



Referencia: NCJ064108

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

Sentencia de 10 de junio de 2019

Sala de lo Civil y Penal

Rec. n.º 1/2019

SUMARIO:

Delito de prevaricación judicial. Imprudencia. Revelación de secretos.

La publicidad de las actuaciones judiciales, recuerda la resolución que se acompaña en archivo adjunto, alcanza la categoría de principio informador del sistema judicial y es una conquista del modelo liberal que supera la ya muy antigua inspiración del proceso en el esquema inquisitivo y secreto. Pero, tal y como ha consolidado el Tribunal Constitucional, si bien alcanza su plenitud en el juicio oral, encuentra limitaciones justificadas durante la fase de instrucción. Y estas limitaciones en la publicidad de las actuaciones no solo afectan a cualquier persona, sino incluso también a las propias partes cuando, por razones de justificación, se declara el secreto formal reforzado del sumario. Los hechos objeto de enjuiciamiento exceden lo que pudiera ser una falta disciplinaria de revelación de datos y alcanzan la naturaleza del delito de prevaricación judicial.

Pese a que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no garantiza lo que el Tribunal Constitucional ha definido como el «derecho al acierto», no es admisible en derecho el dictado de resoluciones «manifiestamente injustas», pero no toda resolución judicial que encierre en sí misma un desajuste con el Derecho puede ser considerada delictiva, pudiendo acudir al sistema de recursos y corregirse este desajuste. Para que entre en los límites del delito, se exige que sobrepase de manera indiscutible y de todo punto injustificable los cánones de aplicación aceptable del derecho por el juez. Lo que se ha enjuiciado y se califica como delito de prevaricación es una vulneración del deber legal-procesal de reserva o secreto de las actuaciones judiciales penales en la fase de instrucción, por cuanto el contenido de unas diligencias previas se entregó a quien no era parte en ellas, y por lo tanto conoció lo que no tenía derecho a conocer. Ahora bien, no resultando acreditado la intención o voluntad que exige la modalidad dolosa, sino un proceder del magistrado, descuidado entienden que en este caso la prevaricación colma las exigencias del tipo imprudente.

PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 10.2, 24.2, 53.1, 103, 117 y 120.1.

Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH), art. 6.1.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 8, 42, 66.1, 116, 123, 417.1, 447, 466 y 536.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 232, 234, 238, 417 y 418.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 267, 268, 299, 301, 302 y 680.

Acuerdo CGPJ de 15 de septiembre de 2005 (Rgto. 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales), art. 5.

PONENTE:

Don Celso Rodríguez Padrón.

Magistrados:

Don CELSO RODRIGUEZ PADRON

Don EDUARDO DE URBANO CASTRILLO

Don JOAQUIN DELGADO MARTIN



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CIVIL Y PENAL PROCEDIMIENTO ABREVIADO 1/2019

SENTENCIA N°

Excmo. Sr. Presidente:

D. Celso Rodríguez Padrón

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. Eduardo de Urbano Castrillo

D. Joaquín Delgado Martín

En Madrid, a diez de junio de dos mil diecinueve.

Han sido vistos, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, los autos de Procedimiento Abreviado Num. 1/2019, tramitado en este mismo Tribunal por posibles delitos de prevaricación judicial y revelación de secretos, siendo partes, además del Ministerio Fiscal, como acusación particular Pascual , representado por el Procurador D. José María Posada Fernández y asistido por el Letrado D. Ricardo Abia González, y asimismo D. Rodolfo , representado por la Procuradora Dña. María Elvira Encinas Lorente y asistido del Letrado D. Enrique Álvarez Gil; y como acusado, Simón , Magistrado, mayor de edad, (...), vecino de Madrid, sin antecedentes penales, y cuyas demás circunstancias personales constan en las actuaciones. Estuvo representado por la Procuradora Dña. Carmen Ortiz Cornago y defendido por el Letrado D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con el número 91/2017 fueron tramitadas en este Tribunal Superior de Justicia, Diligencias Previas que se incoaron mediante Auto de 21 de junio de 2018, que estimó el Recurso de Súplica interpuesto contra la decisión inicial de inadmitir la querrela interpuesta por Rodolfo contra Simón , por su actuación como Magistrado titular del Juzgado de Instrucción N° NUM000 de los de DIRECCION000 , considerando la Sala que los hechos relatados podrían integrar un delito de prevaricación, bien del artículo 446, bien del artículo 447 del Código Penal .

Segundo.

Finalizada la fase de instrucción, se dictó por el Magistrado instructor de la Sala, Auto de fecha 20 de noviembre de 2018 por el que se acordó la transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado, concediéndose a las partes acusadoras el plazo previsto en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a fin de que formularan -en su caso- acusación con solicitud de apertura de juicio oral, o alguno de los restantes contenidos contemplados en la citada norma. Dicho Auto fue objeto de recurso de apelación por parte de la defensa, que se vio desestimado por nuevo Auto de la Sala de lo Civil y Penal de fecha 5 de marzo de 2019 (Tomo III Rollo instructor. Folio 727).

Tercero.

Cumplimentando el trámite otorgado:

1. El Ministerio Fiscal presentó escrito de calificación provisional , el 20 de diciembre de 2018, en el que consideraba que los hechos eran constitutivos de un delito de prevaricación del artículo 446.3° del Código penal , y de otro delito de revelación de información reservada, del artículo 417.1, en ambos casos sin concurrencia de



circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Solicitaba por todo ello la imposición al acusado de las siguientes penas: 1. Por el delito de prevaricación, la pena de multa de 18 meses a razón de 10 euros de cuota diaria con arresto sustitutorio en caso de impago de un día por cada dos cuotas impagadas, e inhabilitación especial para el ejercicio del cargo de juez o magistrado, con pérdida definitiva del cargo del que era titular, así como de los honores anejos, e incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo en el ámbito de la administración de justicia, y en particular aquellos que conlleven el ejercicio de funciones jurisdiccionales o de gobierno, dentro del Poder Judicial, o con funciones jurisdiccionales fuera del mismo por 15 años (art 42 CP). Así como las costas. 2. Por el delito de revelación, la pena de multa de 15 meses a razón de 10 euros de cuota diaria con arresto sustitutorio en caso de impago de un día por cada dos cuotas impagadas y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos años. También las costas del procedimiento. Se propuso asimismo como pruebas: el interrogatorio del acusado, testifical y documental.

2. La acusación particular ejercida por Pascual consideró que los hechos eran constitutivos de un delito de prevaricación, del apartado tercero del artículo 446 del Código Penal en concurso con un delito de revelación de secretos del apartado primero del artículo 417 del mismo texto legal , en ambos casos sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Solicitaba la imposición, por el primer delito, de la pena de 24 meses multa a razón de sesenta euros diarios y veinte años de inhabilitación para empleo o cargo público. Por el delito de revelación de secretos, la pena de tres años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena, y cinco años de inhabilitación para empleo o cargo público. En orden a la responsabilidad civil solicitaba que el acusado indemnice a Pascual en la suma de 90.000 euros por el perjuicio causado "al haber filtrado información a través del Sr. Emiliano que ha trascendido a los medios de comunicación". Expresamente concluía solicitando la imposición de las costas. Como medios de prueba propuso: el interrogatorio del acusado, testifical y documental.

3. La acusación particular ejercida por Rodolfo entendió que los hechos son constitutivos de un delito de prevaricación del apartado tercero del artículo 446 del Código Penal en concurso con un delito de revelación de secretos del apartado primero del artículo 417 del mismo texto legal , sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Solicitaba por ello la imposición al acusado de la pena de 24 meses multa a razón de sesenta euros diarios y veinte años de inhabilitación para empleo o cargo público por el delito de prevaricación. Por el delito de revelación de secretos, tres años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena y cinco años de inhabilitación para empleo o cargo público. Asimismo solicitaba que el acusado indemnice a Rodolfo en concepto de responsabilidad civil en la cantidad de 50.000 euros por "pecunia doloris" debido al enorme perjuicio que han ocasionado los actos a la reputación y vida laboral del perjudicado y de su círculo familiar. Por último, expresamente solicitaba la imposición de costas.

Cuarto.

Por Auto de fecha 20 de diciembre de 2018 (folio 612 del Rollo Instructor) se decretó la apertura de Juicio Oral, concediéndose traslado a la defensa para que presentase su correspondiente escrito, cosa que hizo el 14 de febrero de 2019 vía Lexnet, expresando sus conclusiones provisionales. Tras la exposición de los hechos que considera acreditados, concluye afirmando que fueron realizados por el acusado en el ejercicio de sus funciones y no constituyen delito alguno, por lo que no procede la imposición de pena, y sin embargo sí la imposición a la acusación particular de las costas causadas por el ejercicio improcedente de acciones penales.

Quinto.

Elevadas las actuaciones a la Sala de enjuiciamiento, se dictó Auto de admisión de la prueba propuesta, y se señaló para la celebración del juicio oral el día 8 de mayo de 2019, en el que tuvo lugar en la Sala de audiencia de este Tribunal Superior con asistencia de todas las partes, quedando grabada la vista en el soporte audiovisual que consta unido al Rollo de Sala.

Ha sido Ponente el Excmo. Sr. Presidente, D. Celso Rodríguez Padrón, quien expresa el parecer unánime de la Sala.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El derecho fundamental a la presunción de inocencia, proclamado en el artículo 24 de la Constitución representa por su contenido una insoslayable garantía procesal que determina la exclusión inversa de culpabilidad, de modo que la destrucción de su virtualidad queda sujeta a una serie de exigencias ampliamente consolidadas en nuestra doctrina jurídica. Por ejemplo, la STS de 11 de diciembre de 2013 (ROJ: STS 5872/2013 (FJ 1º), que a su vez se remite a la STC 123/2006 de 24 de abril, nos recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos". Esencialmente podemos resumir las exigencias aludidas en una triple vertiente: a) el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiéndose por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, inmediación, publicidad e igualdad. b) en segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia. c) en tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia (entre otras muchas, STS de 11 de diciembre de 2013 (ROJ: STS 5872/2013 (FJ 1º).

El Tribunal considera que los hechos anteriormente declarados probados son el resultado de la prueba practicada en el acto de la vista oral, cuyo contenido -para ilustración de la Sentencia- de modo sucinto pasamos a resumir a continuación.

Segundo. Resumen de la prueba practicada en el juicio oral.

1. Declaró en primer lugar el acusado .

Responde al Ministerio Fiscal que las Diligencias Previas 1391/2016 concluyeron con sobreseimiento provisional siendo el auto recurrido por el Sr. Emiliano. Desestimó el recurso por nuevo Auto de 19 de diciembre, y el mismo querellante presentó dos escritos: uno pidiendo la acumulación de las D.P. 2539/2016, y el recurso de apelación. La acumulación se pedía para acreditar el elemento subjetivo del injusto y hechos relevantes. En la primera querrela, el documento N° 65 contenía algunas referencias. Cree que se dedujo testimonio de todas las primeras diligencias. Consideró necesaria la unión de las D.P. 2539/2016 porque la causa iba a la Audiencia y podía ser necesario. La Audiencia confirmó el sobreseimiento y no recuerda si se pronunció sobre estas Diligencias Previas. Se entregaron a Emiliano las D.P. 2539 salvo las declaraciones. Como razón de la petición le dijeron verbalmente que era para el ejercicio en otras jurisdicciones. Esto se lo dijo el funcionario que le dio cuenta. Como en el Auto había dicho que lo que tuviese Emiliano con el consejo Superior de Deportes debía debatirlo ante la Jurisdicción social, creyó que le pedían la documentación para ese uso. No hizo criba. Cuando le pidieron también las declaraciones dictó Providencia indicándole que se personara. No ve contradicción en ello pues la primera petición era para probar ante la Audiencia el elemento subjetivo del injusto. Lo segundo quería más. Lo que recuerda que había en las D.P. 2539/2016 eran las cuentas auditadas de 2006 a 2016; no recuerda facturas y no puede concretar si estaban las diligencias de la Fiscalía Anticorrupción o el expediente disciplinario. Ante la petición de explicaciones de la entrega tenía varias posibilidades de respuesta: comparecencia o reproducción de las providencias. La justificación de la entrega es la que expuso antes. Tal vez equivocadamente citó en la Providencia de 4 de abril de 2017 la Ley 4/2015, pero lo hizo como un plus de explicación.

A la acusación particular ejercida por el Sr. Pascual responde que no recuerda si preguntó al Sr. Emiliano si se sentía perjudicado. Lo que recuerda es que en la ratificación de la querrela le hizo la observación de que había hechos distintos. No recuerda que Emiliano se hubiese mostrado perjudicado por la Federación de Baloncesto. Si lo hubiese considerado víctima o perjudicado le hubiese hecho el ofrecimiento de acciones. Había hechos que apuntaban a irregularidad contable y se dedujo testimonio. No recuerda si había documentos que revelasen indicios de irregularidades. Se dedujo el testimonio con relación a la Federación de Baloncesto.



A la acusación particular ejercida por el Sr. Rodolfo , después de referirse a lo que se le pidió en el escrito del folio 107, declara el acusado que en el Juzgado había orden de dar traslado de todos los escritos, pero no recuerda si se dio traslado. A la pregunta de por qué une las D.P. 2539/2016 a petición de quien no era parte en ellas responde que "porque era relevante para el recurso". No recuerda si se comunicó a las partes de estas D.P. que se había entregado copia a personas no personadas. Pero añade que el Ministerio Fiscal desde el primer momento tiene conocimiento de todo lo que se va haciendo, y se va notificando todo. Se unieron los doce tomos de documentación, pero no se entregó copia de las testificales ni las declaraciones. Se dieron documentos para el ejercicio de acciones en otra jurisdicción. No fundamentó la Providencia de 23 de enero de 2017 porque de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial las Providencias no se fundamentan y sirve por remisión a lo que se pide. Se dio traslado de la petición a las partes con la Providencia que la resolvía. No sabía cómo iba a utilizar la defensa en el recurso de apelación esos documentos. Recuerda conversaciones en su despacho con letrados que le advirtieron de que estaban saliendo informaciones en la prensa. Una vez que las D.P. 2539 estaban incorporadas a las 1391/2016 se le dan los documentos a quien era parte en estas últimas, para uso en otra jurisdicción. Luego se le piden más cosas y rechaza entregar las declaraciones. No hay cambio de criterio. Invocó como argumento para la entrega el artículo 267 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal porque consideró al peticionario como denunciante. No se hizo ofrecimiento de acciones a Emiliano por los hechos de la Federación de Baloncesto. Se le dijo que se iba a deducir testimonio. A la pregunta de si tiene amistad con Francisco responde que son conocidos.

A su defensa responde que se inicia un proceso por querrela que contenía otros hechos en los que no consideró al querellante como tal sino como denunciante. En cuanto a la primera providencia: el querellante de las D.P. 1391/2016 pide la unión de las D.P. 2539/2016 y se acuerda "conforme se interesa". Es una motivación por remisión. Se notificó a todas las partes y nadie lo recurrió. En la segunda providencia (enero de 2017) se dice que se entregue copia al Sr. Emiliano de lo unido "a las presentes actuaciones"; es decir, lo pedía quien era parte en las D.P. 1391. No le entregó las declaraciones porque solo podían surtir efecto en las Previas en cuyo seno se prestaron. El criterio que siguió para aceptar la petición de unión de las D.P. 2539/2016 a las primeras fue la relevancia de su contenido para el recurso, el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva. En la tercera providencia se deniegan la ampliación de lo pedido. Las tres providencias se notificaron al Ministerio Fiscal. En marzo de 2017 se le pidieron explicaciones y respondió con una providencia explicativa. No sabe por qué. Esta providencia fue recurrida en reforma y luego en apelación, y la Audiencia Provincial la confirmó. Auto 43/2018, de la Sección séptima .

2. Declaró a continuación el testigo Sr. Emiliano .

Al Ministerio fiscal responde que fue querellante contra el Sr. Felicísimo y con la querrela aportó documentos, al entender que había un tratamiento discriminatorio. La querrela fue sobreeséida y recurrió en reforma y apelación. Tras la desestimación del recurso de reforma pidió que se acumulasen a las D.P. 1391/2016 las D.P. 2359/2016. El Abogado del Estado se opuso a la apelación porque no se habían designado particulares; por eso pidió la unión de las otras Diligencias Previas. No recuerda si en el recurso de reforma se hacía referencia a las D.P. 2539. Entendía que su posición se reforzaba si se traían a colación las otras Diligencias. Lo que quería era reforzar el recurso de apelación. El Procurador se personó en el Juzgado y se le negaron algunos CDs. No sabe si se transmitió al Magistrado que esos documentos (de las D.P. 2539) eran para ejercer otras acciones. Cuando vieron su contenido no los utilizaron en ningún otro procedimiento.

A la acusación particular ejercida por Pascual declara que la querrela inicial se fundaba en un trato discriminatorio dispensado por el Consejo Superior de Deportes, y añade que la Audiencia Nacional le ha rehabilitado. Insiste en que para reforzar la verosimilitud de sus posiciones pidió la acumulación de las otras diligencias. Todo "el aparato" lo estaba desacreditando. Como el Abogado del Estado dijo que el recurso estaba huérfano pidió la acumulación del testimonio. No recuerda haber ratificado la querrela ante el Magistrado. No recuerda si se le hizo ofrecimiento de acciones en las DP 2539/2016. No recuerda si había irregularidades en la Federación Española de Tenis. Conoce al Sr. Francisco . Tenía un cargo honorífico de la Fundación del Tenis Español (al igual que otras personalidades, como por ejemplo la Reina). No tiene relación profesional con él, y aunque fue testigo de su boda no mantienen relación. No conoce al Magistrado Sr. Simón ; de nada; ni siquiera físicamente. Tan sólo lo vio en un videoconferencia. No recuerda que documentos contenían las D.P. 2536/2016. Lo desconoce. Tampoco recuerda correos electrónicos ni auditorías, ni pormenores. Las auditorías son públicas y aparecen en la página web de la Federación. Reitera que, después de estudiarlas, no hizo ningún uso de estas Diligencias Previas.



La segunda acusación particular le pregunta si ratifica la declaración que prestó el mismo testigo en esta causa el 7 de septiembre de 2018, a lo que responde que sí. Se le pregunta por qué -a diferencia de hoy- dijo entonces que había utilizado estas previas en otras causas judiciales (TS, AN), y responde que no las utilizó en ningún Juzgado ni órgano administrativo. Lo que usó fueron las D.P. 1391/2016; referencias y tal vez algún documento. Pero no los doce tomos de las D.P. 2539. Reitera que ante la campaña de difamación que estaba sufriendo pensó que la incorporación a la causa de las D. P. 2539 reforzaría su posición. Luego vio que no eran de utilidad. Se estaba denunciando un trato dispar entre cargos de las Federaciones. No filtró nada a los medios de comunicación ni habló con la prensa. Desconoce como presentó la querrela el Procurador. Cree que a través de Lexnet. No recuerda el contenido de la videoconferencia.

A la defensa responde que no había ninguna otra finalidad en la petición de unión del testimonio que analizar el tipo de injusto y los elementos del delito. Llega a la conclusión de que lo unido no tiene utilidad después de verlo. Repite que no ha hecho ningún uso de los documentos.

3. Seguidamente declaró el testigo Sr. Secundino .

A la defensa responde que fue Presidente del Consejo Superior de Deportes, con rango de Secretario de Estado. Conocía las dos Diligencias Previas que se comentan en este procedimiento. Conocía por tanto la Providencia de 9 de enero de 2017. La querrela era disparatada. Le defendía el Abogado del Estado jefe, y tenía mucha confianza en él. A partir de un momento dado éste le daba copia de los autos. Tiene recuerdo de que se entregaron cosas de las segundas Diligencias Previas. No se siente perjudicado por este asunto ni porque se uniesen las actuaciones. No se dio traslado a las partes pidiendo opinión sobre la unión de las D.P. 2539/2016 a las primeras.

A la acusación ejercida por el Sr. Pascual responde que Emiliano no quería que la causa se tramitase en el Juzgado de Instrucción N° NUM000 porque el Magistrado era amigo de Luis Manuel , y éste era amigo del testigo. Por eso el querellante pide al Magistrado que se abstenga. Se abrió pieza de abstención y el Magistrado se apartó, pero luego el querellante no se ratificó en la abstención. Cree que se comunicaron al proceso las irregularidades de la Fundación de Tenis.

A la acusación ejercida por el Sr. Rodolfo declara que el Magistrado anunció al querellante que iba a deducir testimonio por el tema de la Federación Española de Baloncesto y le preguntó si se sentía perjudicado, a lo que Emiliano respondió que no. La causa ya estaba archivada. En los medios de comunicación ya se venían publicando informaciones antes incluso del comienzo del proceso penal. No le consta que Emiliano utilizase documentos judiciales a través de la prensa. A partir de un momento dado declara que parece que hubo "alabanzas y bendiciones" de Emiliano hacia el Magistrado instructor.

4. La prueba documental que consta unida a las actuaciones fue dada por reproducida por las acusaciones y la defensa.

Tercero.

Apreciando en conciencia las pruebas anteriores, la primera conclusión a la que llega el Tribunal es que los hechos declarados probados no son ajustados a Derecho. No son justos. Veremos progresivamente el alcance que ha de otorgarse a esta valoración.

En el presente supuesto el debate jurídico se plantea desde cuestiones -ya desde el principio- presentadas por las partes como inseparables: la concreta actuación judicial (facilitar la entrega al querellante de una documentación ingente que formaba parte de otra causa, de la que se rescató) y el uso que se hizo luego de la documentación, entre la que se hallaban datos e informaciones desconocidos para quien la pidió y -por supuesto- para otras muchas personas que la conocieron luego a través de los medios de comunicación. Es importante dejar sentado ya desde este instante que no existe prueba alguna acerca de la identidad de la persona o personas que pudieran haber proporcionado a dichos medios al menos parte de esos documentos. Mucho menos de que tuviese participación en ello el Magistrado, a quien se acusa asimismo de un delito de revelación de secretos.

Como luego veremos, la conducta inherente al delito de prevaricación debe analizarse con independencia de la finalidad que la motive. Ahora bien: la dinámica de los hechos, e incluso el propio examen del delito de prevaricación en sí mismo, exigen de manera indefectible que analicemos en que forma el acceso por quien era parte en las D.P. 1391/2016, a las otras Diligencias Previas (donde no estaba personado) incide en la calificación



de los hechos. El núcleo de lo juzgado reside en la valoración jurídica del acceso por quien no es parte en una causa penal al contenido de la misma. De ahí que la primera aproximación al estudio de los hechos juzgados deba venir de la mano del examen del régimen de publicidad que enmarca a las actuaciones judiciales. Particularmente las de naturaleza penal.

La publicidad de las actuaciones judiciales alcanza la categoría de principio informador del sistema judicial; es una conquista del modelo liberal superando la ya muy antigua inspiración del proceso en el esquema inquisitivo y secreto. Los textos internacionales declarativos de Derechos Humanos fueron incorporando este principio en el contexto de lo que se ha denominado el juicio público.

Fue asumido también, como no podía ser de otro modo, por los propios Tribunales, y solo a título de ejemplo, podemos citar pronunciamientos tan lejanos ya en el tiempo como la STEDH de 8 de diciembre de 1983 (caso Pretto contra Italia), o la de 26 de junio de 1984 (caso Campell y Fell contra Reino Unido) en las que se recoge que la publicidad procesal viene a cumplir una doble función. Resumidamente: A) Por una parte, la de control, permitiendo una especie de fiscalización sobre la tarea del Poder Judicial y de las propias partes, evitando actuaciones que pudieran ser abusivas o derivar en postulados arbitrarios. B) Por otra, encierra una función de refuerzo de la confianza social en la Justicia, al permitir que se perciba al Poder Judicial como un Poder independiente y al servicio de la ciudadanía, haciendo comprender a esa sociedad de la que emana, las características y el régimen de funcionamiento del sistema constitucional y las bases del diseño de la garantía de la ley.

Sustentado en estas bases generales, la vigencia de este principio inspirador del proceso conduce a la necesaria reseña a continuación de las implicaciones que proyecta en el ámbito personal y en el "cronológico".

1. Desde el punto de vista de sus afectados, nos encontramos ante una doble vertiente: la publicidad externa y lo que pudiéramos llamar la publicidad interna (referida a las partes de un proceso).
2. Guarda cercana relación con esta doble proyección personal la que se construye sobre los distintos momentos o fases a través de las cuales discurre el proceso.

La doctrina del Tribunal Constitucional ha podido abordar en numerosas ocasiones estos elementos. Ha sido clara a la hora de distinguir el régimen de publicidad de las actuaciones judiciales penales que preside la fase de instrucción de la fase de juicio oral. Ha sido asimismo nítida al desgranar sus límites. Se ha extendido también en torno a la tensión algunas veces producida entre el secreto de algunas actuaciones judiciales y el derecho constitucional a la libertad de información.

A título de ejemplo, y refiriéndonos a los distintos aspectos que acabamos de enunciar, podemos invocar la STC 96/1987, de 10 de junio de 1987 , a cuyo tenor: " el principio de publicidad, estatuido por el art.120.1 de la Constitución , tiene una doble finalidad: Por un lado, proteger a las partes de una justicia substraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho. El art. 24.2 de la Constitución ha otorgado a los derechos vinculados a la exigencia de la publicidad el carácter de derechos fundamentales, lo que abre para su protección la vía excepcional del recurso de amparo. En los mismos términos se encuentra reconocido el derecho a un proceso público en el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , habiendo sostenido al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en idéntica dirección que la que acabamos de señalar, que "la publicidad del procedimiento de los órganos judiciales, establecida en el art. 6.1 del referido Convenio, protege a las partes contra una justicia secreta que escape al control público; por lo que constituye uno de los medios de preservar la confianza en los Jueces y Tribunales" (Sentencia en el caso "Pretto y otros", de 8 de diciembre de 1983 ; asimismo en la del caso "Axen ", de la misma fecha). De acuerdo con ello, la publicidad del proceso ocupa una posición institucional en el Estado de Derecho que la convierte en una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la administración de justicia.

El principio de publicidad, por otra parte, tiene un carácter eminentemente formal, pues de otro modo no podría satisfacer las finalidades que se derivan de sus elementos esenciales: El control público de la justicia y la confianza en los Tribunales.

Como establece, por último, el art. 120.1 de la Constitución , la publicidad del proceso puede conocer excepciones, que, en todo caso, deberán estar autorizadas por una Ley. Una primera excepción se encuentra en el art. 232 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que en su párrafo segundo establece que "excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones". Otra es la del art. 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , según el cual las sesiones podrán tener



lugar "a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia", y el Presidente, previa consulta con el Tribunal, adoptará la decisión correspondiente, "consignando el acuerdo en Auto motivado".

De lo dicho resulta que la publicidad del proceso no puede restringirse sino por los motivos expresos que la ley autorice, y, en consecuencia, las facultades que las leyes procesales otorgan a los Tribunales no pueden desconocer el principio de publicidad, razón por la cual deben ser interpretadas de tal manera que dejen a salvo su vigencia".

Acudiendo a la jurisprudencia temprana del Tribunal, podemos citar la STC 13/1985, de 31 de enero (Ponente Sr. Tomás y Valiente), en lo que afecta a la relación entre el derecho a la información y la reserva de las actuaciones judiciales penales. La Sentencia citada en su FJ 3 nos dijo que:

" La regla que dispone el secreto de las actuaciones sumariales es, antetodo, una excepción a la garantía institucional inscrita en el art. 120.1 de la Constitución , según el cual "las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento". La admisión que hace esta misma disposición constitucional de excepciones a la publicidad no puede entenderse como un apoderamiento en blanco al legislador, porque la publicidad procesal está inmediatamente ligada a situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos que tienen la condición de derechos fundamentales: Derecho a un proceso público, en el art. 24.2 de la Constitución , y derecho a recibir libremente información, según puede derivarse de la Sentencia 30/1982, de 1 de junio, de la Sala Segunda , fundamento jurídico 4. Esta ligazón entre garantía objetiva de la publicidad y derechos fundamentales lleva a exigir que las excepciones a la publicidad previstas en el art. 120.1 de la Constitución se acomoden en la previsión normativa, y en su aplicación judicial concreta, a las condiciones fuera de las cuales la limitación constitucionalmente posible deviene vulneración del derecho. Son estas condiciones, por lo que aquí importa, la previsión de la excepción en cuestión en norma con rango de Ley (art. 53.1 de la C.E .), la justificación de la limitación misma en la protección de otro bien constitucionalmente relevante y, en fin, la congruencia entre la medida prevista o aplicada y la procuración de dicho valor así garantizado. La previsión de la excepción se halla dispuesta en norma de Ley (art. 301 de la L.E.Cr .) y puede invocar efectivamente en su apoyo diferentes disposiciones en la materia recogidas en textos internacionales, tales como, en relación con el art. 10.2 de la Constitución , el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 , y el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales , de 1950, reconducibles al art. 20.4 de la C.E ., precepto que hay que interpretar de conformidad con ellos (art. 10.2 de la C.E .). Sobre estas bases puede decirse que el proceso penal, institución con la que se trata de hacer efectiva la protección del ordenamiento a "derechos reconocidos en este título" (es decir, en el primero de la Constitución, según dice su art. 20.4), puede tener una fase sumaria amparada por el secreto y en cuanto tal limitativa de la publicidad y de la libertad. Pero esta genérica conformidad constitucional del secreto sumarial no está, sin embargo, impuesta o exigida directamente por ningún precepto constitucional y, por lo mismo, se requiere, en su aplicación concreta, una interpretación estricta, no siendo su mera alegación fundamento bastante para limitar más derechos - ni en mayor medida de lo necesario- que los estrictamente afectados por la norma entronizadora del secreto. El punto firme desde el que ha de partirse aquí, sentadas las bases anteriores, viene dado por el hecho de que la regulación legal del secreto sumarial no se interpone como un límite frente a la libertad de información (derecho, sin embargo, afectado aquí exclusivamente), sino, más amplia y genéricamente, como un impedimento al conocimiento por cualquiera -incluidas las mismas partes en algún caso: art. 302 de la L.E.Cr . de las actuaciones seguidas en esta etapa del procedimiento penal. Lo que persigue la regla impositiva del secreto es impedir tal conocimiento y ello en aras de alcanzar, de acuerdo con el principio inquisitivo antes aludido, una segura represión del delito. Por consiguiente, aquellos datos a los que no se tiene acceso legítimo no podrán -a fortiori- ser objeto de difusión, por cualquier medio, lo cual implica un límite del derecho a informar, pero sólo de modo derivado, es decir, en la medida en que aquello que se quiera difundir o comunicar haya sido obtenido ilegítimamente, quebrando el secreto mismo del sumario, esto es, en la medida en que se esté ante lo que llama la ley procesal misma (art. 301) una "revelación indebida". Cabe concluir, en coherencia con todo lo expuesto, que el secreto del sumario se predica de las diligencias que lo constituyen, y no es otra cosa, por cierto, decir literalmente el párrafo primero del art. 301 de la L.E.Cr ., esto es, de los actos singulares que en cuanto acto formal complejo o procedimiento lo integran. Tal secreto implica, por consiguiente, que no puede transgredirse la reserva sobre su contenido por medio de "revelaciones indebidas" (art.301.2 de la L.E.Cr .) o a través de un conocimiento ilícito y su posterior difusión. Pero el secreto del sumario no significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social (sucesos singulares o hechos colectivos cuyo conocimiento no resulte limitado o vedado por otro derecho fundamental según lo expuesto por el art. 20.4 de la C.E .) sean arrebatados a la libertad de información,



en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar, con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias sumariales. De ese modo, el mal entendido secreto del sumario equivaldría a crear una atípica e ilegítima "materia reservada" sobre los hechos mismos acerca de los cuales investiga y realiza la oportuna instrucción el órgano judicial, y no sobre "las actuaciones" del órgano judicial que constituyen el sumario (art. 299 de la L.E.Cr .)."

La diferencia del régimen que sigue el principio de publicidad en función de la fase del proceso penal ante la que nos encontramos tuvo conocido desarrollo en las SSTC 56 y 57/2004, ambas de 19 de abril (Ponente Sr. Delgado Barrio). En ellas nos dice el Tribunal con claridad que: " Las actuaciones del sumario no tienen lugar en régimen de audiencia pública (art. 301 LECrim) y, conforme a esa regulación del Derecho positivo y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "el principio de publicidad no es aplicable a todas las fases del proceso penal, sino tan sólo al acto oral que lo culmina y al pronunciamiento de la subsiguiente Sentencia" (STC 176/1988, de 4 de octubre , FJ 2; y las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que allí se citan), afirmaciones que en nada se ven modificadas por la invocación del derecho a la libertad de información, que incluye el derecho a que no se impida el acceso a la fuente de la noticia cuando aquélla es pública o de acceso general, pero no cuando no lo es ".

Pese a que estas dos últimas sentencias se referían en concreto a la posibilidad de acceso a la información judicial por los medios de comunicación, resumen la clave del tratamiento obtenido en la jurisprudencia constitucional sobre la cuestión nuclear que se dilucida en el presente proceso: las diligencias sumariales (las que se practiquen en la fase de investigación) participan por naturaleza de carácter reservado, alcanzando su plenitud el principio de publicidad tan sólo en el acto de la vista oral. A ello habría que añadir también cuanto afecta al régimen de publicidad y difusión de las sentencias, y las excepciones que incluso para el acto del juicio pueden establecerse por razones de protección de las personas afectadas.

El marco normativo que regula la publicidad de las actuaciones judiciales en el vigente Derecho español se ve presidido -como ya se ha podido constatar en la jurisprudencia citada- por la declaración contenida en el artículo 120 de la Constitución . A tenor de lo dispuesto en el apartado primero de dicho precepto, " Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento ".

1. Si nos ceñimos a la fase de instrucción propia del proceso penal (pues es en este ámbito concreto en el que se producen los actos enjuiciados en nuestro caso), constatamos que el reconocimiento constitucional del principio de publicidad encuentra desarrollo inicialmente en un doble plano.

En primer lugar, en el ámbito orgánico , el artículo 234 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial dispone que:

1. Los Letrados de la Administración de Justicia y funcionarios competentes de la Oficina judicial facilitarán a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas o reservadas conforme a la ley.

2. Las partes y cualquier persona que acredite un interés legítimo y directo tendrán derecho a obtener, en la forma dispuesta en las leyes procesales y, en su caso, en la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, copias simples de los escritos y documentos que consten en los autos, no declarados secretos ni reservados. También tendrán derecho a que se les expidan los testimonios y certificados en los casos y a través del cauce establecido en las leyes procesales.

En similares términos se pronuncia el artículo 5 del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales , al regular la publicidad de las mismas.

En segundo lugar encontramos concreciones sobre la publicidad de las actuaciones judiciales en el terreno procesal . Por lo que al objeto del supuesto enjuiciado se refiere, hemos de referirnos al ámbito del proceso penal, siendo conocido el contenido del artículo 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , a cuyo tenor:

" Las diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley.

El abogado o procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el contenido del sumario, será corregido con multa de 500 a 10.000 euros.

En la misma multa incurrirá cualquier otra persona que no siendo funcionario público cometa la misma falta.



El funcionario público, en el caso de los párrafos anteriores, incurrirá en la responsabilidad que el Código Penal señale en su lugar respectivo" .

Partimos por lo tanto de una clara limitación legal sobre el principio general de publicidad de actuaciones, que en el seno de una causa penal encuentra incluso provisiones adicionales cuando concurren fines que justifiquen la impermeabilidad del sumario no sólo para terceros ajenos, sino para las propias partes (a excepción del Ministerio Fiscal). Son los casos en los que proceda decretar el secreto reforzado, en los términos que se contemplan en el artículo 302 de la misma norma citada.

2. La vulneración de las limitaciones establecidas al principio de publicidad que hemos expuesto con arreglo a los dos planos declarativos anteriores -orgánico y procesal penal- encuentra también su correspondencia en los preceptos de naturaleza sancionadora que se contienen tanto en la normativa orgánica como en la legislación penal.

Por cuanto se refiere a la primera, la ya invocada Ley Orgánica del Poder Judicial contempla como infracción muy grave en el artículo 417 :

" 12. La revelación por el juez o magistrado de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de éste, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona" .

También se prevé, ya como falta grave, en el artículo 418:

" 8. Revelar el juez o magistrado y fuera de los cauces de información judicial establecidos, hechos o datos de los que conozcan en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta cuando no constituya la falta muy grave del apartado 12 del artículo 417 de esta ley".

Por su parte, el Código Penal , entro del Título XX del Libro Segundo (Delitos contra la Administración de Justicia), dedica a la revelación de actuaciones procesales "declaradas secretas" un concreto artículo, cual es el 466, a cuyo tenor:

" 1. El abogado o procurador que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.

2. Si la revelación de las actuaciones declaradas secretas fuese realizada por el Juez o miembro del Tribunal, representante del Ministerio Fiscal, Secretario Judicial o cualquier funcionario al servicio de la Administración de Justicia, se le impondrán las penas previstas en el artículo 417 en su mitad superior.

3. Si la conducta descrita en el apartado primero fuere realizada por cualquier otro particular que intervenga en el proceso, la pena se impondrá en su mitad inferior" .

En el supuesto que nos ocupa, dado que las actuaciones en cuyo seno se han producido los hechos enjuiciados no habían sido declaradas formalmente secretas por el Magistrado instructor, las acusaciones sostienen acción penal acumulada a la que se basa en el delito de prevaricación sobre el texto del artículo 417, primero, a cuyo tenor:

1. La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años.

Cuarto.

Delimitado como hemos expuesto en el Fundamento jurídico anterior el régimen de publicidad de las actuaciones judiciales, expresamos nuestra convicción de que los hechos declarados probados son constitutivos



de un delito de prevaricación judicial. Se sobrepasa el ámbito que pudiera quedar reservado al tratamiento orgánico-disciplinario.

Coinciden tanto el Ministerio Fiscal como las dos acusaciones particulares personadas en la calificación de los hechos enjuiciados con base en esta figura, que de forma más concreta tipifican sobre el contenido del artículo 446, párrafo tercero, del Código penal . Su modalidad dolosa.

Dicho precepto castiga al juez o magistrado que, a sabiendas , dictare sentencia o resolución injusta.

La importancia que en un Estado de Derecho corresponde al Poder Judicial singulariza cualquier aproximación que podamos hacer al delito de prevaricación judicial, pues Jueces y Magistrados, como garantes constitucionales de la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de todos los ciudadanos (artículo 24 CE) asumen un papel de relevancia incuestionable, que están obligados a desempeñar con exclusiva sumisión al imperio de la ley (artículo 117 CE). Esa función y potestad la ejercen desde una absoluta independencia, ajenos a cualquier injerencia o presión, del orden o procedencia que sea, adoptando sus resoluciones ("juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado") desde la recta aplicación del Derecho. Pesa sobre el Poder Judicial la función constitucional de hacer realidad, con fuerza ejecutiva, el valor Justicia que la propia Constitución proclama como valor superior del ordenamiento jurídico. El contrapeso a tan extenso poder viene dado de la mano de la responsabilidad.

Se han venido acotando en numerosas ocasiones, tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia, las distintas vertientes del invocado derecho a la tutela judicial. Refiriéndonos ahora a la que guarda más directa relación con el objeto del presente proceso, podríamos recordar cuanto expresó la STC 222/2015, de 2 de noviembre :

"Es obligado recordar que aun cuando los derechos y garantías previstos en el artículo 24 CE ni garantizan la justicia de la decisión o la corrección jurídica de la actuación o interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales comunes, pues no existe un derecho al acierto , ni tampoco aseguran la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes del proceso, lo que en todo caso sí aseguran es el derecho a que las pretensiones se desenvuelvan y conozcan en el proceso establecido al efecto, con observancia de las garantías constitucionales que permitan el derecho de defensa, y a que finalice con una resolución fundada en Derecho, la cual podrá ser favorable o adversa a las pretensiones ejercitadas (STC 173/2002, de 9 de octubre , FJ 8). El art. 24 CE impone a los órganos judiciales la obligación de dictar resoluciones fundadas en Derecho, no pudiendo considerarse cumplida esta exigencia con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto dela arbitrariedad" .

Antes de cualquier análisis más preciso, es importante resaltar que no toda resolución judicial que no se ajuste a una adecuada interpretación del Derecho implica que quien la dictó haya incurrido en conducta constitutiva de delito. El sistema de recursos establecido en cada caso en nuestras leyes procesales permite encauzar la discrepancia jurídica de las partes del proceso con las decisiones judiciales, de tal modo que, ya bien el mismo órgano judicial autor de la resolución cuestionada, o bien el tribunal superior a quien corresponda la competencia para el examen del recurso que proceda, pueden corregir lo decidido si es que entienden que la aplicación jurídica que se ha proyectado sobre el asunto o supuesto concreto no es ajustada a Derecho; ello no implica que nos hallemos ante lo que el legislador penal ha querido comprender dentro del delito de prevaricación judicial. Ni siquiera podemos aceptar esa hipótesis maximalista y que tendría un sesgo de cierto automatismo en aquellos casos en los cuales se haya procedido a una grave vulneración de derechos merecedora de la declaración de nulidad si es que concurren los supuestos contemplados en el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . Para que podamos afirmar que se ha cometido un delito de prevaricación la exigencia es mucho más intensa.

Hacemos a continuación un resumen de algunos pronunciamientos en torno a la figura delictiva comentada y que resultan de utilidad para la resolución del supuesto que nos ocupa.

1. La STSJ de Andalucía Nº 15/2011, de 13 de octubre de 2011 (ROJ: STSJ AND 8132/2011) nos ofrece un detallado análisis de la figura que estamos examinando, recogiendo en su FJ Cuarto las implicaciones de la ubicación sistemática del delito de prevaricación judicial, la importancia del bien jurídico que protege, y la trascendencia de la conducta en sí misma. Se extiende mucho más en el análisis.

En cuanto a los elementos del delito, destacamos de cuanto dice la Sentencia citada que:



- El medio de comisión consiste en dictar una sentencia o resolución injusta. Tal injusticia puede derivar de razones de fondo y también existirá cuando haya importantes defectos de forma o procedimiento. Se trata de un elemento constitutivo de este delito que tiene una autonomía propia, sin que pueda en modo alguno quedar contaminado por razones de carácter subjetivo, en este caso por la finalidad de beneficiar a algún interesado en la resolución que se dicte. Por muy clara que aparezca esta finalidad, ello no puede utilizarse en pro de la concurrencia de este elemento que de modo evidente tiene un carácter objetivo.

- El elemento subjetivo de este delito, en su versión dolosa, viene recogido en la expresión "a sabiendas" que consiste en actuar con conciencia e intención deliberada de faltar a la justicia, lo que ha de aparecer de una manera que no deje lugar a dudas. Esa conciencia e intención deliberada no ha de confundirse con el móvil. Esta expresión ("a sabiendas") ha de referirse a la injusticia de la propia resolución, es decir, requiere que el funcionario judicial conozca, bien que hay una oposición al ordenamiento sustantivo, bien que se viola alguna o algunas normas importantes de procedimiento: ha de actuar con el conocimiento pleno de la realidad de esa injusticia material o formal.

Si hablamos de prevaricación culposa, se exigirá grave negligencia o ignorancia inexcusables en cuanto al fondo de la resolución o a la forma de conducirse procesalmente.

Como la misma Sentencia proclama, el problema esencial a la hora de configurar el delito de prevaricación radica en la injusticia de la resolución como elemento definidor.

2. La STS Nº 79/2012, de 9 de febrero de 2012 (ROJ: STS 414/2012) aborda la cuestión de la injusticia y desde una perspectiva objetiva. Así nos dice en su FJ Quinto que: "La jurisprudencia ha señalado que la prevaricación supone un grave apartamiento del derecho, de manera que "...no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes del proceso, sino en la postergación por el autor de la validez del derecho o de su imperio y, por lo tanto, en la vulneración del Estado de Derecho, dado que se quebranta la función judicial de decidir aplicando únicamente el derecho, en la forma prevista en el art. 117.1 CE", (STS nº 2/1999).

De esta forma, el elemento del tipo objetivo consistente en la injusticia de la resolución no se aprecia cuando se produce una mera contradicción con el derecho. Pues efectivamente, la ley admite en numerosas ocasiones interpretaciones divergentes, y es lícito que el juez pueda optar, en atención a las particularidades del caso, por una u otra interpretación sin incurrir en delito, aunque su decisión pudiera ser revocada en vía de recurso.

Por el contrario, la jurisprudencia, que ha asumido la teoría objetiva con elementos de la teoría de los deberes, ha venido insistiendo en que la injusticia requerida por el artículo 446 del Código vigente exige una absoluta colisión de la actuación judicial con la norma aplicada en el caso, de tal forma que la decisión cuestionada no pueda ser explicada mediante ninguna interpretación razonable efectuada con los métodos usualmente admitidos en Derecho. Así, se ha dicho que debe apreciarse la injusticia que requiere la prevaricación cuando "...la resolución de que se trate carece de toda posible explicación razonable, es decir, es a todas luces contraria a Derecho, porque su contenido, incluso en el supuesto de más favorable interpretación de la norma aplicable al caso o de las pruebas concurrentes, no se compadece con lo ordenado por la Ley, pudiendo referirse tal ilegalidad así cualificada, tanto a aspectos de procedimiento como materiales, ya se trate de cuestiones de calificación jurídica, ya de problemas de hecho o de apreciación de la prueba". (STS nº 4 de julio de 1996). Y la STS nº 2/1999, señaló que el apartamiento de la función que corresponde al autor en el Estado de Derecho según los arts. 117.1 y 103.1 CE, en ocasiones aludida mediante el uso de adjetivos, "...será de apreciar, por lo general, cuando la aplicación del derecho no resulte de ningún método o modo aceptable de interpretación del derecho".

3. De la misma forma, se refería la STS nº 877/1998 a la cuestión señalando que "La injusticia de la resolución o sentencia, ha de determinarse en base a criterios objetivos, habiendo la antigua jurisprudencia declarado que ha de tenerse por tal cuando no puede explicarse mediante una interpretación razonable - Sentencia del Tribunal Supremo de 21 enero 1911 -".

Igualmente, en la STS 2338/2001 se decía que "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, 1/1996, de 4 de julio, en Causa Especial 2830/1994, 155/1997 y la última, más completa y reciente la 2/1999, de 15 de octubre en Causa Especial 2940/1997, 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".

Y según se decía en la STS nº 102/2009, FJ 5º, la teoría objetiva "...es complementada por la teoría de la infracción del deber que salva las críticas a la formulación objetiva respecto de las normas de contenido impreciso.



En estos supuestos y en los de decisiones sobre facultades discrecionales se afirma la posibilidad de decisión prevaricadora cuando el juez excede el contenido de la autorización, cuando el juez decide motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o cuando el juez se aparte del método previsto en el ordenamiento".

En definitiva, se entenderá por resolución injusta aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles según los métodos usualmente admitidos en Derecho, careciendo de toda interpretación razonable, y siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad. Por lo tanto, una resolución basada en una interpretación que pueda 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 .

3. Por no extendernos en la cita jurisprudencial, acudiremos al completar este panorama tan solo a la STS Nº 101/2012, de 27 de febrero de 2012 (ROJ: STS 813/2012). Entre otros muchos contenidos indica: "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. El otro elemento, el subjetivo del tipo aparece integrado por la expresión "a sabiendas" es decir la conciencia, o la indiferencia, de estar dictando una resolución con total abandono 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. Estos elementos deben ser puestos en relación con la condición del juez técnico en Derecho y por tanto conocedor del Derecho y de la ciencia jurídica".

Quinto. Análisis de la prueba practicada.

El acusado ha tratado de justificar la decisión controvertida (la unión de testimonio de las D.P. 2539/2016 a las D.P. 1391/2016, y su posterior entrega al querellante Sr. Emiliano) sobre argumentos distintos: unos expuestos en la declaración prestada en la vista oral; otros integrados ya en la causa en algunas resoluciones a las que luego nos referiremos y que forman parte de la prueba documental.

En primer lugar (según lo que manifestó en juicio) "porque la causa iba a la Audiencia y podía ser necesario". Por otra parte, según lo que también manifestó poco después a preguntas del Ministerio Fiscal, debido a que un funcionario del Juzgado le comentó que la finalidad de la pretensión deducida por el querellante era utilizar los documentos o materiales que constaban en las D.P. 2539/2016 como fundamento del ejercicio de otras acciones ante otras jurisdicciones.

La cuestión resulta de capital importancia a la hora de calibrar en qué medida tales argumentos resultan asumibles en términos jurídicos o de relevante virtualidad a la hora de determinar el alcance de la corrección, incorrección o discutible justificación de la conducta enjuiciada que, muy resumidamente, recordemos que se centra en la entrega a quien no es parte en unas diligencias penales, de un ingente volumen de documentación que consta en éstas y que afecta a terceros.

A juicio de la Sala, las dos explicaciones expuestas por el acusado en el acto de la vista oral no resultan amparadas por la prueba practicada. Resulta en primer lugar patente que no se ha probado en modo alguno que el Magistrado fuese informado por ningún funcionario de la oficina judicial acerca de esa supuesta intención del querellante de utilizar los documentos que constaban en las Diligencias Previas 2539/2016 para el ejercicio de acciones en otras jurisdicciones. Ninguna testifical ni huella de dación de cuenta ha sido traída al proceso para respaldar esta hipotética razón. Pero además, aunque este hecho fuese cierto, la mencionada información chocaba frontalmente con el contenido del escrito presentado por la representación procesal del propio Sr. Emiliano , en fecha 9 de diciembre de 2016 (folio 107 del Tomo I del Rollo de Sala). Sus términos son claros en cuanto no aluden siquiera a otro uso de las Diligencias cuya copia solicitaba más allá de la esfera penal. La "claridad" con la que se expresa el peticionario en dicho documento es de suma importancia, dado que en el seno de un proceso judicial -y no solo de la clase del que estamos examinando- cuanto ha de resolverse es, precisamente, lo que plantean las partes a través de sus escritos, pues a lo largo de la fase de instrucción, la forma adecuada para introducir las respectivas pretensiones, es la que obedece (fuera de trámites concretos como la celebración de vistas o comparencias, que son presenciales) a la modalidad escrita. Era por tanto, al escrito reseñado a lo que debía dar concretamente respuesta el Magistrado instructor. Y la razón de pedir no se corresponde con la que se nos ha manifestado en el acto del juicio oral.



Es más: esa hipotética información del funcionario tramitador, colisiona en términos de coherencia con lo que sostiene el mismo Sr. Emiliano , a la luz de lo que ha declarado en calidad de testigo y sometido a juramento en el acto de la vista oral: en ningún momento expresa que su intención al pedir la importación de las D.P. 2539/2016 fuese acudir a otras jurisdicciones accionando cualquier otra pretensión que pudiera ejercer.

Por otra parte, es de apreciar una falta paralela también de coherencia en el propio Sr. Emiliano . Según lo declarado en el acto de la vista oral, además de cuanto hizo constar en su escrito de 9.12.2016 concurrió otro motivo en la petición: el hecho de que el Abogado del Estado considerase el recurso huérfano de la identificación de particulares. Lo cierto es que tales documentos no fueron aportados ante la Audiencia Provincial, ni tampoco se hizo uso de ellos en otros procedimientos (así respondió también por escrito al requerimiento efectuado como prueba independiente de la testifical y acordada por la Sala a propuesta de la acusación particular).

Tampoco contribuyen a esclarecer la razón última de la petición de la acumulación de estas diligencias a las primeras las referencias que lleva a cabo el testigo en torno al hecho (según él) de que estaba llevándose a cabo una campaña de difamación en su contra. Lo cierto es que esta alusión enrarece bastante la finalidad de hacerse con los documentos que constaban en las DP 2539.

El testigo aportado por la defensa, Sr. Secundino (entonces Presidente del Consejo Superior de Deportes) no aporta datos sustanciales a la hora de calibrar el alcance jurídico de la conducta enjuiciada. Expresa que no se siente perjudicado por el hecho de que se uniese a las primeras Diligencias Previas el testimonio documental de las segundas, y dice que Emiliano no se sentía perjudicado en el asunto de la Federación de Baloncesto (con lo cual no se apuntala su interés en traer las diligencias a las primeras previas).

La prueba documental es, sin duda, de una relevancia capital a la hora de analizar la entidad y naturaleza de los hechos por los que se sigue el proceso, y su valoración merece un análisis concreto.

En particular debemos resaltar los siguientes documentos principales:

1. Escrito de 9 de diciembre de 2016. Petición del Sr. Emiliano del contenido de las D.P. 2539/2016. Folio 107 Tomo I del Rollo de Sala.
2. Providencia de 9 de enero de 2017, acordando unir las D.P. 2539/2016 a las 1391/2016, y a la vez iniciando el trámite del recurso de apelación subsidiario a la reforma. Folio 703 Tomo III del Rollo Instructor.
3. Recurso de apelación del Sr. Emiliano contra el Auto que desestima la reforma intentada contra la decisión previa de sobreseimiento. Folio 108 y ss. Tomo I del Rollo de Sala.
4. Escrito de 12 de enero de 2017, por el que la representación procesal del Sr. Emiliano solicita la entrega de la copia digitalizada de las D.P. 2536/2016. Folio 178. Tomo II Rollo de Sala.
5. Providencia de 23 de enero de 2017, en la que se adoptan tres decisiones: 1. La remisión de las actuaciones a la Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación contra el Auto de Sobreseimiento. 2. La entrega al querellante Sr. Emiliano de la copia digitalizada de las D.P. 2539/2016. 3. Se deniega "nuevo plazo para la ampliación del recurso" diciéndole a la parte que la petición la realice ante la Audiencia. Folio 181 Tomo II Rollo de Sala.
6. Auto de 25 de abril de 2017, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial, por el que desestima la apelación contra la decisión de sobreseimiento provisional. Folio 572 y ss del Tomo II del Rollo Instructor. 7. Providencia de 4 de abril de 2017 -dictada en el seno de las D.P. 2539/2016- en cuyo punto 5 el Magistrado instructor ofrece explicaciones de por qué accedió a la entrega de la documentación (que no olvidemos que alcanzaba los doce tomos).

El escrito de 9 de diciembre de 2016 es de una notable confusión: el peticionario alude ambiguamente a un resultado u otro del recurso de reforma y en la súplica vuelve a expresarse en forma indeterminada ante una eventual apelación.

El recurso de apelación contra la decisión de sobreseimiento (ratificada por el propio instructor previamente) revela la inoperancia de las DP 2539/16; ni siquiera las menciona. En el Auto de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial -que resuelve el recurso- encontramos una posible explicación a esta omisión: la querrela es de abigarrada o farragosa exposición, siendo difícil identificar los hechos que se pretenden imputar a los querrelados. No solo no se aprecian indicios delictivos en los hechos narrados, sino que carece de sustento la petición de continuación de la instrucción, resultando patente la naturaleza prospectiva de la investigación pretendida e iniciada (folio 575 vuelto).

En resumen: de los documentos reseñados puede apreciarse que se accedió por el Magistrado instructor a una petición de incorporación a una causa de documentos que se hallaban en otra causa distinta; la petición se efectuaba por quien no era parte en estas segundas Diligencias Previas; no concurre razón procesal para la



petición. Cuando se acuerda la entrega, ya había transcurrido el plazo para alegaciones al recurso concedido mediante Providencia de 9 de enero 2017. Y además, al mismo tiempo (el mismo día) que se acuerda llevar a cabo la entrega a la parte querellante de los documentos traídos de las D.P 2539/2016, se elevan a la Audiencia provincial las D.P. 1391/2016 para la resolución del recurso de apelación con el que -nominalmente- se pretendía relacionar la documentación solicitada.

La carencia de razones atendibles para la entrega al Sr. Emiliano de copia digitalizada de las tan repetidas DP 2539/2016, lleva al Sr. Pascual , a pedir a través de su representación procesal, "explicaciones" a SSª sobre los argumentos tenidos en cuenta para acceder a lo pedido (así consta en el Informe emitido por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de Instrucción, que consta a los folios 122 y 123 del Tomo I del Rollo de Sala.

La respuesta es la que hemos hecho constar en el apartado 10 del relato de hechos probados: la Providencia de 4 de abril de 2017, sobre la que se fue expresamente interrogado el acusado en el acto de la vista oral y a la que asimismo se refirió su defensa en el trámite de informe, calificándola como "una equivocación".

En dicha Providencia nos encontramos con una "tercera" explicación de lo sucedido, aunque trabada sobre dos razones distintas. Por una parte, dado que el Sr. Emiliano quiso saber "como interesado el estado que mantenían las presentes D. Previas 2539/2016"; además, "ya que se encuentra dentro de lo establecido en la Ley 4/2015 en relación con los artículos 267 y 268 de la L.E.Crim".

A juicio de la Sala, el contenido de las decisiones judiciales adoptadas en relación con la petición de unión de documentos y su posterior entrega a quien no era parte (concretamente Providencias de 9 y 23 de enero de 2017) carece de justificación jurídica. No podemos más que discrepar de la defensa dado que las distintas y cambiantes razones que han sido la base de la conducta juzgada, no encajan en el concepto -expuesto por la defensa en trámite de informe- de "la argumentación jurídica dentro de lo posible". Veremos -a la luz de las consideraciones siguientes- el alcance concreto de esta conclusión.

Sexto. Encaje de los hechos en el ámbito penal.

Tras el análisis de la prueba y partiendo del ya expuesto panorama normativo, los hechos -por la intensidad del desajuste a Derecho de la acción- no solo son merecedores de reproche, sino que encuentran encaje en el ámbito penal.

La dualidad de regulaciones (orgánica/disciplinaria, y penal) que hemos reseñado, exige en primer lugar el análisis a la luz de lo actuado en el juicio oral, de la suficiencia de los elementos resultantes de la prueba para poder afirmar si la conducta rebasa las exigencias establecidas para considerarla merecedora de reproche o sanción solo disciplinaria.

Cuanto se imputa al Magistrado acusado es la "importación" indebida de datos y documentos obrantes en una causa penal a otra de la que no formaban parte, y su posterior entrega a quien los solicitó no estando personado en aquella causa. La relación entre ambas acciones (la unión y la entrega) ya hemos dicho que se presenta como algo inescindible, pues si pudiera considerarse la mera incorporación del testimonio de actuaciones como algo intrascendente, sin duda alguna no se hubiese iniciado el presente proceso. De ahí la importancia del examen de la dimensión de la conducta en términos de tipicidad penal.

1. Entendemos en primer lugar que la conducta juzgada excede las previsiones sancionadoras que contempla la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, pues ésta, al recoger como falta disciplinaria la revelación indebida de datos o hechos conocidos por el juez o magistrado en el ejercicio de su función (Art. 417.12 L.O.P.J .) está pensando en aquellos casos en los que se lleva a cabo la traición del deber de sigilo profesional: cuando se producen revelaciones indebidas sobre datos procesales a través de filtraciones o conducta similar, con independencia de que la actuación judicial que se sigue en el proceso de que se trate resulte correcta; incluso irreprochable desde el punto de vista técnico-jurídico.

Por el contrario, en el supuesto que nos ocupa, lo que se ha enjuiciado es una vulneración del deber legal-procesal de reserva o secreto de las actuaciones judiciales penales en la fase de instrucción, por cuanto el contenido de unas diligencias previas se entrega a quien no es parte en ellas, por mucho que las solicite en otras en las que sí era parte.

A propósito de esta última precisión hemos de dar respuesta al énfasis con que también la defensa en su intento de justificación de los hechos, insiste en que los documentos extraídos de las D.P. 2539/2016 fueron entregados a quien ya era parte en las D.P. 1391. No podemos aceptar esta lectura, pues si lo hiciéramos estaríamos validando la posibilidad de hacerse desde una causa determinada, con cuantos materiales obrasen en



otras (ajenas), tuviesen o no incidencia en la que sirve de plataforma de acopio. El propio acusado, cuando se le solicita en una segunda petición que haga entrega de las declaraciones prestadas en las D.P. 2539, indica al solicitante que debe personarse en ellas, corrigiendo de modo más que significativo su decisión anterior.

2. Por otra parte, hemos de tener en cuenta que en la base de la "importación" de las diligencias pedidas falla toda justificación procesal. Fueron entregadas al querellante cuando no resultaban utilizables ni en la causa desde la que se piden (pues ya estaba sobreseída, aunque fuese provisionalmente) ni tampoco eran aceptables para aportarlas o unirlas al recurso de apelación que ya -una vez desestimada la reforma previa- debía resolver la Audiencia Provincial. Basta traer a colación a tal efecto la doctrina de la imposibilidad de alegación en apelación de hechos nuevos, no tenidos en cuenta o no disponibles en la causa para el Juez que dictó la resolución recurrida.

Sobre este importante elemento de la posible justificación de la conducta, el Magistrado ya hemos dicho que ha ofrecido en juicio diferentes respuestas. En un primer momento sostuvo que la razón por la que accedió a lo petitionado se basó en que la causa "iba a la Audiencia y podía ser necesario". También al Ministerio Fiscal responde poco después que halló motivo en la información (verbal) que le dio un funcionario al decirle que el querellante quería esa documentación para el ejercicio de acciones en otras jurisdicciones. A la segunda de las acusaciones particulares que le interroga añade que el criterio que aceptó para acceder a la unión de los documentos se basó en el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva. Por último, en la "Providencia explicativa" (así se la denominó en juicio) de 4 de abril de 2017 se añaden otras razones distintas.

Todas estas variantes (con la salvedad de que la información verbal del funcionario no fue objeto de prueba alguna) pueden tener incidencia en la vertiente de la culpabilidad que luego analizaremos. Pero, de todos modos, no resultan suficientes para aquilatar, a juicio de esta Sala, una verdadera justificación; ni siquiera una duda; ni tampoco por lo tanto para anular el carácter típico de los hechos, ante la "inutilidad" que acabamos de defender y la barrera que se estaba traspasando del deber de cuidar el carácter legal reservado de las D.P. 2539/2016 para quienes no eran parte en ellas.

En cualquier caso, acudiendo a lo que en puridad se ha probado, tenemos que otorgar un valor determinante a los documentos consistentes en el escrito de solicitud (folio 107 Tomo I del Rollo de Sala, transcrito en los Hechos Probados) y a la Providencia de fecha 9 de enero de 2017 (también transcrita) que viene a aceptar o compartir (por una especie de remisión implícita) la pretensión del peticionario.

3. Alertadas las partes por lo sucedido, se solicita explicación al Magistrado sobre la decisión adoptada. Ya hemos dejado constancia de la Providencia de 4 de abril de 2017. Su contenido no resulta de recibo.

Desde luego, ninguna razón de ser tiene la invocación en la citada Providencia de los artículos 267 y 268 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ambos se refieren a la denuncia: el primero al contenido que ha de reflejarse de los hechos denunciados; el segundo, a la necesaria plasmación de la "identidad de la persona del denunciador". No nos hallábamos ante una denuncia, sino ante una petición de razones en el curso de un proceso ya en marcha e iniciado por deducción de testimonio.

Por otra parte, tampoco puede aceptarse como válida la escueta cita de la Ley 4/2015, por la que con fecha 27 de abril se promulga el Estatuto de la Víctima. Con esta Ley, España se sumaba con notable retraso al desarrollo de la Decisión Marco del Consejo europeo 2001/220, de 15 de marzo de 2001, elaborando un texto normativo que recogiese de forma sistematizada los derechos -procesales y extraprocesales- de las víctimas de delito. Aun contando con la relativa amplitud con que la ley define el concepto de víctima, tenemos que ceñirnos a su propio contenido. Como "víctima directa", (art. 2.a) la ley expone con términos más que nítidos lo que es la configuración clásica: persona que sufre la lesión del bien jurídico agredido por el delito. Como víctima indirecta la ley amplía el campo a los familiares en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito. (art. 2.b).

En resumen: ampararse a modo de justificación de la entrega cuestionada en las referencias normativas que se insertan en la mencionada Providencia, carece de sentido. Asimismo, informar al solicitante (a quien se atribuye una etérea condición de interesado) del estado en que se hallaban las Diligencias Previas no puede ser equivalente a entregarle una copia; con participarle la fase procesal en que se hallaban, o su conclusión o pendencia de recurso, se hubiese cumplido sobradamente el interés formal. Pero es que, no lo olvidemos, nunca se solicitó una mera información de estado. La petición tuvo mucho más alcance y concreción. Sin perjuicio de la valoración que de estos hechos ha de realizar esta Sala, tampoco podemos omitir -ya que se ha aludido a ello en el transcurso del juicio- que la Audiencia Provincial (Sección 7ª) al resolver el recurso de apelación contra esa resolución explicativa (Auto de 22 de enero de 2018; folio 177 y ss del Tomo I del Rollo de Sala) dejó meridianamente claro que no comparte el criterio del instructor; que no asume la calificación de víctima indirecta; y



que no puede darse traslado de unas Diligencias Previas a quien no es parte. El recurso no prosperó por su erróneo planteamiento y petición. No porque se validase la actuación del Magistrado instructor.

4. Como argumento adicional a la afirmación del carácter típico de los hechos hemos de señalar que no puede justificarse tampoco la conducta desde el argumento de la posibilidad de reapertura de la instrucción.

El sistema español diseñado en la Ley procesal penal se articula en torno a un proceso depurador de responsabilidades penales con un objeto preciso: la reconstrucción de un hecho que reviste características de delito y la averiguación de su autor, a fin de imponer las consecuencias jurídicas previstas en el Código penal, dentro del marco de garantías propias del sistema penal en un Estado democrático. Ese objeto del proceso penal se inicia con una actividad instructora, de naturaleza administrativa y jurisdiccional, dirigida a la preparación del juicio oral, mediante la práctica de una serie de actuaciones para averiguar y hacer constar la perpetración de delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos (art. 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Una vez concluida la actividad investigadora por parte del Juez de Instrucción, de conformidad con lo previsto en el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se ha de dictar alguna de las resoluciones que en el mismo precepto aparecen catalogadas. Entre ellas se encuentra la que decide el sobreseimiento provisional en aquellos casos en los cuales concurre alguna de las circunstancias descritas en el artículo 641 del mismo texto legal .

Tal clase de sobreseimiento procede en aquellos casos en los que, de conformidad con lo establecido en el citado artículo 641, o bien no resulta debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa, o bien no haya motivos suficientes para acusar a persona o personas determinadas como autores. En el primero de los casos, lo que se expresa en la resolución no es en puridad la inexistencia categórica de un hecho delictivo; antes bien, lo que se concluye es una insuficiencia de indicios y elementos probatorios para determinar el encaje de los hechos objeto de la denuncia o querrela en un concreto tipo penal hasta el punto que merece su remisión a juicio. No puede exigirse a tal fin un agotamiento más allá de lo razonable de las diligencias de instrucción que, bajo la fórmula general establecida en el artículo 299 de la ley procesal deben ser las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos. Nunca puede olvidarse que en el proceso penal el acto del juicio oral es la sede privilegiada para la determinación, esclarecimiento y prueba de los hechos. Pero sí resulta determinante contar con una suficiencia investigadora conveniente que permita establecer un juicio apriorístico, indiciario, sobre la tipicidad y la autoría.

Una vez acordado el sobreseimiento de una causa, aunque sea provisional, si se ha planteado contra esta decisión recurso de reforma, éste se ha visto desestimado y pende solamente el recurso de apelación (interpuesto con carácter subsidiario o bien de forma autónoma), el órgano superior, la Audiencia Provincial, tan sólo puede decidir acerca de la corrección de la decisión del Juzgado teniendo en consideración los elementos que el instructor manejó, tuvo en cuenta y de los que dispuso, a la hora de afrontar la resolución que pone fin al proceso (insistimos, aun de forma temporal). No pueden aportarse a la apelación, a la Audiencia, elementos o datos novedosos y distintos que no tuvo en cuenta (ni a la vista) el instructor, pues de tal forma se desvirtúa el recurso y en cierto modo se está traicionando el escenario sobre el que se desarrolló la investigación hasta el momento de su conclusión.

Desde este punto de vista, si la verdadera causa por la que se solicitó del acusado la incorporación mediante testimonio, a las D.P. 1391/2016, de cuanto (todo) constaba en las D.P. 2539/2016, fuera la aportación de nuevos elementos en fase ya de apelación, estamos ante una pretensión que no se soporta en el entendimiento asumible del proceso. A ello ha de sumarse que quien hacía la petición, no era parte en las Diligencias Previas que trataba (y logró) de incorporar y conocer, por mucho que fuese querellante en las actuaciones receptoras. Como el propio Magistrado indicó en su Providencia de fecha 2 de febrero de 2017 (dictada cuando se le solicitó ampliación de lo entregado), lo oportuno para conocer el contenido de la causa cuya importación se procuraba, hubiese sido que el Sr. Emiliano se personase en ésta si es que contaba con alguna de las condiciones personales y jurídicas que le permitiesen según la ley adquirir en aquel proceso la condición de parte.

Podría añadirse a lo anterior otra consideración: dado que ambos procesos se desarrollaban ante el mismo órgano judicial, su titular también podría haber analizado el contenido de las diligencias cuya unión a la primera causa le fue solicitada, con objeto de verificar si en realidad se daba el presupuesto habilitante; podría



haber analizado si tal contenido era esencial. Sin embargo, como él mismo reconoció en el acto de la vista oral, no lo hizo ("no hizo criba").

5. Lo sucedido, además, supuso conceder una ventaja indebida a quien se encontraba enfrentado a otra parte procesal, lo que resulta manifiestamente contrario a derecho ya que el hecho de dar un trato preferente produce una auténtica quiebra técnica de la imparcialidad y de la esencia de todo proceso, como es el respeto a la dualidad de las partes, que exige tratar -a ambas- de modo equitativo.

En el presente caso, esa situación no se produjo en un proceso sino en relación a otro, obteniendo una información procedente de otra causa que instruía el acusado y que interesaba a quien la solicitó para poder utilizarla en su provecho.

El uso que se diera a tal información o las consecuencias del acto judicial, son ajenos al tipo, que no exige ningún resultado para su aplicación, ya que se trata de un delito de mera actividad, en el que se sanciona la infracción del deber judicial de actuar conforme a derecho, sin que sea necesario la producción de resultados materiales concretos.

6. Finalmente, otra razón ha de añadirse en este análisis del encaje penal de la conducta. Se ha dicho por el acusado, y también se ha expuesto por su defensa en el trámite de informe, que el Ministerio Fiscal no recurrió la decisión adoptada por la que ahora, sin embargo, sostiene acusación delictiva.

El argumento, no carente de habilidad, no nos parece bastante. Ciertamente hubiese sido deseable que el Ministerio Público, en defensa de la legalidad, hubiese recurrido la providencia del Magistrado instructor. Pero el hecho de que no lo hiciese no justifica la acción ni la decisión adoptada, ni por lo tanto puede vaciar su significación penal.

En suma: los argumentos anteriores conducen a la conclusión de que la decisión adoptada (aunque fuese articulada conjuntamente en dos momentos distintos, cuales fueron la incorporación de las Diligencias y su posterior entrega al querellante que no era parte en la segunda causa) no encuentra explicación amparable en Derecho, y por lo tanto, desde un punto objetivo -inspirador de la interpretación jurisprudencial sobre la injusticia en el delito de prevaricación- participa de un contenido que excede clara y notoriamente las pautas y los métodos de interpretación usualmente admitidos. No es en absoluto defendible en Derecho.

Séptimo.

Ahora bien: a juicio de la Sala, no ha resultado de la prueba un contenido que nos permita -con la seguridad que requiere la selección del tipo penal- apreciar que el Magistrado actuó dolosamente.

Afirmada ya la integración del tipo objetivo del delito, es decir, el dictado de una resolución objetivamente "injusta", queda por determinar si esa contrariedad al Derecho era conocida por el acusado quien, pese a ello, decidió actuar en desobediencia al ordenamiento jurídico, o si por el contrario, no fue consciente de la real trascendencia antijurídica de su conducta, lo que abre el debate acerca de si nos hallamos ante un supuesto de delito imprudente, previsto en nuestra legislación para la prevaricación, exclusivamente si se trata de la judicial (art. 447 CP).

Como señala, a modo de resumen, la STS Nº 101/2012, de 27 de febrero de 2012 (ROJ: STS 813/2012) al referirse al delito del artículo 446 CP: "El elemento subjetivo de este delito viene recogido en la expresión "a sabiendas" que ha de referirse a la injusticia de la propia resolución, es decir, requiere que el funcionario judicial conozca, bien que hay una oposición al ordenamiento sustantivo, bien que se viola alguna o algunas normas importantes de procedimiento: ha de actuar con el conocimiento pleno de la realidad de esa injusticia ". Añade asimismo que: "La falta de acierto en la legalidad y la injusticia, obviamente, no son lo mismo, pues la legalidad la marca, evidentemente, la ley y la interpretación que de la misma realice el órgano dispuesto en la organización de tribunales como superior en el orden jurisdiccional de que se trate, en tanto que la injusticia supone un plus, una acción a sabiendas de la arbitrariedad de la decisión judicial adoptada".

En el artículo 447 del Código Penal encontramos la modalidad imprudente de la prevaricación, en cuanto castiga al "Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta" con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

El dolo se ha sustentado en un doble componente: el elemento intelectual o cognoscitivo y el elemento volitivo. Es lo que en su clásica definición se ha resumido como conciencia y voluntad del delito. En la figura dolosa de la prevaricación, por su especial estructura, esta conformación se muestra con evidencia al incluirse en el artículo 446 la expresión " a sabiendas ", que en determinados sectores de la doctrina española incluso ha llegado a identificarse con el dolo directo (Muñoz Conde; Orts); asimismo se sigue mayoritariamente esta posición



en la doctrina alemana (Heinitz; Bemmann). También en alguna Sentencia ya lejana en el tiempo del Tribunal Supremo se equiparó con la constancia para el Juez de que la resolución que dicta es injusta por contraria a la ley y ello no obstante, es dictada voluntaria y conscientemente (STS de 3 de mayo de 1986). A la cita jurisprudencial que antes hemos recogido, podemos añadir la que defiende que el subjetivo del tipo aparece integrado por la conciencia o la indiferencia de estar dictando una resolución con total abandono del principio de legalidad y de unas interpretaciones usuales y admisibles en Derecho.

Por el contrario, la modalidad culposa pivota sobre dos vertientes a su vez: la imprudencia (que ha de ser grave), o la ignorancia inexcusable, y parte de un presupuesto restrictivo (por cuanto no aparece en el tipo doloso): que la injusticia sea manifiesta (requisito que debemos entender como patente, notoria, evidente).

Esta Sala es consciente del carácter inusual de la figura imprudente en el delito de prevaricación judicial. Pronunciamientos del Tribunal Supremo como la STS de 29 de junio de 2012 (ROJ: STS 4687/2012) han sostenido, por ejemplo, que "Ciertamente, es difícil representarse un supuesto de prevaricación judicial imprudente, pues el hecho de dictar una resolución injusta por un funcionario tan cualificado como es el juez, deja poco espacio a un actuar negligente. Su ámbito de aplicación puede ser el de desatención grave de la oficina judicial causal a una actuación judicial manifiestamente injusta, lo que no es el caso de autos".

Ahora bien: esa menor probabilidad de que asistamos a esta modalidad del delito no impide, en absoluto, que resulte imposible ni que la figura aparezca en el Código Penal insertada a título testimonial o teórico. Como veremos posteriormente, en el supuesto enjuiciado sí concurren los elementos que lo integran.

Como presupuesto inexorable: la injusticia notoria . A título de ejemplo también, señala el ATS de 17 de junio de 2014 (ROJ: ATS 5731/2014) en su FJ 4º: "En cuanto a la prevaricación culposa, prevista en el art. 447 CP , cometida por ignorancia inexcusable o negligencia, exige que el carácter de injusticia de la resolución sea manifiesto, lo que coloca como presupuesto previo a la infracción del deber objetivo de cuidado, ora por negligencia inexcusable, el carácter notorio de la desviación del derecho, por lo que centrándose ésta -la desviación-, en el derecho procesal, solo, como hemos visto, la vulneración de normas de competencia o de reglas esenciales de procedimiento podría integrarse en la dimensión típica de la injusticia notoria".

Se expresa su concepto y elementos propios, entre otras, en la STS de 20 de diciembre de 2013 (ROJ: STS 6196/2013) FJ 2º, al señalar:

"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".

Añade la misma Sentencia que:

"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".

Aplicando los postulados contenidos en la Jurisprudencia que acabamos de reseñar, reafirmamos el carácter manifiesto de la injusticia que encierra la actuación del Magistrado acusado, por cuanto ha vulnerado con su actuación una regla procesal pacífica cual es la que establece el carácter secreto o reservado de unas diligencias previas o un sumario para aquellas personas que no son parte en el proceso.

Además entendemos que se cumplen los restantes requisitos de la imprudencia grave en su actuar, al haber violado normas elementales de cuidado en su actuación profesional que le resultaban exigibles, y que por su condición de Magistrado no podía desconocer.

La Sala alcanza la plena convicción de que el acusado no se detuvo en la evaluación real de lo pedido ni de las consecuencias que encerraba la petición que se le presentó. En modo alguno se ha practicado prueba sobre hipotéticas razones espurias que moviesen el ánimo del Magistrado instructor. Fundamentamos esta convicción que conduce a la apreciación de actuación descuidada en varios elementos que han aflorado con nitidez de la prueba desarrollada.

El mismo acusado reconoció que no hizo criba alguna de la documentación que acumuló a las primeras diligencias previas y posteriormente entregó digitalizada al querellante. El dato es importante pues podía haberlo hecho al disponer -como ya hemos dicho- de ambas Diligencias Previas en su propio juzgado; de tal modo, una vez evaluado el contenido, podía dar respuesta a la petición con solvencia, aun (incluso) sin tener presente que quien solicitaba esa documentación no estaba personado en el proceso del que pretendía extraerla.

Se representó -así resulta de una lectura imparcial de la prueba personal- que la entrega podía servir para el recurso de apelación, sin reparar con un estudio ponderado en que, procesalmente, ese uso no era admisible: ni por el momento en el que se realizaba (la causa ya estaba sobreseída y acordada su remisión a la Audiencia para resolución del recurso de apelación) ni tampoco por la improcedencia de aportar en fase de apelación elementos novedosos.

Pese a que fuese su obligación, no estamos en condiciones de afirmar que realmente conociese con la debida profundidad, el contenido de todos los documentos que componían los doce tomos de las Diligencias Previas 2539/2016. El acusado solamente recordaba en juicio cuentas auditadas de las federaciones deportivas, y a preguntas del Ministerio Fiscal expresa que no recuerda "facturas", pero admite sin dobleces que "no se lo puede concretar".

Por supuesto que no verificó el hecho de que las Providencias en que acordaba la unión y la entrega se notificaron a las partes, aunque bien es cierto que las funciones que la legislación orgánica y la procesal atribuyen a los Letrados de la Administración de Justicia como directores técnicos de la oficina judicial y responsables de los actos de comunicación, introducen un importante matiz en este punto.

Un elemento añadido a la falta de cuidado que impregnó el modo de proceder, es la explicación que se ofrece a las partes cuando se solicitan explicaciones de por qué llevó a cabo la entrega, al citar -en la Providencia de 4 de abril de 2017- erróneamente la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima, que ninguna aplicación tenía en este caso (y sin que pueda confundirse con la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana).

Todo lo expuesto conduce a reafirmar la convicción de que la forma de proceder del Magistrado, analizada en su conjunto, es indudablemente descuidada, pues se omitieron los más elementales deberes de comprobación y verificación del sustento de lo pedido, del objeto de lo pedido, y de las limitaciones que se cernían sobre tal solicitud por razones de falta de personación. La conducta no podemos omitir que también resulta grave en sí



misma, pues contradice uno de los postulados básicos inspiradores del marco procesal penal, cual es la naturaleza secreta o reservada del sumario para quienes no son parte en la causa.

Por ello entendemos que colma las exigencias del tipo imprudente, descartándose esa expresa mala intención que sostienen las acusaciones en su calificación jurídica y que alguna en particular ha pretendido sobredimensionar a través de alegaciones y comentarios tan incisivos como huérfanos de prueba sobre una supuesta trama de enemistades y venganzas. No podemos admitir, desde la imparcialidad constitucional a la que estamos obligados como Tribunal, descalificaciones fundadas en hipótesis que no se encuentren respaldadas por las pruebas practicadas en juicio. No creemos necesario recordar que en el proceso penal, a quien incumbe la prueba de carácter inculpativo es a quien sostiene acusación.

Octavo.

Ni fueron alegadas por las partes ni concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Noveno.

Las tres acusaciones han considerado que los hechos no solo son constitutivos de un delito de prevaricación, sino además de otro delito de revelación de secretos, del artículo 417.1 del Código Penal . El Ministerio Fiscal afirma la existencia de ambos delitos acumulativamente, las dos acusaciones particulares se limitan a decir que aparecen "en concurso".

Nuevamente acudimos a lo expuesto en la citada STS N° 79/2012, de 9 de febrero de 2012 (ROJ: STS 414/2012), en la que se examinaba un supuesto con acusación por sendos delitos de prevaricación judicial y de interceptación de comunicaciones por parte de la autoridad o funcionario público (art. 536.1 CP).

En el FJ decimocuarto se resuelve la cuestión en los siguientes términos: "La cuestión que se plantea es la relación entre ambos delitos. La prevaricación es un delito de resultado de lesión en el bien jurídico protegido, pero no de resultado material. Se consume con el dictado de una resolución que reúna las condiciones formales para ser ejecutada, pero no requiere su ejecución efectiva. Los resultados posteriores podrán dar lugar a valorar la comisión de otro delito. Esta consideración viene apoyada por la previsión del artículo 446.1 según la cual, en caso de ejecución se castiga con más pena, que, sin embargo, por su naturaleza, no cubriría la antijuricidad de algunos actos constitutivos de otros delitos más graves, como podría ocurrir, por ejemplo, en caso de detención ilegal. En la STS n° 842/2006 , se mantuvo la condena por prevaricación y detención ilegal en concurso medial.

Sin embargo, en algunos casos, es posible que todo el contenido de injusto de la conducta quede cubierto ya por el delito de prevaricación, debiendo apreciarse entonces un supuesto de concurso aparente de normas.

En el caso, dictada la resolución que acuerda la intervención de la comunicación, la ejecución de la misma mediante la utilización de los artificios técnicos de escucha, no añade un nuevo contenido de injusto al ya contemplado por la prevaricación, por lo que debe entenderse que este delito absorbe al segundo.

Esta Sala ha resuelto de esta misma forma supuestos de prevaricación que ocasionaban una infracción consistente en el impedimento del ejercicio de los derechos cívicos. Así, en la STS 246/2003 se aplicaban los principios de especialidad y de consunción (artículo 8.1 y 3 CP); y en la STS 784/1997 y en la STS 965/1999 se aplicaba el principio de especialidad (artículo 8.1 CP). En sentido contrario, aisladamente, la STS 172/1993 , que apreció un concurso ideal de delitos.

En otras sentencias se ha llegado a la misma conclusión, aplicando exclusivamente el delito de prevaricación, al considerar que la vulneración de los bienes jurídicos afectados se encontraba en el caso especialmente imbricada, (STS 1070/2000 y STS 818/1992).

En consecuencia, se aprecia en este caso un concurso aparente de leyes que se resolverá con aplicación del principio de consunción del artículo 8, apartado 3, aplicando solamente el delito de prevaricación como precepto más amplio".

Este mismo criterio es el que seguimos en el supuesto enjuiciado. El delito de prevaricación prevalece por virtud del principio de consunción del artículo 8.3 del Código Penal de modo que no ha lugar a declarar cometido separada o independientemente, ni tampoco en relación de concurso, el delito de revelación de secretos por el que se sostuvo acusación.

Décimo.



En orden a la determinación de la pena, ante la falta de concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, entra en juego lo dispuesto en el artículo 66.1.6 del Código Penal , que permite al Tribunal la imposición de la pena establecida por la ley para el delito cometido en la extensión que se estime adecuada, tomando como referencia dos parámetros: las circunstancias personales del delincuente y la gravedad del hecho.

La valoración del primero de los elementos se ha definido desde un punto de vista multidisciplinar, que abarca desde la evaluación de personalidad a la evaluación social (situación familiar, por ejemplo), sin olvidar la capacidad de acomodo a la norma dentro de la necesidad de aquilatar el alcance de la prevención especial como fin inherente al Derecho Penal. En el caso y delito que nos ocupa, esta faceta presenta particularidades. No podemos ignorar que el acusado es miembro de la carrera judicial desde hace años, con una situación social y familiar consolidada, y que no ha tenido a lo largo de su carrera profesional un devenir diferente del que tienen de ordinario cuantos integran la judicatura. El factor de la mayor o menor gravedad del hecho se sitúa en la órbita del desvalor de la conducta que se pone de manifiesto en el delito. Pero no puede olvidarse que debe ser un elemento para concretar la dimensión de la pena, pues el propio legislador establece ya en todos los tipos penales la extensión que considera adecuada a cada delito en concreto.

En cuanto a la denominada "individualización judicial", el delito de prevaricación culposa del art. 447 CP , prevé una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años de duración.

Y al no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en atención a lo previsto en el art.66.1 6º CP , consideramos adecuado imponerla en tres años de duración, huyendo tanto de aplicarla en la mínima expresión, pues entonces quedaría vacía de contenido la posibilidad de aplicación del apartado 2º del artículo 66 en aquellos casos de concurrencia de una circunstancia atenuante, como de elevarla indebidamente.

Es por ello que la Sala se decanta por la aplicación en la mitad del tramo inferior de la pena prevista en el Código penal, que va de dos a cuatro años, por considerarla particularmente proporcionada a los hechos producidos, conforme a la valoración efectuada en esta resolución.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 CP , la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque no sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Produce además la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recaen.

En el presente supuesto el Ministerio Fiscal solicitó la inhabilitación (aunque en dimensión mayor por cuanto acusaba por delito doloso) para el ejercicio del cargo de Juez o Magistrado, con pérdida definitiva del mismo y sus honores anejos, así como la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo público en el ámbito de la administración de justicia, y en particular aquellos que conlleven el ejercicio de funciones jurisdiccionales o de gobierno, dentro del Poder Judicial, o con funciones jurisdiccionales fuera del mismo. Las acusaciones particulares no hacen mención alguna a la delimitación establecida en el último inciso del artículo 42.

Acogiendo parcialmente lo pedido por el Ministerio Fiscal, entendemos que la pena de inhabilitación especial ha de comprender la pérdida del cargo de Magistrado con sus honores anejos, así como la imposibilidad de obtener también durante el tiempo de la condena empleo o cargo público en el ámbito de la administración de justicia que conlleve el ejercicio de funciones jurisdiccionales o de gobierno judicial; asimismo, el ejercicio de funciones jurisdiccionales fuera del Poder Judicial en idéntico período.

Undécimo. Responsabilidad civil.

El delito de prevaricación no protege bienes jurídicos de carácter individual, aunque puede causar daños individualizados en quienes sufren las consecuencias de la resolución injusta.

Ahora bien, para poder apreciar la responsabilidad civil ex delicto (art.116.1 CP) han de darse dos requisitos: su expresa solicitud -principio de rogación- y su acreditación.

El primer requisito se cumple, dado que si bien el Ministerio Fiscal no la solicita, sí lo hacen las acusaciones particulares.

Pero no sucede lo mismo con relación a la prueba del perjuicio sufrido por quienes sostienen acusación.

Por una parte, como consta en los hechos declarados probados, entendemos que no ha resultado acreditado que el acusado hubiese realizado la divulgación de los contenidos que aparecieron en prensa, ni mucho menos haber participado en una supuesta campaña para perjudicar a nadie en concreto. No podemos olvidar que la responsabilidad civil se anuda a una conducta individualizada.



Además, aun declarando también probado que se difundieron en los medios de comunicación informaciones sobre los querellantes y sobre diversos aspectos económicos que les relacionaban con las federaciones deportivas ("una vida de lujo"), no se ha practicado prueba en juicio referida a las concretas consecuencias que ello haya tenido en su vida o profesión, no constándole a la Sala en qué medida los hechos que han sido juzgados en este proceso (y no otros que les enfrentasen con otras personas o instituciones) determinaron el menoscabo de sus condiciones o solvencia personal o profesional.

Por utilizar exactamente las mismas palabras que la STS N° 79/2012, de 9 de febrero de 2012 (ROJ: STS 414/2012) FJ Décimosexto: "En el caso, no se ha desarrollado por la acusación ningún razonamiento sobre la identificación del perjuicio o sobre su valoración, por lo que no se considera procedente la indemnización solicitada".

Por último, el hecho de que sólo se estime cometido un delito de prevaricación, que cubre la significación antijurídica de los hechos objeto del proceso, impiden considerar otros efectos que el derivado de la propia significación de la conducta contraria a derecho realizada por el acusado, en su condición de Juez Instructor.

No procede, pues, acordar nada a este respecto, al no haberse producido ante el Tribunal, pruebas sobre los supuestos daños o perjuicios cuya existencia no ha pasado de simples alegaciones.

Décimo segundo.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 239 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 123 del Código Penal , han de ser impuestas al penado las costas causadas en el presente proceso. Se incluyen en ellas expresamente las devengadas por la intervención de las acusaciones particulares.

En virtud de todo lo expuesto, vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que, debemos condenar y condenamos al acusado Simón como autor penalmente responsable de un delito de prevaricación imprudente, previsto y penado en el artículo 447 del Código Penal , en concurso de normas con un delito de revelación de secretos, del artículo 417.1, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de inhabilitación especial para empleo o cargo público que se concreta en la pérdida del cargo de Magistrado con sus honores anejos, así como en la imposibilidad de obtener durante el tiempo de la condena empleo o cargo público en el ámbito de la administración de justicia que conlleve el ejercicio de funciones jurisdiccionales o de gobierno judicial; asimismo, en el ejercicio de funciones jurisdiccionales fuera del Poder Judicial en idéntico período.

Todo ello con imposición de las costas causadas, con inclusión de las ocasionadas por las acusaciones particulares.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que cabe interponer contra esta resolución recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de conformidad con lo previsto en el artículo 847.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Remítase testimonio al Consejo General del Poder Judicial para constancia y efectos oportunos, con indicación, en su caso, de firmeza.

Así por esta Sentencia, de la que se unirá Certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.

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.