueba.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, lo impugnó; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento para Vista, se celebró la votación el día 27 de noviembre de 2001.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia dictada el día 22 de noviembre de 1999 por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el Procedimiento Abreviado 1/99 condenó a D. C... M..., como autor de un delito de prevaricación, cometido al dictar el auto de 2 de junio de 1998 en el rollo de Queja 3011/98 de la Sección NÚM000 de la Audiencia Provincial de DIRECCIÓN000, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad a las penas de doce meses de multa a razón



www.civil-mercantil.com

de mil pesetas diarias y a la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por el tiempo de diez años, 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 funciones jurisdiccionales fuera del mismo.

Contra la sentencia que contiene el referido fallo se ha formalizado recurso de casación por el condenado, que lo desarrolla a través de siete motivos de los que el primer motivo es por Quebrantamiento de Forma, los cuatro siguientes motivos lo son por el cauce de la vulneración de derechos fundamentales, el sexto y el séptimo por el trámite de la Infracción de Ley.

Segundo.

Estudiaremos conjuntamente los tres primeros motivos en razón a tener como elemento común la misma denuncia de vulneración al derecho al Juez imparcial y por tanto la vulneración al derecho a la jurisdicción que es la primera manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, bien que la misma se efectúe desde perspectiva diferente aunque con idéntica finalidad.

Las concretas denuncias casacionales desarrolladas en los tres motivos son las siguientes:

1. Haberse dictado sentencia por el Tribunal formado por el Excmo. Sr. S... como DIRECCIÓN001, y los Excmos. Sres. I... y A..., cuya abstención y recusación se intentó en tiempo y forma, denuncia que encauzó por la vía del Quebrantamiento de Forma del n.º 6 del art. 851 de la LECriminal.
2. Haberse vulnerado el art. 24.2 de la C.E., al haber formado parte del Tribunal sentenciador, Magistrados que habían desestimado los recursos de queja interpuestos por el ahora recurrente.
3. Haberse vulnerado el art. 24.2.º de la Constitución en relación con el art. 20.2.º así como el art. 6.º 1.º del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, por haber formado parte del Tribunal sentenciador, Magistrados que tuvieron actuación instructora, habiendo perdido la imparcialidad objetiva.

En relación a la primera denuncia casacional el impugnante acota tres concretas resoluciones:

- a) El auto de 23 de julio de 1998 en que se admite a trámite la querrela y se ordena la incoación de diligencias previas.



b) El auto de 17 de julio de 1998 en el que la Sala no da lugar al recurso de queja contra el auto del Instructor, que denegaba la reforma intentada del auto que acordó no haber lugar a decretar el sobreseimiento libre o archivo de la causa instada por el ahora recurrente.

c) El auto de 3 de junio de 1999 por el que la Sala no da lugar al recurso de queja contra el auto del Instructor que denegaba la reforma intentada del auto que acordó continuar las actuaciones por los trámites del Procedimiento Abreviado, y pasar tales actuaciones al Ministerio Fiscal a fin de que solicitase lo procedente en orden a la apertura del Juicio Oral o Sobreseimiento.

Consta en las actuaciones que tras conocer el recurrente la composición del Tribunal que iba a juzgarle, presentó en tiempo y forma el 10 de junio de 1999 -folios 2101 a 2104- escrito en que solicitaba la abstención de los Magistrados que iban a juzgarle, y consta igualmente tras el rechazo a abstenerse formalizado en otros tantos escritos por los tres Magistrados, que admitida a trámite la recusación subsidiariamente propuesta, fue resuelta por auto de la Sala de Recusación de 20 de septiembre rechazándola -folios 2164 a 2168-, con base en el argumento de que «...el conocimiento de los recursos interpuestos contra resoluciones del Instructor no contamina a la Sala sentenciadora, ya que esta actividad no puede ser considerada como actos de instrucción...», lo que en relación a los tres autos citados por el recurrente -los mismos a que se refiere el presente motivo- llevó a la Sala de Recusación a su rechazo dado el lenguaje neutro de dichas resoluciones.

La cuestión se reprodujo en el trámite de la Audiencia Preliminar prevista en el art. 793.2.º de la LECriminal, siendo rechazada *in voce* por la Sala con protesta de la defensa, documentándose por escrito, con posterioridad la decisión de la Sala -folio 2313-.

En este control casacional procede volver a examinar la cuestión en virtud de la denuncia efectuada.

La causa de recusación en la que se dice incurrieron los Magistrados que juzgaron al recurrente, según el propio escrito de éste, es la n.º 10 del art. 219 de la LOPJ, que según su actual redacción dada conforme a la L.O. 7/1988 de 28 de diciembre reza como sigue «Haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia», parece obvio, que en palabras de la STS 1186/98 de 16 de octubre en referencia a la causa citada «fuera de estos dos supuestos ninguna otra intervención previa en la causa penal, es motivo legítimo de abstención o recusación, es decir, motivo para cuestionar o negar la imparcialidad de los miembros de un Tribunal». Como reflexión adicional, podemos añadir que si bien esta causa, y todas las contenidas en el art. 219 de la LOPJ constituyen el catálogo



de supuestos en los que queda comprometida la imparcialidad del Tribunal sentenciador o la apariencia de dicha imparcialidad, singularmente causa que como la alegada, solo encuentra su justificación en el anterior contacto con el material instructorio que haya podido tener quien luego forma parte del Tribunal, por la posibilidad de que de dicho contacto pueda aparecer prevenido, o con pre-juicios, pero también, debemos recordar que tampoco el pretexto de pérdida de imparcialidad objetiva, puede convertirse en expediente para apartar al Juez competente, y por lo tanto al predeterminado por la Ley, al que se refiere el art. 24.2.º de la Constitución, porque sí es cierto que debe ser recusado todo Juez del que se pueda sospechar cierta falta de imparcialidad, y que incluso las apariencias revisten su importancia ya que está en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar a los justiciables en una sociedad democrática, -TEDH, caso Piersack, sentencia de 10 de octubre de 1982-, ello debe responder a una verificada y constatada causa en el caso concreto enjuiciado pues de otro modo se podría convertir en disponible para el imputado la determinación de quien debe juzgarle en un intento de búsqueda de Tribunal «a la carta», por ello las situaciones previstas en la Ley -arts. 219 LOPJ y 54 LECriminal- que establece la relación taxativa de supuestos de abstención y recusación, deben ser interpretadas de acuerdo con la Jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Ya en referencia a la causa de recusación décima del artículo 219 LOPJ, teniendo en cuenta que lo relevante es discurrir si en las decisiones judiciales denunciadas, se manifestaron o no con suficiente claridad prejuicios o prevenciones sobre la culpabilidad del acusado, se hace preciso un estudio individualizado, caso a caso, de suerte que será este examen concreto el que justificará si a la vista de la causa de recusación alegada -en palabras de la STS 179/2001, reiterada en la muy reciente 2274/2001 de 30 de noviembre- «... si el Tribunal que juzgó lo hizo imparcialmente o ... si su actuación estuvo determinada por un prejuicio contra el acusado inevitablemente adquirido en la actuación judicial anterior al juicio oral. Esta cuestión -se añade- no puede ser resuelta de manera general, dado que las leyes vigentes prevén actuaciones anteriores al juicio oral de Tribunales a los que luego se les impone el deber de juzgar sobre la culpabilidad y la autoría del acusado...», en el mismo sentido STS 2/99 de 15 de octubre de 1999, Causa Especial 2440/97. A este criterio del caso concreto, se refieren también muchas sentencias del Tribunal Constitucional, de entre las que se pueden citar las n.º 170 y 320/93, 142/97, 162/99 así como del TEDH a las que posteriormente se hará referencia.

De conformidad con lo expuesto, procede un análisis concreto de las tres resoluciones conocidas vía recurso por los Magistrados que conformaron el Tribunal que juzgó al recurrente y en base a las que el recurrente fundamenta su denuncia de no haber sido juzgado imparcialmente.



www.civil-mercantil.com

La primera se refiere al auto de 23 de julio de 1998 de admisión a trámite de la querrela formalizada por el Ministerio Fiscal contra el Tribunal de la Sección NÚM000 de la audiencia Provincial de DIRECCIÓN000 que presidió el recurrente obrante a los folios 396 a 398, que también obra testimoniado a los folios 2105 a 2107 del Tomo II, Actuaciones de Sala, Juicio Oral.

Dicha resolución consta de dos Fundamentos Jurídicos centrando el recurrente su censura en el segundo, cuyo texto literal es como sigue:

«Siendo obvia la competencia de esta sala por la condición de aforados de las tres personas querelladas de conformidad con el art. 73.3 de la LOPJ; cumplimentando la querrela los requisitos formales del art. 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, viniendo determinadas las imputaciones en grado suficiente y relatándose en aquellos hechos que, de ser ciertos, podrían ser constitutivos de un delito de prevaricación, bien en la modalidad del art. 446.3, bien en la modalidad de 447 del Código Penal, procede su admisión y la incoación de diligencias previas a los efectos de averiguación de los hechos relatados conforme a los artículos 781, 277, 312 y concordantes de la Ley Enjuiciamiento Criminal.»

La parte dispositiva del auto contiene los siguientes pronunciamientos:

- Declararse competente para el enjuiciamiento.
- Incoar previas.
- Nombrar a un Magistrado del Tribunal Superior de Justicia como Instructor.
- Comunicar la incoación de las Diligencias al querrellado -Ministerio Fiscal-, y a los querrellados.
- Comunicar, de acuerdo con el art. 383.1º de la LOPJ la admisión al Consejo General del Poder Judicial.

La segunda resolución se refiere al auto de fecha 17 de diciembre de 1998 obrante a los folios 2108 a 2114 del Tomo II de Actuaciones de Sala, Juicio Oral. No se incluye, por su extensión dicho auto, baste decir que se compone de cuatro Fundamentos Jurídicos, el primero y el segundo referentes a la génesis histórica de la querrela, y a supuestas irregularidades que se alegan por el recurrente en las diligencias que dieron lugar a la decisión del auto declarado prevaricador de 2 de junio de 1998, el tercero en referencia a la infracción del principio acusatorio porque la querrela que se formalizó por el Ministro Fiscal efectuaba una única imputación: la de un supuesto delito de prevaricación dolosa, en tanto que el auto de admisión ya alude a la posibilidad de prevaricación culposa, aceptando el Tribunal sentenciador los



razonamientos del Magistrado-Instructor en el sentido de no existir quiebra de aquel principio acusatorio por incluir la instrucción también esta forma de comisión, ya que dentro de un hecho delictivo se engloba lo más (la prevaricación dolosa) y lo menos (prevaricación culposa), siendo por otra parte frecuente que resoluciones judiciales finalicen con una punición por un delito de menor gravedad al inicialmente denunciado, sin que por ello padezca principio alguno, concluyendo este fundamento tercero con la afirmación de no haberse vulnerado el art. 24 de la C.E. ni el 118 ó 520 de la LECriminal, sino cumplimiento de una labor instructora que agota de forma acertada todas las vías de investigación abiertas.

El cuarto fundamento se refiere al argumento del recurrente relativo al poco material con que se contaba en el testimonio que tuvo la Sección de la Audiencia Provincial de DIRECCIÓN000 que presidía aquél, para resolver la queja que originó la resolución tachada por el Ministerio Fiscal de prevaricadora, para seguir diciendo que dicha resolución puede ser más o menos clara pero no revela prevaricación, ni dolosa ni culposa, haciendo referencia a la evolución de la jurisdicción en materia de prescripción de delito.

Como conclusión del Tribunal Superior de Justicia, se dice -y con ello se cierra el último de los fundamentos- que «...esta sala carece de los elementos indispensables para valorar en toda profundidad el auto tildado de prevaricador, pero analizando el auto de 2 de junio, las alegaciones del quejadante, el informe del instructor de la causa, y el escrito de impugnación de la queja del Ministerio Fiscal, no puede sino concluir que hay que proseguir la investigación hasta obtener todos los datos suficientes que permitan ya al cierre definitivo de la causa por inexistencia de delito, y a la apertura del juicio oral con las máximas garantías...», finalmente termina con la afirmación de ser prematura la conclusión que interesa el recurrente de inexistencia de injusticia de la resolución.

La tercera resolución exponente de la denunciada pérdida de imparcialidad es el auto de 3 de junio de 1999 -folios 2068 a 2071 del Tomo II, Actuaciones en Sala, Juicio Oral que con desestimación de la queja formulada por el recurrente, el Tribunal sentenciador confirma la decisión del Magistrado-Instructor de proseguir las actuaciones de conformidad con los trámites establecidos para el Procedimiento Abreviado, con traslado de la causa al Ministerio Fiscal para que solicite la apertura de juicio oral, formulando acusación, o inste el sobreseimiento. Consta de dos Fundamentos Jurídicos, en el primero tras una larga cita de la sentencia de 22 de enero de 1999, en su Fundamento Jurídico cuarto coincide con la doctrina allí sentada de no poder acordar la Audiencia Provincial -o en su caso el Tribunal Superior de Justicia- el archivo de la causa una vez haya tomado el Instructor la decisión de seguir el procedimiento por los trámites del Abreviado en el marco del recurso de queja que genéricamente se concede en el art. 787.1 LECriminal; pues ello solo será posible vía recurso



de apelación. El segundo fundamento añade además otras razones del rechazo consistente en ser el resultado del análisis de toda la instrucción el mismo que llevó al dictado del auto de 17 de diciembre de 1998 y que en definitiva, en cita textual dice:

«...4.º) finalmente, con el escaso material valorativo con que cuenta este Tribunal a la hora de tomar su decisión -dada la especial esencia del actual recurso, evidentemente no pensado para situaciones procesales como la presente-, difícilmente puede llegarse a conclusiones jurídicas distintas a las del Instructor, a menos que flagrantemente los hechos no sean constitutivos de delito, a lo que, como ya se ha dicho, ya dio respuesta este Tribunal en el repetido Auto de 17 de diciembre de 1998...», apartado este citado, al que concede especial énfasis el recurrente en favor de su tesis contaminante -pág. 56 del recurso-.

Un estudio de los tres autos consignados lleva a esta Sala Casacional a estimar que los mismos, no son obviamente actos de instrucción en el sentido estricto de tal término ni tampoco en el sentido flexible y más amplio con que la jurisprudencia ha interpretado la causa de recusación n.º 10 del art. 219 LOPJ.

En efecto, se verifica en este control casacional que los Magistrados de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se han conducido con una cuidadosa y exquisita asepsia valorativa en los autos citados, ya sean analizados individualizadamente, ya en su conjunto. El primero se limita a verificar que se narran unos hechos «...que de resultar ciertos podrían ser constitutivos de un delito de prevaricación...». Verificación que resulta de inexcusable observancia, ya que si del mismo tenor de los hechos narrados no se desprenden los elementos necesarios que vertebran un ilícito penal, procedería su rechazo *a limine* de conformidad con el art. 313 de la LECriminal, rechazo *a limine* que no supondría una falta de tutela judicial sino consecuencia de que el propio querellante no ha facilitado los datos fácticos, que como simple juicio de posibilidad, de ser ciertos -y de ahí la necesidad de la encuesta judicial- podrían integrar un delito -en tal sentido Autos de esta Sala de 9 de mayo y 28 de julio de 2000 en los recursos 610/2000 y 1450/2000, respectivamente-.

En el Auto de 23 de julio, los Magistrados de la Sala del Tribunal Superior de Justicia, verificaron, como no podía ser menos, que el relato efectuado por el Ministerio Fiscal -de ser cierto- podría constituir un supuesto de prevaricación, ya culposa o dolosa, de ahí la necesidad de la instrucción y por tanto la admisión de la querrela.

Los Autos de 17 de diciembre de 1998 y 3 de junio de 1999, resolutorios de otros tantos recursos de queja formalizados por el recurrente mantienen la misma asepsia valorativa, limitándose a constatar la necesidad de la encuesta judicial en averiguación de lo que haya



podido ocurrir, sin para nada prejuzgar, al contrario haciendo expresa protesta de que por lo limitado del conocimiento del recurso de queja no es posible pronunciarse sobre el fondo en el sentido interesado por el recurrente, sin que ello tampoco haya supuesto la exteriorización de perjuicio alguno y ello es aplicable, específicamente respecto del párrafo 4.º del Fundamento Jurídico segundo del tercero de los Autos al que le concede especial relevancia el recurrente. Dicho párrafo lo único que afirma es la corrección de la decisión adoptada por el Sr. Magistrado-Instructor de continuar la tramitación por las causas del Procedimiento Abreviado, no atendiendo la petición de sobreseimiento y Archivo que solo sería posible de no revestir los hechos denunciados caracteres de infracción penal, lo que ya fue rechazado desde el primero de los autos que admitió a trámite la querrela.

En conclusión, en las resoluciones judiciales citadas ya analizadas separada y conjuntamente no aparecen prejuicios o prevenciones sobre la culpabilidad del acusado. Antes al contrario, los temores –la denuncia más bien- del acusado de haber perdido los Magistrados que le juzgaron su imparcialidad no está en modo alguno justificada, siendo consecuencia de ello, la desestimación del motivo por estar bien rechazada la recusación formalizada.

Procede la desestimación del motivo.

A igual conclusión, debemos llegar -ya lo anunciamos- en relación a los motivos segundo y tercero que mantienen la misma denuncia solo que desde la perspectiva del derecho constitucional a un proceso con todas las garantías -art. 24.2- y desde el respeto al art. 6.º 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

No se han producido ninguna de las violaciones que se dicen.

El recurrente fue juzgado por un Tribunal no prevenido, que mantuvo su imparcialidad objetiva incólume y que no queda en entredicho por los autos dictados a la vista del examen que de los mismos se ha efectuado. En efecto, no todo acto de instrucción compromete, sino solo aquellos que por provocar una convicción anticipada sobre la existencia del hecho punible o participación del imputado en el mismo, puedan crear en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad, inhabilitándole para conocer del juicio oral -SSTC 151/92, 170 y 320/93-, insistiendo el Tribunal Constitucional en la idea de que, en cualquier caso la acumulación de funciones instructoras y sentenciadoras no puede ser examinada en abstracto, sino que hay que descender a los casos concretos y comprobar si efectivamente se ha vulnerado la imparcialidad del juzgador -STC 98/90-.



A idéntica conclusión llegamos desde la perspectiva del art. 6.º 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la reiterada interpretación que del derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente ha efectuado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Ya desde la lejana sentencia de 1 de octubre de 1982 -caso Piersack- declaró el Tribunal que la garantía exigida por el art. 6.º 1 del Convenio implica una doble condición: la primera es de carácter subjetivo, cual es la certeza de que el Magistrado no ha prejuzgado el asunto, y la segunda la garantía objetiva de que la situación permite descartar cualquier duda legítima sobre la imparcialidad (en el caso citado se refería a que un miembro del Tribunal sentenciador, hubiese ejercido previamente funciones de investigación en el mismo asunto).

En síntesis, la doctrina del TEDH podría resumirse diciendo que la imparcialidad objetiva -única a la que se refiere el recurrente en este caso- puede quebrar a consecuencia de la vinculación previa que haya podido tener quien después fue juzgador, con el objeto del proceso. De ahí la necesidad del examen individualizado de los casos, tanto más necesario cuanto que los sistemas procesales de los diversos testados que tienen reconocida la jurisdicción del TEDH, mantienen diversas y diferentes peculiaridades en sus respectivos sistemas procesales y orgánicos del orden penal, análisis individualizado que aparece más acentuado a partir de la Sentencia de 24 de mayo de 1989 -caso Hauschildt- en el que se declaró que el mero hecho de que un Juez de primera instancia o de apelación, en un sistema judicial como el danés, haya dictado resoluciones antes del juicio, especialmente sobre la libertad provisional, no basta para justificar los temores sobre su imparcialidad.

En el mismo sentido, la Sentencia del TEDH de 22 de abril de 1994 -caso Saravia de Carvalho- constata que el hecho de que uno de los Jueces que formaron el Tribunal, hubiese dictado previamente el «despacho de pronuncia» no suponía un acto de instrucción o acusación, sino solo verificaba la existencia de indicios suficientes -no sospechas particularmente reforzadas-, con la conclusión de no ver comprometida su imparcialidad objetiva. Sintéticamente, el criterio del TEDH se resume en el párrafo 35 de la Sentencia expresada «...lo que cuenta es la extensión y la naturaleza de las medidas adoptadas por el Juez antes del proceso...».

En el mismo sentido, podemos citar, finalmente, la Sentencia del TEDH de 28 de octubre de 1998 -caso Castillo de Algar-, citada por el recurrente genéricamente en apoyo de su tesis. Precisamente la argumentación de esta sentencia -en la misma línea de las precedentes- refuerza la tesis del análisis concreto e individualizado. Se sostiene por el TEDH, que al referirse puntualmente a las concretas circunstancias de la causa «-dans les circonstances de la cause-» contra Castillo Algar, y ante los específicos razonamientos que se esgrimieron en la resolución del Tribunal Militar Central que confirmó el Auto de procesamiento, de cuya Sala



www.civil-mercantil.com

formaron parte dos Jueces que después integraron el Tribunal sentenciador, el TEDH estimó que sí se había producido pérdida de imparcialidad en esos dos miembros del Tribunal. Fueron las especiales circunstancias del caso y los términos y razonamientos empleados en la confirmación del Auto de procesamiento, los que convirtieron esta resolución concreta en causa de pérdida de la imparcialidad.

Ningún punto de conexión con los tres Autos estudiados, en los que no existe ningún prejuicio sobre el fondo de la cuestión, ni sobre la culpabilidad del recurrente.

Procede la desestimación de los tres motivos conjuntamente.

Tercero.

Por el cauce de la vulneración de derechos fundamentales, se denuncia en este cuarto motivo la violación del derecho a un proceso con todas las garantías, al derecho de defensa, principio de seguridad jurídica y de legalidad.

Esta gravísima denuncia no se compadece con el supuesto del que arranca tan grave acusación. La tesis del recurrente es que la causa debía haberse seguido por los trámites del Sumario y no por el Procedimiento Abreviado conectando aquellas vulneraciones por el trámite seguido.

El argumento resulta inaceptable.

Como punto de arranque de la reflexión que efectuamos, debemos partir de la afirmación que el sistema de justicia penal en su aspecto procesal, tiene una unidad esencial porque todo el responde al estándar de garantías propias de una sociedad democrática, permitiendo la realización de todos los derechos exigidos tanto por la Constitución como por el TEDH por lo que a priori, no puede sostenerse que la determinación de uno u otro procedimiento a la hora de investigar un delito, sea causa de vulneración de derechos tan relevantes como el de tutela judicial efectiva, defensa, seguridad y legalidad. Todos los procedimientos, previstos en la LECriminal desde el juicio de faltas al del Tribunal del Jurado realizan y posibilitan los derechos que se dicen violados.

Ciertamente que la Ley, en atención a la importancia, gravedad y especialidad de los ilícitos penales, determina el cauce procesal que debe seguirse -juicio de faltas, Procedimiento Abreviado ante el Juzgado de lo Penal, Abreviado ante la Audiencia Provincial, Sumario Ordinario y juicio ante el Tribunal del Jurado-.



En el presente caso, la disyuntiva que presenta el recurrente en favor del Sumario Ordinario no tiene, precisamente, apoyo legal en la medida que a la vista de la pena señalada al delito de prevaricación, en cualquiera de las formas descritas en los artículos 446 y 447 nunca excede de los nueve años de prisión que marca el límite a partir del cual el cauce procesal adecuado es el Sumario Ordinario, de conformidad con el art. 779 de la LECriminal. En concreto, como ya se recoge en el auto de admisión de la querrela, los hechos, de ser ciertos, podrían integrar un delito «...bien en la modalidad del art. 446.3, bien en la del 447 del Código Penal...». Pues bien, las penas previstas en ambos artículos son de multa e inhabilitación especial en el primer caso, y solo inhabilitación en el segundo, por ello, el Auto del Sr. Magistrado-Instructor acordando la continuación de la causa por el Procedimiento Abreviado competencia de la Audiencia Provincial -o en su caso del Tribunal Superior de Justicia dada la condición de aforado del recurrente según el art. 73.3.b) de la LOPJ- está plenamente ajustado a las previsiones legales.

Por otra parte, el recurrente se limita a alegar vulneración de los derechos que se dicen violados sin argumentar ni mínimamente de qué modo y manera se le ha privado de la tutela judicial, donde se ha vulnerado la legalidad o donde está la quiebra de la seguridad jurídica, por lo que ya está por esta falta de acreditación debería ser desestimada la denuncia y el motivo.

Recordemos a modo de ejemplo, las SSTC 186/98 y 185/92 que consolidando y reiterando una consagrada doctrina, declaran que la infracción de un precepto procesal cualquiera, o el acaecimiento de cualquier irregularidad, no tiene por qué ocasionar siempre y en todo caso la lesión automática al derecho a la tutela judicial efectiva. Antes bien -se razona en la primera sentencia- la indefensión a la que se refiere el art. 24.1 de la C.E. en tan solo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte procesal, un perjuicio de índole material que le impide defender sus derechos e intereses legítimos en la esfera del proceso penal. En idéntico sentido, la segunda sentencia reitera que la indefensión en sentido constitucional se caracteriza por suponer una privación o limitación del derecho de defensa, con mengua del derecho a intervenir en el proceso.

El recurrente hace referencia, como no podía ser menos, a la reciente STS 2/99 de 15 de octubre, Causa Especial 2940/97 -asunto Gómez de Liaño- en el que se acordó la tramitación de la causa por el procedimiento del Sumario, y donde, curiosamente, se efectuó idéntica denuncia a la ahora efectuada, pero allí porque la causa se había tramitado por el cauce del Sumario y no por el Procedimiento Abreviado, es decir, justo a la inversa.

El presente se trata del segundo caso, tras el anteriormente citado, pero como bien se razonó por el Tribunal sentenciador al rechazar la cuestión previa planteada en este sentido por el



recurrente en el trámite de la Audiencia Preliminar, la sentencia 2/99 fue dictada por la Sala Segunda juzgando en instancia única, por lo que no puede verificarse la existencia de una doctrina jurisprudencial.

Al respecto habrá que convenir que sin perjuicio de reconocer la conveniencia de un criterio uniforme en atención al cual se determine el proceso a seguir en los casos de prevaricación judicial, el argumento legal, ya expuesto, nos envía al Procedimiento Abreviado.

En todo caso se trata de un tema menor porque como ya se ha dicho todo proceso de los diversos existentes es respetuoso con el modo de garantías y derechos desde la perspectiva constitucional y del Convenio Europeo, por ello el tema carece del alcance que le dé el recurrente, y si es cierto que la única diferencia apreciable entre el Procedimiento Abreviado y el Sumario se encuentra en la existencia del auto de procesamiento -que es un acto de inculpación formal fundado en un juicio de probabilidad- y la posibilidad de recurrirlo en apelación, también lo es la naturaleza más estigmatizante de dicho Auto y que no es aventurado afirmar que ello hubiera conllevado una nueva denuncia de pérdida de imparcialidad objetiva contra la Sala sentenciadora, por la confirmación del Auto de procesamiento que hubiese dictado el Sr. Instructor, como, precisamente, fue denunciado en la Causa Especial 2940/97.

Por lo demás, no debe olvidarse que también en el Procedimiento Abreviado existe con equivalente procesal del Auto de procesamiento o constituido por el Auto de transformación en Procedimiento Abreviado, -art. 780- que si bien no tiene acceso a la apelación puede ser recurrido en queja, como lo fue en el caso que ahora se contempla, también carece de los efectos estigmatizantes del procesamiento.

En conclusión procede la desestimación del motivo en la medida que el recurrente obtuvo de forma cumplida la tutela judicial objetiva entendida esta en sentido de derecho a ser juzgado por Tribunal imparcial, conocer la acusación, proponer prueba e intervenir en las propuestas por la otra parte, hacer alegaciones y obtener una respuesta sobre el fondo motivada, aunque adversa a sus planteamientos.

No hubo quiebra del derecho de defensa, se respetó especialmente el principio de legalidad por ser más respetuoso con la LECriminal la tramitación de la causa por el Procedimiento Abreviado, y no existiendo doctrina jurisprudencial sobre la opción por uno u otro procedimiento en los casos de prevaricación judicial, es claro que no hubo quiebra del principio a la seguridad jurídica.

El motivo debe ser desestimado.

**Cuarto.**

El motivo quinto, denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por no haberse practicado prueba en el Plenario, prueba que desvirtúe aquella presunción.

El recurrente efectúa una amplia reflexión escrita sobre dicho principio con la oportuna cita jurisprudencial encaminando toda la argumentación a la defensa del Auto de 2 de junio de 1998 dictado por la Sección NÚM000 de la Audiencia Provincial de DIRECCIÓN000, estimado en la sentencia sometida al presente control casacional como prevaricador. A tal efecto, se refiere a las diversas declaraciones de los Magistrados que firmaron con el recurrente el auto, a la forma en que se llevó a cabo la deliberación del asunto, valor del acta del Plenario sobre las razones de por qué se estimó la prescripción en aquel Auto, los recursos de queja formalizados por el recurrente durante la tramitación de la causa, sobre los principios de independencia y autonomía judicial y sujeción del Juez a la Ley, cuestiones todas ajenas realmente al campo propio del cauce casacional empleado.

En efecto, la alegación de haberse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia equivale a la afirmación de haberse condenado con un total vacío probatorio de cargo, bien por no existir, o por tachar de prueba nula la valorada por el Tribunal juzgador.

En el presente caso la prueba de cargo está constituida por el Auto de 2 de junio de 1998 dictado por la Sección NÚM000 de la Audiencia Provincial de DIRECCIÓN000 que presidía el recurrente y del que fue ponente, fundándose la condena, precisamente en tal condición de ponente del asunto y redactor del auto. Este extremo ha sido expresamente reconocido por el recurrente durante la instrucción y en el Plenario. Es tema sobre el que no ha existido contienda; esa es la prueba de cargo, y no otra. Cuestión distinta es la de estimar tal resolución como resolución injusta, cuestión que por afectar a la interpretación del art. 446.3.º del Código Penal y al encaje en dicho tipo penal del auto enjuiciado, puede ser sometido a control casacional, pero a través del motivo de Infracción de Ley del art. 849 -como efectivamente lo hace el recurrente en el motivo sexto- que pasaremos a estudiar a continuación.

En síntesis, la contienda, no se suscita sobre datos de hecho relativos al ilícito penal y a la participación del recurrente en la resolución enjuiciada -ámbito propio y exclusivo del derecho a la presunción de inocencia-, sino, exclusivamente, sobre la cuestión jurídica si dicha resolución es o no injusta desde la descripción del tipo penal del art. 446 del Código Penal. El debate se desplaza desde el campo de la prueba al de la aplicación del derecho.

Procede la desestimación del motivo.



www.civil-mercantil.com

Quinto.

El motivo sexto, por el cauce de la Infracción de Ley del n.º 1 del art. 849 denuncia como indebida la aplicación del art. 446.3.º del Código Penal a los hechos declarados probados.

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

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

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

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

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



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

Esta prevención es necesaria porque al tratar en el anterior Código juntas ambas clases de prevaricación, y referirse, casi en exclusividad, la jurisprudencia a los supuestos de prevaricación del funcionario, resulta necesario el recordatorio de no trasladar *sic et simpliciter* aquellas exigencias de la prevaricación del funcionario a los casos de prevaricación judicial sin riesgo de convertir esta figura en un delito de imposible ejecución.

El delito de prevaricación dolosa descrito en el art. 446.3.º del Código Penal por el que ha sido condenado el recurrente, se integra por dos elementos: uno de naturaleza objetiva integrado por el dictado de una resolución injusta, y otro subjetivo, integrado por el elemento subjetivo del injusto consistente en saber que se está dictando una resolución injusta, lo que queda objetivado en la expresión «a sabiendas» que aparece en todos los supuestos de la prevaricación dolosa.

En relación al elemento objetivo de la resolución injusta, una vez más, debemos afirmar con la constante jurisprudencia de esta Sala, por otra parte no muy numerosa, de la que son exponente las SSTs de 14 de febrero de 1891, 21 de enero de 1901, 1/96 de 4 de julio en Causa Especial 2830/94, 155/97 y la última, más completa y reciente la 2/99 de 15 de octubre en Causa Especial 2940/97, que la determinación de tal injusticia no radica en que el autor la estime como tal, sino que en clave estrictamente objetiva la misma merezca tal calificación cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles. En palabras de la sentencia ya citada, el carácter objetivo de la injusticia supone que el «...apartamiento de la función judicial propia del Estado de Derecho se da cuando, como ya se dijo, la aplicación del derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de la interpretación del derecho aceptable en tal Estado de Derecho...».

Por ello, el elemento objetivo de la resolución injusta, solo puede ser definido de la perspectiva de la legalidad porque la prevaricación comienza con el abandono de dicho



principio, y no desde las propias convicciones del Juez, porque en tal caso la subjetivización del delito de prevaricación conduce a la justificación de cualquier decisión judicial.

La conciencia del Juez, no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la Ley, porque ello conduce en definitiva a convertir la voluntad del Juez en decisión para resolver el conflicto. Tal planteamiento es incompatible con los postulados del Estado de Derecho.

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

El elemento subjetivo del tipo, aparece representado en la expresión «a sabiendas» es decir 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-*.

Desde la doctrina expuesta podemos pasar al estudio del auto de 2 de junio de 1998 a fin de verificar en este control casacional la denuncia efectuada de no merecer la calificación de injusto y haber sido dictada «a sabiendas».

Recordemos brevemente el contenido del auto.

En el Juzgado de Instrucción n.º NÚM001 de los de DIRECCIÓN000 se tramitan Diligencias Previas en virtud de querrela formalizada por el Ministerio Fiscal 1451/95 sobre delito fiscal apareciendo como imputado D. V...

En dichos autos interpone tres recursos de queja la representación del imputado citado, que por las normas de reparto se turnan a la Sección NÚM000 de la Audiencia Provincial de DIRECCIÓN000 que presidía el recurrente. Se acumulan los tres recursos de queja quedando bajo ponencia de éste bajo el número de Rollo Penal 3011/98 y tras deliberación se acuerda la prescripción invocada por el quejadante declarándose el sobreseimiento libre de la causa por haberse extinguido la presunta responsabilidad criminal de V...

En síntesis, las alegaciones del recurrente son las siguientes:

a) No puede hablarse de decisión prevaricadora, allí donde se ofrece una interpretación teóricamente justificada.



www.civil-mercantil.com

b) El instituto de la prescripción ha sido una figura de gran controversia, en concreto en la determinación de la frase «...el procedimiento se dirija contra el culpable...» prevista tanto en el art. 114 del anterior Código Penal como en el 132 del vigente.

c) Frente a los razonamientos de la sentencia sometida al presente control casacional, existen numerosas resoluciones de diferentes órganos judiciales que interpretan la frase antes citada, de diversa manera, y

d) En tal sentido designa las Diligencias Previas 1626/93 del Juzgado de Instrucción n.º 15 de DIRECCIÓN000, en las que el Ministerio Fiscal insta la extinción de la responsabilidad penal por prescripción porque en el transcurso de seis años desde la comisión de los hechos hasta que se le tomó declaración como imputado a una persona; Sentencia 34/99 de 17 de febrero, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma, las SSTC 135/89, 54/91 y 186/90, todas ellas relativas a la imputación; SS A.P. de Bilbao y Barcelona sobre la suma de los periodos ganados de inactividad y finalmente, diversas sentencias del Tribunal Constitucional referentes al concepto de indefensión que presupone una actuación diligente del perjudicado en todas las diferentes fases judiciales, para concluir el motivo diciendo que en el presente caso, el Ministerio Fiscal no recurrió en súplica el auto tildado de prevaricador, que era recurrible, efectuando un recordatorio sobre los principios de legalidad e imparcialidad por los que se rige el Ministerio Fiscal, en relación a haber sostenido otros planteamientos diferentes en relación a la prescripción.

Por su parte, el auto de 2 de junio de 1998 que acuerda la prescripción invocada por el quejante, tras una introducción teórica sobre el diferente juego y fundamento de la prescripción en la esfera civil y en la esfera penal y después de una sorprendente queja dirigida al Ministerio Fiscal, presentante de la querella «...ante la abstrusa y significativa presentación de la querella un día antes de su automática y conclusiva expiración...» cuyo alcance no acaba de comprenderse porque la querella no es difícil comprensión o inteligencia -eso quiere decir abstrusa según el Diccionario de la Real Academia- ni tiene una significación especial porque el Ministerio Fiscal la presentase en el que el recurrente estimaba el último día antes de la prescripción. La prescripción se acordó en base a los siguientes argumentos:

a) Por la operabilidad del principio *in dubio pro reo*.

b) Por estimar que la presentación de la querella no supone un acto de actividad instructora.

c) Porque habiéndose interpuesto la querella ante Juzgado territorialmente incompetente, se ha infringido el art. 272 de la LECriminal por lo que tal presentación carece de significación jurídica para impedir la interrupción de la prescripción.



d) Porque ha de estimarse como fecha «angular» para la interrupción de la prescripción la de 12 de febrero de 1998, cuando el querellado es citado en calidad de imputado ante el Juzgado Instructor competente -n.º NÚM001 de los de DIRECCIÓN000- pero para entonces ya el delito estaba prescrito, prescripción que se extiende no solo al ejercicio fiscal del año 1988, sino que debe entenderse también a los ejercicios de los años 1989 y 1990, pues a esos tres ejercicios se refería el querellante.

e) Porque ha habido una quietud en la actividad judicial, ya que las resoluciones existentes referentes a la determinación de la competencia entre los órganos judiciales en conflicto -Gavá y DIRECCIÓN000-, para nada afectan al imputado, hasta «el formal acuerdo de dirección acusatorio contra el mismo», que fue la citación como imputado en la fecha antes citada, careciendo de trascendencia aquellas «actuaciones judiciales, simplemente incoadoras y competenciales».

f) Porque cualquier duda respecto a la vigencia de la prescripción debe resolverse con sujeción al principio *in dubio pro reo*.

Termina el Fundamento segundo, único que contiene la argumentación de la decisión con esta frase «...por ello, esa inamovilidad del procedimiento, esa inoperancia de tales providencias, esa falta de persecución (sic) de los hechos delictivos, sirven de fundamento a la conclusiva ausencia interruptiva activa (sic) del plazo de prescripción...».

La sentencia sometida al presente control casacional, dedica el Fundamento Jurídico segundo a exponer la doctrina jurisprudencial consolidada existente sobre interrupción de la prescripción en interpretación de los artículos 114.2.º del anterior Código Penal y 132.2.º del vigente y que se condensa en los siguientes puntos:

a) La presentación de la querrela criminal encaminada al esclarecimiento de un delito dirigida contra una o más personas determinadas como supuestos responsables del delito de que se trate, interrumpe la prescripción.

b) que una vez interrumpida la prescripción, queda sin efecto el plazo transcurrido.

c) Rechaza las alegaciones del auto prevaricador que le niega trascendencia jurídica procesal interruptiva de la prescripción que había comenzado de nuevo tras la presentación de la querrela que se realizaron desde que se remitió la misma al Juzgado de Instrucción territorialmente competente -el n.º NÚM001 de DIRECCIÓN000-; durante esos casi tres años hasta la declaración del querellado -12 de febrero de 1998- el Juzgado de Instrucción territorialmente competente tuvo que dar respuesta a no menos de 15 escritos del querellado,



de suerte que su declaración solo pudo llevarse a cabo tras la superación de los obstáculos procesales interpuestos precisamente por su representación y defensa, por lo que no puede estimarse ni que el proceso en ese periodo estuviese paralizado o que las resoluciones dictadas carecieran de contenido sustancial.

En este control casacional, se comparte plenamente tanto la doctrina expuesta sobre la prescripción y en concreto sobre el *dies a quo* que queda interrumpido con la presentación de la querella, como la imposibilidad de sumar y acumular los periodos de inactividad intermedios hasta alcanzar el tiempo legal o sobre las diligencias inocuas. En la sentencia recurrida se da suficiente cita jurisprudencial que todavía podría completarse con otras más recientes en el mismo sentido, precisamente en referencia al delito fiscal, como las SSTS 26 de julio de 1999, 6 de noviembre de 2000 y 30 de octubre de 2001, así como las en esta última citadas correspondientes a los años 1994, 1995 y 1997, por tanto anteriores a la fecha del auto, a las que pueden añadirse *ad exemplum* las de 2 de febrero y 18 de marzo de 1993, 10 de marzo y 10 de julio de 1993, 30 de octubre de 1993, 18 de julio y 27 de octubre de 1994 y 3 de marzo de 1995, estas últimas relativas a la no acumulación del tiempo ganado para la prescripción en caso de interrupción, cuestión que por otra parte ha quedado clara en sede legislativa ya que el art. 114.2.º del vigente Código Penal -anterior al auto de 2 de junio-, prescribe terminantemente «...quedando sin efecto el tiempo transcurrido...». Más aún, en relación a la determinación nominativa del querrellado, como presunto implicado en el delito denunciado, debemos recordar con la STS 2/98 de 29 de julio, que incluso existen supuestos de coautoría plural en los que no se precisaría la identificación completa de todos los intervinientes. No es supuesto de aplicación al caso pues la querella formalizada por el Ministerio Fiscal se dirigía exclusivamente contra V..., a quien imputaba un delito fiscal continuado correspondiente a los años 1988, 1989 y 1990.

En conclusión, podemos convenir con la sentencia recurrida que el auto analizado no solo se aparta de la doctrina consolidada en sede jurisprudencial existente en esta materia, sino que sostiene posiciones que no son jurídicamente asumibles por lo que debe estimarse como injusto en cuanto se aparta de la legalidad, en el sentido en que esta Sala Casacional, en su función de policía jurídica y por lo tanto como garante del principio de seguridad jurídica, esencial en todo ordenamiento jurídico, ha determinado en relación a la prescripción, cómputo e interrupción.

Tal injusticia todavía se refuerza a la vista de las argumentaciones efectuadas por el recurrente, que son de una pobreza argumentativa patente. En efecto, se refiere el motivo a la operatividad del principio *in dubio pro reo*, que como tiene dicho esta Sala -entre otras STS 2047/00 de 28 de diciembre-, es un principio valorativo dirigido al Tribunal en cuya virtud, en



aquellos supuestos a enjuiciar en los que exista una duda indestructible derivada de las pruebas de cargo y de descargo, aquellos deben adoptar el criterio más favorable al reo.

En el presente caso, ninguna duda existe respecto de la fecha inicial de la interrupción de la prescripción, constituida por la presentación de la querella -29 de noviembre de 1994, por error material en el auto se dice 1999- que contenía la descripción de tres ejercicios fiscales y la identidad completa del supuesto autor. Lo que no resulta admisible es, con apartamiento de la consolidada doctrina jurisprudencial existente sobre el valor de la misma, introducir gratuitamente una duda sobre si la presentación de la querella tiene o no tal efecto (que recuérdese que el propio auto se lo reconoce «...ante la abstrusa y significativa presentación de la presente querella el día antes de su automática y conclusiva expiración...») para entrando en contradicción con este razonamiento, instrumentalizar el principio *in dubio pro reo* y convertirlo en un argumento de la prescripción, y lo mismo puede decirse respecto de la pretendida inactividad del Juzgado territorialmente competente -el de DIRECCIÓN000- cuando ante él, por la representación del recurrente se plantearon numerosas cuestiones no de trámite como se declara en la sentencia recurrida y se verifica en este control casacional. Por ello, situar como día en que se interrumpe la prescripción el de la declaración en calidad de imputado del recurrente -el 12 de febrero de 1998-, cuando la querella se presentó el 29 de noviembre de 1994, presentándose en la jurisdicción de Gavá, por corresponder al domicilio del recurrido, aunque el domicilio fiscal era DIRECCIÓN000, al cual se inhibió el primero, precisamente por impugnación de la competencia efectuada por el recurrente, de quien se intentó su citación para el 2 de enero de 1995 -folio 775- y que por los diversos escritos e impugnaciones efectuados -en modo alguno inocuos-, solo pudo recibírsele declaración el 12 de febrero de 1998, supone un apartamiento total de la doctrina imperante por no responder tal determinación a opinión jurídicamente defendible en esta materia.

La mejor prueba la facilita el propio recurrente con las referencias jurisprudenciales de algunos Juzgados o Audiencias que sostuvieron en algún momento y de forma episódica planteamientos inasumibles como la suma de periodos de inactividad -se citan dos sentencias del año 1990, una de Bilbao y otra de DIRECCIÓN000- una resolución del Juzgado n.º 15 de Barcelona de 1993, no aplicable al caso porque, según el propio resumen que se facilita, la persona a la que se le solicitó la prescripción teniendo en cuenta la fecha de la declaración no aparecía citada en el escrito inicial de querella, así como la sentencia de 17 de febrero de 1999 de Palma, en definitiva son resoluciones que no son de esta Sala Casacional, única que tiene encomendada a través de la casación la verificación de la correcta interpretación y aplicación de la Ley.



Ciertamente se citan sentencias del Tribunal Constitucional, referentes a la imputación o a la indefensión que en nada inciden ni apoyan los planteamientos del recurrente y lo mismo ocurre con las sentencias referidas a esta Sala, careciendo también de relevancia a los fines pretendidos por aquél el recordatorio a los principios de legalidad e imparcialidad por los que se sigue el Ministerio Fiscal.

Por lo demás, debemos coincidir con la sentencia recurrida, que la presentación de la querrela en Juzgado territorialmente incompetente tiene plena eficacia interruptiva de la prescripción pues de acuerdo con el art. 238.1 de la LOPJ solo de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional acarrea la nulidad de los actos judiciales. No fue este el caso, ya que tanto el Juzgado de Gavá como los de DIRECCIÓN000 tienen la misma competencia objetiva y funcional.

La conclusión de todo el examen realizado en esta sede casacional es que, en efecto, el auto considerado prevaricador en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, calificado como injusto en el sentido objetivo del término al que antes nos hemos referido, responde efectivamente a tal calificación a los efectos del artículo 446 del Código Penal.

Queda por examinar, dentro de examen del elemento objetivo de la prevaricación la cuestión que suscita el recurrente relativa a la no utilización de los recursos existentes contra el auto prevaricador, estimando que esta falta de utilización de los recursos impide aquella calificación -a ello se refiere la sentencia recurrida en el noveno de los Fundamentos Jurídicos-.

Se confunde, lamentablemente, los términos de injusticia y de recurribilidad. La injusticia de una resolución en el sentido objetivo que se sostiene, no depende de la posibilidad de subsanación a través del sistema de recursos. Es cierto que la grave desviación que supone una resolución injusta, puede ser revocada si es recurrida, pero el recurso no elimina ni sana el injusto típico realizado por el Juez o Tribunal, por ello la exigencia de que la resolución sea firme ni la exige el tipo penal ni puede estimarse como requisito de perseguibilidad. La resolución injusta lo es *per se* y como tal constituye una resolución prevaricadora.

En relación al elemento subjetivo concretado en la expresión «a sabiendas» que emplea el tipo penal es evidente que desde la condición del recurrente de experimentado Magistrado DIRECCIÓN001 de una Sección Penal de la Audiencia Provincial de DIRECCIÓN000, y como tal conocedor del derecho, el claro apartamiento de la legalidad que se evidencia en dicho auto es exponente de una intencionalidad clara de actuar como tal -con independencia de los móviles concretos los que no forman parte del tipo penal-, pero en el presente caso, existen datos y probanzas concurrentes que robustecen la existencia de tal intencionalidad. A ellos también se



refiere la sentencia recurrida en el séptimo de sus fundamentos con reflejo en el *factum*. Son los siguientes:

a) Hubo alteración de las reglas de reparto de asuntos en la Sección, ya que al DIRECCIÓN001 de la Sección -el recurrente- se le turnaban los asuntos terminados en los dígitos 0 y 5. Ninguno de los tres recursos de queja acumulados que resuelve el Auto prevaricador, termina en 0 ó 5 -son los n.º 3011/98, 3012/98 y 3013/98-, criterio que regía también para las acumulaciones de autos. En tal caso, la ponencia se adjudicaba al Magistrado que aparece como ponente del primero rollo. Solo en el presente caso del año 1998, quebró este criterio de reparto, pues se designó ponente al recurrente a pesar de que ninguno de los rollos acumulados, ni tampoco el primero, le correspondía por el último dígito del número del rollo.

b) Según consta de las declaraciones de los otros dos Magistrados que conformaban con el recurrente el Tribunal, la deliberación del asunto fue muy somera y ambas Magistradas, firmaron el auto en la creencia de que se estaba indicando un solo delito fiscal, y no tres y en ese sentido se habló en la deliberación siendo significativo que este dato aparece muy desvaído en el propio auto, de suerte que, como se afirma en la sentencia, «...de forma subrepticia, el ponente introduce la prescripción de las tres anualidades en su resolución...», siendo irrelevante que en la querrela el Ministerio Fiscal se refiriese a un solo delito fiscal continuado, pues en tal caso, la prescripción contaría al finalizar el tercer ejercicio, coincidente con la consumación del mismo, aunque ya es conocida la doctrina de esta Sala que estima como delitos autónomos los de cada ejercicio fiscal. Todo ello, lleva a esta Sala a estimar, también con la sentencia que la información facilitada por el recurrente a sus compañeras de Tribunal, fue «parcial y sesgada».

c) Se acordó la precaución «...muy poco justificada...» de evitar que continuara la causa, que se hablaba (sic) en aquellos momentos muy avanzada mediante acordar la suspensión de la misma.

Todos estos datos y declaraciones actúan como claros indicadores que refuerzan y consolidan la clara intencionalidad del recurrente, y en definitiva la conciencia y voluntad de éste al dictar el auto prevaricador, con independencia de la concurrencia o no de móvil, pues el móvil que induce a un actuar delictivo, no forma parte del tipo penal.

La conclusión de todo ello es la desestimación del motivo.

Sexto.



El motivo séptimo, por la vía del error en la valoración de la prueba fundado en prueba documental -art. 849.2.º LECriminal- y con cita del Informe preceptivo de la Sra. Juez de Instrucción de DIRECCIÓN000 que tramitaba la causa por delito fiscal en relación a los recursos de queja formalizados por el recurrente, en dichos autos Sr. V... trata de acreditar la inexistencia de tales documentos.

En definitiva, lo que se quiere demostrar es la inactividad de la causa en relación a la querrela presentada, cuando ya asumió la competencia el Juzgado territorialmente competente de DIRECCIÓN000.

El motivo no puede prosperar.

La propia interposición de tres recursos de queja por el recurrente, Sr. V..., acumulados y resueltos por el auto prevaricador, ya constituye el mejor desmentido a esa quietud investigadora que trata de denunciarse. No hubo tal quietud, sino numerosa actividad provocada precisamente por aquél. El documento indicado es exponente de ello. En efecto, la Sra. Instructora efectúa un resumen de tal actividad en dicho documento propuesto precisamente por el recurrente:

- Presentación de la demanda el 29 de noviembre de 1994 en el Juzgado de Instrucción de Gavá que la turnó al n.º 1 por providencia.
- Auto de 12 de diciembre de 1994 de admisión de la querrela.
- Traslado de la querrela al querrellado el 28 de febrero.
- Recurso contra la admisión de la querrela el 3 de marzo de 1995.
- Resoluciones del Juzgado de DIRECCIÓN000 que dieron lugar a los Rollos de queja -9908/95, 9909/95 y 1944/96-.

Se acompaña al Informe un testimonio de una serie de resoluciones judiciales que conforma un abultado dossier -Tomos II, folio 580 y siguientes hasta finalizar el Tomo-, acreditativo de la actividad resolutoria del Juzgado, precisamente a instancias del Sr. V..., por lo que no se acredita error alguno.

Como se afirma en la sentencia recurrida -Fundamento Jurídico segundo, último párrafo- «...si la declaración del querrellado como imputado sólo pudo practicarse después de haberse superado los obstáculos interpuestos precisamente por su representación y defensa ... en modo alguno puede entenderse que quedara paralizado el procedimiento...».



www.civil-mercantil.com

Procede la desestimación del motivo.

Séptimo.

De conformidad con el art. 901 LECriminal procede la imposición de las costas al recurrente por la desestimación del motivo.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación legal de D. C... M... contra la sentencia dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el día 22 de noviembre de 1999, con imposición al recurrente de las costas.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y recurrente y póngase en conocimiento de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con devolución de la causa a este último e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos: Joaquín Delgado García, Joaquín Giménez García y José Jiménez Villarejo.

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.