

Id Cendoj: 28079120012009100131  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
 Sede: Madrid  
 Sección: 1  
 Nº de Recurso: 1085/2007  
 Nº de Resolución: 102/2009  
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
 Ponente: LUCIANO VARELA CASTRO  
 Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x PREVARICACIÓN JUDICIAL x
- x **COHECHO** x
- x ABOGADO x
- x VOTO PARTICULAR x

**Resumen:**

Prevaricación y **cohecho** cometida por Juez y abogado. Votos particulares.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil nueve

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley interpuestos por la acusación particular Luis Manuel y de los acusados Joaquín , Aurelio , María Purificación , Jose Enrique Y Imanol , representados por los Procuradores D. Jesús Fontanilla Fornieles, D<sup>a</sup> Ana de la Corte Macías, D. Ramiro Reynolds Martínez, D<sup>a</sup> Rosa María Arroyo Robles y D<sup>a</sup> Paloma Rubio Pelaez y por D. Ignacio Aguilar Fernández, respectivamente, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, Sala de lo Penal y Civil, que condenó a Joaquín , Aurelio , María Purificación , Jose Enrique y Imanol por delito de prevaricación, **cohecho** y tráfico de influencias; siendo también parte el Ministerio Fiscal. Los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para vista y votación bajo la Presidencia del primero de los indicados habiéndose encargado de redactar la sentencia D. Luciano Varela Castro, al no estar el Ponente Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta conforme con el voto de la mayoría.

**I. ANTECEDENTES**

PRIMERO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla acordó incoar Diligencias Previas, por auto de fecha 21 de diciembre de 2004, registradas bajo el número 3/04. Con fecha 18 de abril de 2005 se presentó por el Ministerio Fiscal escrito de ampliación de querrela, por delito de prevaricación, **cohecho** y tráfico de influencias, contra María Purificación , Jose Enrique , Aurelio , Joaquín y Imanol y con fecha 20 de marzo de dos mil siete dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"I.- El día 7 de junio de 2004 el hoy acusado, Imanol , resultó agraciado con un premio de 75.000 euros en la Entidad "Bingo Red Al-Andalus", sito en la localidad malagueña de Fuengirola. Como quiera que durante el curso de la partida se detectaran supuestas irregularidades, la entidad organizadora de la misma, al amparo de lo dispuesto en el *art. 40 del Reglamento del Juego del Bingo* aprobado por *Decreto 513/1996, de 10 de diciembre* , decidió no entregar a Imanol la citada cantidad, dejándola depositada el día 8 de junio en la notaría de Don Juan Carlos Martín Romero, en Málaga. En el acta notarial de depósito se hacía constar que "... la devolución del depósito se hará a Don Imanol ... si presentara al Sr. Notario autorización de la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía correspondiente, de la Dirección General de Espectáculos Públicos, Juegos y Actividades Recreativas, o en su caso, resolución de la autoridad judicial competente para retirar el premio...". La finalidad de este depósito notarial era asegurar las resultas del expediente administrativo que habría de incoarse para dilucidar las posibles irregularidades surgidas en la

partida de bingo y decidir sobre la obligación de pago del premio a Imanol .

Ante la presumible tardanza en la resolución del expediente administrativo y la urgencia de Imanol para cobrar el premio, éste acudió al letrado Aurelio , también acusado, y a quien Imanol había conocido a través de Jesús dueño del establecimiento donde había ganado el premio de bingo. Aconsejado por el letrado Aurelio , también acusado, y a quien Imanol había conocido a través de Jesús dueño del establecimiento donde había ganado el premio de bingo. Aconsejado por el letrado Aurelio , el día 19 de junio, Imanol formuló denuncia, en el juzgado de guardia de Málaga -los hechos se habían producido en el partido judicial de Fuengirola-, aprovechando que en ese día era el juzgado de instrucción nº 3, servido por el magistrado-juez y acusado, Joaquín , amigo del letrado Aurelio , con el que, conocedores de la situación económica que acuciaba a aquél, previamente habían convenido entregarle una cantidad de dinero a cambio de que el magistrado dictase resolución ordenando al notario la inmediata devolución de 75.000 euros.

En la misma fecha de la denuncia Joaquín , antes de la incoación de diligencias previas, sin oír el parecer de Ministerio Fiscal sobre la procedencia de la medida cautelar solicitada, dictó auto en el que se acordó que por el notario, Juan Carlos Martín Romero se hiciese entrega al compareciente de la cantidad consignada "y ello sin dilación de clase alguna, en forma inmediata y sirviendo esta resolución de autorización a la autoridad judicial competente para ello, facultando al letrado Don Aurelio para colaborar en la cumplimentación de lo dispuesto pudiendo incurrirse en el delito de quebrantamiento de medida cautelar la falta de cumplimentación de esta resolución", invocando como fundamento el *artículo 13 de la LECRim., que contempla como una de las primeras diligencias a practicar la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el supuesto delito, si bien en la resolución no se hacía referencia alguna al delito que supuestamente podría haberse cometido.* Aurelio , en el acta de la comparecencia-denuncia no asistió al denunciante ni fue designado letrado del compareciente.

En ejecución del plan acordado la cantidad íntegra fue efectivamente retirada por Aurelio mediante talón bancario a nombre de Imanol , el lunes día 21 del mismo mes y año. Por motivos y en circunstancias de tiempo y lugar no del todo aclaradas, consta en dicho talón el endoso por Imanol a favor de Aurelio , así como el ingreso de su cuantía íntegra con fecha 22 de junio, martes, en una cuenta bancaria titularidad del hijo de Aurelio respecto de la que éste tenía autorización para disponer. Además del endoso, también consta una autorización firmada por Imanol y fechada el día 22 de junio, a favor de Aurelio , para cobrar el cheque, adjuntándose una fotocopia del talón. Ese mismo día Aurelio hizo una extracción de 64.000 euros que entregó en metálico a Imanol en un hotel de Madrid el mismo día 22 de junio. Del resto del total ingresado en su cuenta -11.000 euros-, Aurelio realizó una extracción de 5.000 euros que entregó al Magistrado Joaquín y la cantidad restante -6.000- euros quedó a su disposición en la cuenta bancaria donde se ingresó la totalidad del dinero. Además, Aurelio recibió en Madrid de Imanol 1.200 euros en concepto de honorarios profesionales y 600 euros por gastos de desplazamiento.

La denuncia interpuesta ante el juzgado de instrucción nº 3 en funciones de guardia, fue finalmente turnada al juzgado de instrucción nº 8 de Málaga, que incoó, con fecha 16 de julio siguiente, las diligencias previas nº 2892/04, sobreseídas provisionalmente el mismo día de su incoación. Tales diligencias se reabrieron posteriormente para que la propia entidad denunciada, "Bingo Red Al-Andalus", "Agrupación de Interés Económico", se personara, y su representante legal fuera oído para aclarar la denuncia presentada contra las personas que resultaran responsables, interponiéndose posteriormente denuncia contra Imanol y otras tres personas más por si el posible fraude pudo afectar a la partida ganadora, siguiéndose por estos hechos las diligencias previas 6878/2004, en el juzgado de instrucción nº 13 de Málaga.

II.- A).- Conociendo el hoy acusado, letrado en ejercicio, Aurelio , la situación de necesidad económica en que se encontraba el también acusado Joaquín , magistrado-juez del juzgado de instrucción nº 3 de los de Málaga, con quien mantenía relación de amistad, y conociendo asimismo que a partir del día 10 de agosto de 2004 se encontraría desempeñando funciones de sustituto reglamentario por vacaciones del titular del juzgado de instrucción nº 10, en el que se tramitaban las diligencias previas nº 2878/2004 -seguidas por presuntos delitos contra la salud pública por tráfico de estupefacientes y blanqueo de dinero en las que se habían incautado cinco kilogramos de cocaína- en cuyo seno había sido adoptada la medida cautelar de prisión preventiva de los también acusados en este procedimiento Jose Enrique y María Purificación , así como la intervención de la cantidad de 141.545 euros, convino con estos últimos ofrecer a Joaquín una cantidad de dinero a cambio de que por dicho juez se dictasen las resoluciones que fueren pertinentes para obtener la libertad de los referidos presos y además la devolución de las cantidades incautadas. Para ello, el letrado Aurelio y el magistrado Joaquín acordaron que el primero presentaría un recurso de reforma contra el auto del juez titular del juzgado de instrucción nº 10, de 9 de agosto de 2004 , en el que confirmaba dicha medida cautelar con relación a María Purificación , a cuya petición se añadiría la

devolución de la cantidad incautada; y presentaría igualmente la petición de puesta en libertad de Jose Enrique que no había sido pedida previamente.

Así las cosas, el día 11 de agosto de 2004, el abogado Aurelio , presentó recurso de reforma, acompañando una autorización firmada por María Purificación para que el letrado pudiera cobrar el importe que se intervino en su domicilio.

Joaquín , accediendo a dichas pretensiones y en consideración a la cantidad de dinero prometida, dictó auto de fecha 13 de agosto de 2004 , -sin haber tenido ocasión de consultar ni la voluminosa causa ni la pieza de situación personal y, desde luego, sin conocer el informe del Ministerio Fiscal- acordando la libertad provisional de María Purificación con obligación de prestar fianza de 3.000 euros, en el plazo de tres días a contar desde el siguiente a su puesta en libertad- es decir no como condición previa-, así como que se librara "sin dilación oportuno mandamiento no devolución a la misma por la cantidad decomisada de 141.545 euros con entrega del mismo a su defensor para agilización del recobro bancario de dicha suma".

B).- El día 12 de agosto de 2004, el letrado acusado Aurelio solicitó la libertad provisional de Jose Enrique ; el escrito fue presentado ese mismo día en el juzgado de instrucción nº 5 que se encontraba de guardia, y con fecha 17 de agosto , antes de que hubiese llegado el escrito de solicitud de libertad al juzgado que tramitaba las diligencias, que era el juzgado de instrucción nº 10 de los de Málaga y de que se hubiera dado cuenta del mismo al magistrado, y desde luego sin que se hubiese dado traslado de dicha petición al Ministerio Fiscal, Joaquín sin poder consultar las piezas de situación personal, que se encontraban en el juzgado de instrucción nº 10, dictó auto acordando la libertad provisional de Jose Enrique con obligación de constituir fianza de 6.000 euros en el plazo de tres días, fundamentándolo en que en el mismo concurrían "idénticas circunstancias" que la referidas en el auto de 13 de agosto que había acordado la libertad de María Purificación . En la misma fecha Joaquín acordó desestimar la petición de libertad provisional de Pedro Antonio , otro imputado en menor grado en la misma causa, sin que su fundamentación se expresasen argumentos que evidenciasen una situación diferentes a la de Jose Enrique .

El auto de 13 de agosto, fue recurrido en apelación por el Ministerio Fiscal ante la Audiencia Provincial de Málaga , quien con fecha 28 de septiembre siguiente, decidió el citado el citado recurso y estimó desestimar en cuanto a la excarcelación de María Purificación , pero sí lo estimó en lo relativo a la devolución de las cantidades incautadas con requerimiento a la misma para que procediese a devolver de forma inmediata esas cantidades, con apercibimiento de incurrir, en caso contrario, en delito de desobediencia.

El auto acordando la libertad de Jose Enrique , fue recurrido igualmente, por el Ministerio Fiscal, recurso que fue estimado por la Audiencia Provincial de Málaga según auto de 28 de septiembre de 2004 .

C).- En ejecución del plan acordado, por el letrado Aurelio se procedió al cobro de 141.545 euros el día 13 de agosto, que hizo efectivo el siguiente día hábil, 17 de agosto, mediante su presentación en la oficina 4078 de Banesto de Málaga, y en la que obtuvo el cheque bancario nominativo nº NUM000 , que inmediatamente ingresó en la cuenta NUM001 de la que es titular un hijo suyo y en la que el acusado aparece como autorizado, del Banco de Andalucía, agencia urbana nº 5 de la calle Ayala de la ciudad de Málaga. El acusado antes citado, el mismo día 17, realizó dos extracciones de la cuenta referida, una por importe de 9.000 euros y otra de 12.000 euros. De esas cantidades, 3.000 fueron destinados al pago, ese mismo día 17, de la fianza impuesta a María Purificación , y una cantidad, no inferior a 9.000 euros, que fue entregada en metálico al coacusado Joaquín . El 20 de agosto y el 31 de agosto, Aurelio realizó dos extracciones más por un importe total de 116.000 euros, de los cuales, 6.000 euros fueron destinados al pago de la fianza impuesta a Jose Enrique , y sólo 50.000 euros fueron restituidos a María Purificación y Jose Enrique .

Requerido por el juzgado de instrucción nº 10, con fecha 4 de octubre de 2004 , el acusado Aurelio procedió a consignar en dicho juzgado la cantidad de 6.000 euros a que, según había manifestado María Purificación , ascendían sus honorarios.

III.- En día no exactamente concretado de la primera quincena de noviembre de 2004, Paula , en su intento de facilitar la puesta en libertad de su hijo, Jose María , en situación de prisión provisional a virtud de las diligencias previas que con el número 507/04 se tramitaban en el juzgado de instrucción nº 12 de Málaga, pidió al acusado Joaquín -a quien conocía de años atrás por haber acudido éste al "tablao flamenco" que aquella regentaba- se interesase por la situación de su hijo en dicho juzgado, lo que el acusado llevó a cabo primero a través de un agente judicial de su propio juzgado, y después a través de una llamada telefónica que él mismo efectuó a la titular del juzgado de instrucción nº 12. En dicha

conversación Joaquín se limitó a pedir información sobre la situación procesal de Jose María , invocando como excusa para ello que debía organizar su toma de declaración como testigo en otra causa que supuestamente se tramitaba en el juzgado de instrucción nº 3.

Joaquín no solicitó a la titular del juzgado de instrucción nº 12 ninguna modificación respecto de la situación personal de Jose María , ni consta acreditado que comentase con el fiscal adscrito a dicho juzgado nada sobre ese particular.

Igualmente, el día 3 de diciembre de 2004, el acusado Joaquín atendiendo en insistente y reiterado ruego de Paula , acompañó a la tía y a la novia de Jose María al despacho del abogado Carlos Larrañaga, quien llevaba su defensa en colaboración con el letrado y acusado Aurelio , manifestando el magistrado en dicha ocasión que se había interesado por la situación personal de Jose María , y sugirió al letrado que presentase un escrito solicitando la libertad de su defendido porque había hablado con el fiscal y podría conseguirse la libertad en breve.

Dichas gestiones, consistentes en la referida solicitud de información, no surtieron efecto alguno. Ni el abogado Carlos Larrañaga solicitó su libertad de su defendido, ni ésta se produjo.

No se ha acreditado que, en pago de las gestiones encomendadas, Paula entregara cantidad alguna de dinero al magistrado Joaquín , ni personalmente ni a través de Aurelio , a quien sí se entregaron ciertas sumas de dinero para que éste las hiciera llegar al letrado Carlos Larrañaga, en concepto de provisión de fondos por la defensa de Jose María .

IV.- Dada la difícil situación económica en que se encontraba el acusado Joaquín , un amigo suyo Juan Enrique , en fechas no determinadas durante el transcurso del año 2003, convenció a Jesús María - propietario de un local de alterne conocido como club "Los Llanos" situado en el término municipal de Villanueva del Trabuco de Málaga y donde el acusado había acudido en varias ocasiones- para que le prestara cierta cantidad de dinero. Jesús María accedió a ello y en un bar de Málaga le hizo entrega de unos 1.900 euros. En fecha 3 de diciembre de 2003, el acusado libró una letra de cambio para asegurar la devolución de la cantidad prestada y ofreció su buena disposición en los asuntos judiciales que tuviera pendientes. Jesús María no ha conseguido aún la devolución del préstamo, y cuantas veces ha intentado la restitución, el acusado le decía que se entendiera con su abogado Aurelio .

No consta que Joaquín haya realizado gestión judicial alguna a favor de Jesús María ni que éste le solicitara su intervención en asunto judicial concreto.

V.- Dada la difícil situación económica en que se encontraba el acusado Joaquín un amigo suyo, Juan Enrique , en fechas no determinadas durante el transcurso del año 2003, convenció a Eduardo -propietario de un local de alterne conocido como sala de fiestas "Oxígeno", situado en el término municipal de Alhaurín de la Torre, provincia de Málaga, que el acusado ha visitado en diversas ocasiones- para que le prestara cierta cantidad de dinero. Eduardo accedió a ello y en un piso de su propiedad sito en Benalmádena le hizo entrega de 1.200 euros, firmando el acusado, en fecha 19 de abril de 2004, un recibo que redactó un abogado a instancia de Eduardo , para asegurar la devolución del dinero recibido, y ofreciéndose el acusado a "arreglarle un problema" en Torremolinos. El citado préstamo, pese a las reiteradas peticiones de devolución aún no ha sido reembolsado, y cuantas veces ha insistido en ello Eduardo , el acusado Joaquín lo remitía a quien decía que era su abogado, Aurelio , quien a su vez le contestaba que ya se le pagaría.

No consta que el acusado haya realizado gestión judicial alguna en favor de Eduardo , ni que éste le solicitara su intervención en asunto judicial concreto.

VI.- A las fechas de los hechos anteriormente descritos, Joaquín atravesaba una difícil situación económica, teniendo varias deudas pendientes de saldar, todo ello producto de la vida desordenada que llevaba, inclinada al juego, al consumo de alcohol y de sustancias estupefacientes; actitud y comportamiento que en nada mermaba sus facultades intelectivas ni volitivas.

Aurelio siguió un programa de rehabilitación de toxicómanos que abandonó voluntariamente, el día 22 de junio de 1998, seis meses después de su inicio. Casi dos años después de ocurrir los hechos ahora enjuiciados, recibió tratamiento psiquiátrico, siéndole diagnosticado "síndrome maniaco-depresivo" y "síndrome de ansiedad". No consta acreditado que cuando se produjeron los hechos anteriormente descritos, el acusado Aurelio sufriera toxicomanía alguna o padeciera enfermedad mental que le alterase o disminuyese su capacidad o volitiva". (sic)

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Joaquín y Aurelio , de sendos delitos de **cohecho** y subsidiariamente de tráfico de influencias, ya definidos, de que venían acusados por la acusación popular y el Ministerio Fiscal; absolviendo igualmente al acusado Joaquín de dos delitos de **cohecho** y subsidiariamente de tráfico de influencias de que vienes siendo acusado por la acusación popular, y respecto de los cuales el Ministerio Fiscal retiró al acusación.

Que debemos condenar y condenamos al acusado Joaquín :

a) Como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, de tres delitos de prevaricación propia ya definidos, a las penas de multa de doce meses, con una cuota diaria de seis euros (2.160) y la responsabilidad personal y subsidiaria de un día de arresto por cada dos cuotas insatisfechas, y diez años de inhabilitación para empleo o cargo público que implique el desempeño de funciones judiciales, por cada uno de ellos-

b) Como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de dos delitos de **cohecho** ya definidos, a las penas de dos años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de dicha condena, multa en cuantía de 5.000 euros con la responsabilidad persona y subsidiaria de quince días caso de impago, y siete años de inhabilitación para empleo o cargo público que implique el desempeño de funciones judiciales, por el primero de dichos delitos; y dos años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de dicha condena, multa de 9.000 euros con la responsabilidad personal y subsidiaria de treinta días caso de impago, y siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público que implique el desempeño de funciones judiciales, por el otro delito de **cohecho**.

Igualmente debemos condenar y condenamos al acusado Aurelio , como autor, por cooperación necesaria, criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, de dos delitos de **cohecho** ya definidos, a las penas de dos años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de dicha condena, multa en cuantía de 5.000 euros con la responsabilidad personal y subsidiaria de quince días caso de impago, y siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo pública que implique el desempeño de funciones judiciales, por el primero de dichos delitos; y dos años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de dicha condena, multa de 9.000 euros con la responsabilidad personal y subsidiaria de treinta días caso de impago, y siete años de inhabilitación especial para el empleo o cargo público que implique el desempeño de funciones judiciales, por el otro delito de **cohecho**.

Asimismo, debemos condenar y condenamos al acusado Imanol , como autor criminalmente responsable de un delito de **cohecho** activo, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de dos años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de dicha condena, y multa en cuantía de 5.000 euros con la responsabilidad personal y subsidiaria de quince días en caso de impago.

Finalmente, debemos condenar y condenamos a los acusados María Purificación y Jose Enrique como autores criminalmente responsables de un delito de **cohecho** activo, ya definido, a cada uno de ellos, a las penas de dos años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de dicha condena, y multa en cuantía de 9.000 euros con la responsabilidad personal y subsidiaria de treinta días caso de impago.

En cuanto al pago de las costas, en las que no se incluirán las motivadas por la actuación de la acusación popular, y declarando de oficio cuatro onceavas partes de ellas, debemos condenar y condenamos a Joaquín al pago de cuatro onceavas partes de las costas; a Aurelio , al de una onceava parte de las mismas, a Imanol , al de una onceava parte de las costas causadas, y a María Purificación y Jose Enrique , cada uno de ellos, a la mitad de una onceava parte de las costas procesales.

Reclámese del Magistrado Instructor, una vez concluidas conforme a derecho, las correspondientes piezas de responsabilidad civil de los anteriormente condenados.

Notifíquese esta resolución a las partes, a quienes se instruirá de los recursos a interponer contra la misma. Póngase asimismo en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial (Servicio de Inspección); y una vez firme hágase saber a dicho Organismo, con remisión de la que pudiera dictarse, en su caso, por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo". (sic)

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por las representaciones de Luis Manuel ; Joaquín ; Aurelio ; María Purificación ; Jose Enrique y Imanol , que se tuvieron por anunciados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Las representaciones de los recurrentes, formalizaron los recursos, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

#### Recurso de Luis Manuel

1º.- Amparado en el *artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* por inaplicación e infracción del *artículo 419 del Código Penal* , delito de **cohecho** propio.

2º.- Amparado en el *artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* por inaplicación e infracción del *artículo 423* en relación con el *artículo 419* , delito de **cohecho**.

3º.- Amparado en el *artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* por inaplicación e infracción del *artículo 425.1 del Código Penal* o subsidiariamente del *artículo 426 del Código Penal* .

4º.- Amparado en el *artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* por inaplicación e infracción del *artículo 425.1 del Código Penal* o subsidiariamente del *artículo 426 del Código Penal* .

#### Recurso de Joaquín

1º.- Por infracción de *precepto constitucional, art. 24* de la Constitución Española, -Presunción de inocencia- al amparo de lo dispuesto en el *art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* .

2º.- Por infracción de Ley al amparo del *art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , por aplicación indebida de los *arts. 446.3º, 419, 423, 50 y 66 del Código Penal* .

3º.- Por infracción de Ley al amparo del *art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , al haber existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos.

4º.- Por quebrantamiento de forma al amparo de lo dispuesto en el *art. 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* .

#### Recurso de Aurelio

1º.- Por infracción de Ley al amparo del *art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , en relación con el *art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* , por vulneración del derecho a un procedimiento con las debidas garantías. Indebida personación de la acusación popular.

2º.- Por infracción de Ley al amparo del *art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , en relación con el *art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* , por vulneración del derecho a la prueba al amparo del *art. 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* .

3º.- Por infracción de Ley al amparo del *art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , al amparo del *art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia e indebida aplicación de los *arts. 28, 419 y 423.1 del Código Penal en relación a los hechos ocurridos en Junio 2004* . Indebida aplicación de la teoría de la prueba indirecta o prueba de indicios y vulneración del principio "in dubio pro reo".

4º.- Por infracción de Ley del *art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* al amparo del *art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, e indebida aplicación de los *arts. 28, 419 y 423.1 del Código Penal en relación con los hechos ocurridos en Agosto de 2004* y error en la valoración así como indebida aplicación de la teoría de la prueba indirecta o prueba de indicios y vulneración del principio "in dubio pro reo".

5º.- Por infracción de Ley al amparo del *art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , por indebida aplicación del *art. 446.3 del Código Penal* y error en la valoración de la prueba documental: folios 543 al 555

de las actuaciones.

6º.- Por infracción de *Ley al amparo del art. 849.1* por falta de aplicación del *art. 28 del Código Penal* .

7º.- Por infracción de *Ley al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , por falta de aplicación del *art. 423.2 del Código Penal* .

8º.- Por infracción de *Ley al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , por falta de aplicación del *art. 21.6 del Código Penal en relación con el 21.2* del mismo texto punitivo. Error en la valoración de la prueba documental: documentos médicos aportados al inicio de la sesión del juicio oral.

9º.- Por infracción de *Ley al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , por falta de aplicación del *art. 21.5 del Código Penal en los hechos ocurridos en Agosto de 2004* .

10º.- Por infracción de *Ley al amparo del art. 849.1* en relación con el *art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* , por vulneración del principio "in dubio pro reo" durante todo el razonamiento de la sentencia.

11º.- Sobre el importe de la multa (sic). Se alega que existen dudas sobre la cuantía de la multa.

Recurso de Imanol

1º.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del *art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* , por vulneración del *art. 24* Constitución Española, en cuanto en él se recoge el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

2º.- Por infracción de *Ley al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , por indebida aplicación del *art. 423 del Código Penal* .

3º.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del *art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* , por vulneración del *art. 24* de la Constitución Española, en cuanto en él se recoge el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

4º.- Por infracción de *Ley al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , por aplicación indebida del *art. 28 del Código Penal* .

5º.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el *art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* , por entender que el procedimiento con la sentencia que ha puesto fin al mismo, vulnera los *arts. 93, 10.2, 14, 24.1* y 2 de la Constitución Española, en relación con el *art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* dado en Nueva York el día 16 de Diciembre de 1996.

Recurso de María Purificación

1º.- Por infracción de precepto constitucional contenido en el *art. 24* de la Constitución Española, referente a la presunción de inocencia.

2º.- Por infracción de precepto legal contenido en el *art. 423.1 del Código Penal* en relación con el *art. 419* del mismo texto punitivo.

Recurso de Jose Enrique

1º.- Por infracción de *Ley al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , por aplicación indebida del *art. 423.1 del Código Penal* en relación con el *art. 419* del mismo texto legal.

2º.- Por infracción de *Ley al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , por vulneración del *art. 24* de la Constitución Española, al no haber sido enervada la presunción de inocencia.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró ésta y la votación prevenida el día 18 de diciembre de 2008, dictándose Auto, con fecha 23 de diciembre de 2008 , acordando la prórroga del término ordinario de diez días para dictar sentencia por 30 días hábiles más a adicionar a aquéllos.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- La sentencia objeto de la presente censura casacional ha sido dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede de Granada, dada la condición de aforado de uno de los imputados, Magistrado Juez, que ha sido condenado como autor de tres delitos de prevaricación y de dos delitos de **cohecho**, al tiempo que es absuelto de tres delitos de **cohecho** y de tráfico de influencias. Otro de los acusados, también recurrente, lo han sido por participación necesaria en dos delitos de **cohecho**. Otros tres acusados, que también recurren, lo ha sido como autores de un delito de **cohecho**. El hecho probado se articula en cinco apartados, mas un sexto en el que se detallan aspectos concernientes a la imputabilidad de los acusados. De los cinco apartados del hecho probado, el Tribunal de instancia declara que los consignados en los apartados 3, 4, y 5 carecen de relevancia penal, en tanto que los dos primeros son subsumidos en los tipos penales de la condena.

Analizamos la impugnación, examinando, en primer término, la impugnación formalizada por la acusación popular que mantuvo la acusación respecto a los hechos por los que fue absuelto el acusado aforado.

### RECURSO DE LA POPULAR EJERCIDA POR Luis Manuel

PRIMERO.- La acusación popular formaliza un primer motivo por error de derecho en el que denuncia la inaplicación, al hecho probado, del *art. 419 del Código penal*. La vía impugnatoria elegida parte del respeto al hecho declarado probado discutiendo, desde esa asunción del relato fáctico, la errónea subsunción del hecho en el precepto penal que invoca como aplicado o indebidamente inaplicado. El hecho probado al que se refiere la impugnación, el apartado III del relato fáctico, refiere que la madre de un interno penitenciario, "en su intento de facilitar la puesta en libertad de su hijo" contactó con el acusado el Magistrado Joaquín, al que conocía por haber acudido al "tablao" flamenco que aquella regenteaba, para que se interesara por la situación procesal de su hijo, lo que este hizo a través del agente judicial de su Juzgado y después a través de una llamada telefónica al Juzgado del que pendían las diligencias, arguyendo estar interesado para una citación del interno en su Juzgado, sin que solicitara nada relativo a la situación personal del interno. A continuación se relata que el acusado Joaquín acompañó a la novia y tía del interno al despacho del abogado que le defendía, a cuya cita también asistió el otro abogado, también acusado, y allí manifestó que se había interesado por el interno, que debían solicitar la libertad, pues había hablado con el fiscal, añadiéndose que ni se solicitó la libertad, ni ésta fue acordada. Además, declara probado que no consta se hicieran entregas de dinero por la gestión realizada para obtener la libertad, aunque sí para la provisión de fondos del abogado que representaba los intereses del interno.

La tipificación del delito de **cohecho** parte del principio administrativo según el cual ningún funcionario público puede recibir emolumentos por el cumplimiento de la función pública, al ser una de las notas características de la función pública que el abono de sus servicios corra a cargo a los presupuestos generales del Estado. En la tipificación del delito de **cohecho** se distingue entre la conducta de quien pretende corromper y la del funcionario que la recibe. En esta distinción se parte de la existencia de un pacto, escrito o no, por el que una persona soborna o acepta el ofrecimiento del funcionario corrupto y otra, el funcionario, quien acepta el presente, o realiza el ofrecimiento determinante de la corrupción. En la doctrina penal clásica se afirmó que "el **cohecho** es la venta de un acto perteneciente a sus funciones y que por regla general debería ser gratuito". En un sentido contrario, la doctrina mayoritaria actual sostiene, y esta parece la construcción mas acorde con la tipificación del *Código penal*, la *naturaleza unilateral del delito de cohecho*, la existencia de dos personas en la realización del acto de corrupción es irrelevante. De hecho, si se descubre la existencia del pacto, dará lugar a dos tipificaciones distintas, la del particular y la del funcionario, bastando que el particular ofrezca la dádiva y que el funcionario la acepte para que cada uno de ellos responda por su respectiva tipicidad. Lo relevante es la conducta del funcionario, que solicita o acepta la dádiva, y la del particular que acepta el ofrecimiento del funcionario u ofrece la dádiva al funcionario. Consecuencia de esta construcción es que el delito de **cohecho** no requiere la existencia de un pacto, bastando para la tipicidad el acto unilateral de cada uno de los hipotéticos sujetos activos de las respectivas incriminaciones contenidas en el delito de **cohecho**. En definitiva, la tipificación descansa sobre un hecho de corrupción del funcionario que por un emolumento ilegal realiza un hecho antijurídico, poniendo precio a la función pública mediante la realización de un hecho.

Desde lo anteriormente expuesto, la desestimación es procedente pues desde el hecho probado no se afirma la recepción, solicitud o aceptación del ofrecimiento por parte del funcionario para la realización de un hecho consistente en procurar la modificación de la situación personal del hijo de la interlocutora que se encontraba preso en unas diligencias seguidas en otro Juzgado. El imputado se limita a interesarse por la situación personal del interno y a llamar por teléfono a la titular del Juzgado del que pendía para indagar



sobre su situación, arguyendo una futura actuación procesal con el mismo interno, además, del acompañamiento a familiares del interno en una visita a su abogado en la que aconsejó una actuación que no llegó a realizarse. La única mención a una entrega de dinero es la que gestiona el coimputado Sr. Aurelio en beneficio del Letrado del interno, Sr. Larrañaga, como provisión de fondos, por lo tanto sin la finalidad requerida por la tipicidad del delito de **cohecho** por el que se solicita la condena.

La falta de presupuesto fáctico impide la subsunción que se interesa por lo que ningún error cabe declarar.

SEGUNDO.- En el segundo motivo denuncia el error de derecho por inaplicación de los *arts. 423* en relación con el *art. 419 del Código penal* . La impugnación se concreta respecto al imputado Aurelio del que se afirma que realizó la entrega del dinero para que el otro coimputado modificara la situación de prisión del interno.

La desestimación es procedente con reiteración de cuanto se acaba de argumentar en el anterior fundamento, al no declararse probado la entrega, y la recepción, de dinero, promesas o dádivas a las que se refiere el delito de **cohecho**.

TERCERO.- Con el mismo amparo procesal, el error de derecho del *art. 849.1 de la Ley Procesal penal*, se recurre la absolución del acusado Joaquín , del delito de **cohecho** del *art. 425* y subsidiariamente del *art. 426 del Código penal*. La impugnación se refiere al hecho probado apartado IV del relato fáctico, en el que se declara, en síntesis, que el acusado recibió un préstamo, cuya devolución documentó en una letra de cambio "y ofreció su buena disposición en los asuntos judiciales que tuviera pendientes". El hecho probado continúa afirmando la no devolución del dinero prestado y que "no consta que Joaquín haya realizado gestión alguna a favor de Jesús María ni que este le solicitara su intervención en asunto judicial concreto".

La tipicidad que propugna es el **cohecho** de los *arts. 425 y 426 del Código penal* , esto es, la solicitud o la recepción de dádivas o promesas, para la realización de un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado (*art. 425* ), o en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente (*art. 426* ), situación típica que no se menciona en el apartado fáctico de la sentencia en el que se refiere una operación de préstamo, documentado en orden a la constancia y devolución, que no llegó a ser devuelto y que el Tribunal de instancia declara expresamente probado que no hay constancia de la realización de ningún acto para gestionar o para interesar una determinada resolución de asuntos pendientes de quien figura como prestamista. En otros términos, no concurre en el hecho probado la realización de la finalidad para la que se entrega el dinero, tratándose de un contrato de préstamo incumplido en orden a la devolución, sin que medie la realización de un acto propio del cargo, o recompensa del ya realizado, o que haya sido entregado en consideración a su función. La afirmación fáctica contenida en el hecho no permite la tipificación que se interesa en la impugnación al referirse a la concesión de un préstamo que se documenta.

La tipificación que se postula en la impugnación requeriría una expresión fáctica mas precisa en la línea exigida por la tipicidad de realización de una conducta en el sentido de realizar un acto propio de su cargo (*art. 426 del Código Penal*)

CUARTO.- En el último motivo reitera la impugnación por error de derecho al denunciar la inaplicación de los *arts. 425 y 426 del Código penal* .

El motivo es similar al anterior aunque éste se refiere al apartado V de la relación fáctica. En este hecho se afirma que el acusado Joaquín que recibió un préstamo, que se documentó y que no llegó a devolver, declarándose probado que no consta que el acusado realizara gestión alguna a favor del prestamista ni que este solicitara su intervención en asunto judicial concreto.

Como en el anterior motivo la desestimación es procedente desde la perspectiva del hecho probado, que debe ser respetado en la impugnación y del que no resulta que el dinero recibido tuviera otra causa distinta que la realización de un préstamo que se documentó.

#### RECURSO DE Joaquín

QUINTO.- Este recurrente, Magistrado con destino en un Juzgado de instrucción de Málaga, ha sido condenado como autor de tres delitos de prevaricación y dos de **cohecho**. Su condición profesional ha atraído el enjuiciamiento al Tribunal Superior de Justicia, que le condena y contra la que formaliza la

impugnación que analizamos.

Como hemos anticipado anteriormente, el Tribunal de instancia divide el hecho probado en cinco apartados. En los dos primeros declara unos hechos que se subsumen en los tipos penales objeto de la condena, por dictar resoluciones injustas recibiendo dinero para dictarlas, delito que comprometen, muy seriamente, la función jurisdiccional que tenía encomendada.

Con carácter previo a la resolución de la impugnación, y en la medida en la que la misma, así como en las formalizaciones de las impugnaciones de otros recurrentes, se realizan afirmaciones sobre la naturaleza y esencia de la prevaricación y corrupción del juez difícilmente compatibles con la doctrina de esta Sala, como cuando se señala la imposibilidad, o dificultad, de la prevaricación respecto al ejercicio de la función jurisdiccional de naturaleza discrecional, se hace preciso concretar el alcance de la tipicidad en las conductas prevaricadoras.

Concretamente, se afirma en las impugnaciones la imposibilidad de cometer prevaricación respecto a resoluciones en materia de libertad, al poder ser revisables de oficio y en cualquier momento, y tampoco en resoluciones amparadas en el *art. 13 de la Ley procesal, al actuar, como primera diligencia, en defensa del perjudicado.*

La existencia de un poder judicial, o de una autoridad judicial, que desarrolle la función jurisdiccional de un Estado democrático, es uno de los pilares básicos de un Estado de Derecho. Su consideración de independiente es una condición que posibilita la condición de legitimidad del Estado. Al mismo tiempo un elemento fundamental de la independencia judicial es la vinculación del juez exclusivamente a la *ley, art. 117 CE*. Esta sujeción del juez a la norma supone la ausencia de responsabilidad del juez por las decisiones que adopte, siempre y cuando actúe en el ámbito de la ley. De esta manera se garantiza la vigencia real del Derecho y la protección jurídica de los ciudadanos.

La independencia del poder judicial se legitima democráticamente porque el juez solo aplica la ley creada por el Parlamento. Esta construcción tiene hondo fundamento en todos los textos que legitiman la función jurisdiccional desarrollada por los jueces.

El juez es custodio de la ley y legítima su función en cuanto aplica la voluntad del Parlamento expresada en la norma. Así la función judicial, consiste en la resolución de conflictos de manera vinculada con la realización del ideal de un Estado de Derecho, es decir la vigencia efectiva de las leyes.

Esta tarea judicial es susceptible de extralimitaciones y disfunciones. En primer lugar, pueden existir disfunciones nacidas de la simple falibilidad humana, disfunciones propias del sistema, formado por hombres que no son infalibles para las que el propio sistema prevé el régimen de recursos. El error, en estos casos, es imputable al propio sistema jurídico en la medida que la aplicación errónea del Derecho proviene de la propia falibilidad humana para las que el ordenamiento previene el régimen de recursos. Incluso el ordenamiento internacional prevé como derecho del condenado un régimen de revisión por una instancia superior (*art. 14.5 PIDC y P*), y los ordenamientos procesales se estructuran en torno a la doble instancia para asegurar el acierto en la decisión del conflicto.

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

La respuesta de las legislaciones a los abusos de los jueces en el ejercicio de sus funciones se afirma bajo dos supuestos: el **cohecho** y la prevaricación. A través de los delitos de corrupción (delitos de **cohecho** activo y pasivo), lo que se reprocha, mas que la injusticia de la resolución, es la venta de la misma resolución, lo que hace presumible su injusticia. Los delitos de **cohecho**, soborno, no sólo perjudican la imagen del juez independiente, también la del juez vinculado únicamente al imperio de la ley como requisito esencial del Estado democrático de Derecho.

El *Código penal español tipifica esta responsabilidad en el art. 426* como delito de **cohecho** y castiga no sólo al Juez que exige, acepta o se hace prometer una ventaja determinada, sino también al particular no funcionario que admite la exigencia, ofrece o promete la ventaja.

El núcleo esencial de este tipo penal radica en el peligro de una aplicación indebida del Derecho. El legislador se desentiende de si el Derecho estuvo bien o mal aplicado, le basta con el peligro que supone la

recepción o la aceptación de los presentes y el daño efectivo a la imagen a la administración de justicia.

En la prevaricación, lo relevante es el abuso de la función judicial en la aplicación del Derecho, comprensivo de la resolución del conflicto y de la dirección de una causa jurídica. Estos tipos penales tienen una evidente relación con los delitos de corrupción, en la medida en que se comprueba que la aplicación abusiva del Derecho no necesita demostrar la existencia de corrupción. Incluso no es necesario realizar ninguna comprobación sobre la corrupción porque el abuso ya supone una perversión del sistema.

Los modelos de tipificación son varios: la prevaricación recogida en el *Código penal español con tres figuras, la acción de dictar resolución injusta (art. 446 )* que extiende la negativa a juzgar (*art. 448 )* y al retardo malicioso (*art. 449 )*, punibles con dolo o culpa (*art. 447 )*. Las distintas tipificaciones tienen su fundamento común en el hecho de "torcer el derecho".

Ahora bien, para diferenciar estas conductas de las que suponen falibilidad humana, se han propuesto diversos criterios.

Desde una formulación subjetiva, el juez ha prevaricado o abusado de su función al favorecer o perjudicar a alguna parte del proceso cuando aplique el Derecho o dirija el procedimiento conscientemente en contra de su convicción respecto del Derecho aplicable, en contra de la interpretación del Derecho que él mismo asume pero de la que se aparta. Esta concepción ha sido rechazada puesto que los ciudadanos están sujetos al ordenamiento y no a la convicción del juez.

Objetivamente, por el contrario, se afirma que la esencia del delito de prevaricación radica en el quebrantamiento del Derecho objetivo, y se entiende que existe el quebrantamiento 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.

La anterior teoría 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.

Desde la anterior perspectiva doctrinal analizaremos la jurisprudencia mas reciente de la Sala II, representada por tres Sentencias, STS 2338/2001, de 27 de noviembre, la 359/2002, de 26 de febrero , y la STS 2/99 de 15 de noviembre , que contiene la doctrina general sobre este tipo penal. Estas tres Sentencias son coincidentes en su contenido jurisprudencial y permite consolidar una doctrina pacífica sobre el abuso judicial o prevaricación.

Se destaca en la jurisprudencia, de una parte, la mayor gravedad de este delito frente a la prevaricación administrativa, y, de otra, que la prevaricación judicial es un delito de técnicos del Derecho, de ahí que no deba trasladarse "sic et simpliciter" los calificativos que tradicionalmente ha utilizado la jurisprudencia para definir el acto injusto, como esperpéntica, apreciable por cualquiera, etc., pues éstos han sido forjados para funcionarios no técnicos en Derecho. Se destacan los dos elementos del delito de prevaricación, el objetivo, integrado por el dictado de una resolución injusta, y el subjetivo, integrado en saber que se esta dictando la resolución injusta. "El elemento objetivo se produce cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles. En otros términos... el abandono de la función judicial propia del Estado de Derecho se da cuando la aplicación del Derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de la interpretación del Derecho aceptable en tal Estado de Derecho...".

El elemento objetivo de la resolución injusta sólo puede ser definido desde la perspectiva de la legalidad porque la prevaricación comienza con el abandono de dicho principio y no desde las convicciones del juez, porque en tal caso la subjetivización del delito de prevaricación conduce a la justificación de cualquier decisión judicial. La conciencia del juez no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la ley porque ello conduce en definitiva a convertir la conciencia del juez en la ley para resolver el conflicto y tal planteamiento es incompatible con los postulados del Estado de Derecho.

En definitiva por resolución injusta habrá de estimarse aquella que se aparta de las opciones

jurídicamente defendibles careciendo de toda interpretación razonable siendo, en definitiva, exponente de una clara irracionalidad. La injusticia es por ello un plus respecto de la mera ilegalidad.

El elemento subjetivo del tipo, aparece integrado por la expresión "a sabiendas" es decir la conciencia de estar dictando una resolución con total 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 elementos que deben ser puestos en relación con la condición del juez técnico en Derecho y por tanto conocedor del Derecho y de la ciencia jurídica".

Realizadas las anteriores precisiones, nos adentraremos en el estudio de la impugnación.

SEXTO.- En el primer motivo de la impugnación denuncia la vulneración del Derecho fundamental a la presunción de inocencia al entender que desde las declaraciones de imputados y testigos, que transcribe en el motivo, no es posible considerar correctamente enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Todo el desarrollo del motivo se contrae a reproducir las declaraciones del recurrente en el juicio oral, afirmando la corrección de sus resoluciones, de los coimputados, en el mismo sentido, y de los testigos como funcionarios del Juzgado y del juez titular del mismo y del fiscal adscrito a las que da un sentido distinto al expresado en la sentencia. Olvida el recurrente que la convicción que el Tribunal de instancia no se apoya en prueba directa, sobre el contenido prevaricador de las resoluciones y sobre el hecho de la percepción del dinero, sino que, partiendo de los hechos acreditados, como las propias resoluciones y los demás elementos indiciarios que destaca, se expresa la convicción sobre el hecho típico de la prevaricación y del **cohecho** a través de inferencias que permiten la acreditación de los hechos que dan sustento a la tipicidad de los delitos por los que ha sido condenado.

La sentencia de instancia expresa en el primer fundamento de la sentencia la habilidad de la prueba indiciaria para la formar la convicción del Tribunal. En este sentido, hemos declarado que la prueba indiciaria es una prueba hábil para enervar el derecho fundamental de la presunción de inocencia. Así, si en la Sentencia del Tribunal Constitucional 174/85, de 17 de diciembre, se afirmó que "la prueba directa es más insegura y deja más márgenes de duda que la indiciaria", hoy son muchas las construcciones, dogmáticas y jurisprudenciales, que afirman una mayor seguridad de la prueba indiciaria, correctamente empleada, pues la acreditación del hecho-consecuencia resulta de la racionalización del engarce existente entre el indicio y la presunción, que supone una mayor seguridad frente a otras pruebas directas, como la testifical, en la que la base la proporciona la credibilidad del testigo. Por otra parte, la exigencia de una estructura racional en la prueba indiciaria se ha trasladado, también como exigencia, a toda actividad probatoria, al requerirse que la valoración de la prueba sea racional (cfr. 717 LECrim.) y que se exprese en la sentencia a través de la necesaria motivación (*art. 120 CE*).

El empleo de la prueba indiciaria, precisamente por carecer de una disciplina de garantía que es exigible a la prueba directa, requiere unas condiciones específicas para que pueda ser tenida como actividad probatoria.

a) El indicio debe estar acreditado por prueba directa, y ello para evitar los riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultante que aumentaría los riesgos en la valoración.

b) Los indicios deben ser sometidos a una constante verificación que debe afectar tanto al acreditamiento del indicio como a su capacidad deductiva. Con este requisito se pretende evitar tanto el azar como la posibilidad de la falsificación, y se materializa a través de la motivación en la que el aplicador debe plantearse la necesaria concordancia de deducciones, la independencia en la acreditación de indicios, la racionalidad de la deducción etc...

c) Los indicios deben ser plurales e independientes, con lo que se pretende evitar que sea tenido por indicio un hecho único aunque acreditado por distintas fuentes.

La exigencia de la pluralidad de indicios permite asegurar su fuerza suasoria, pues un único indicio, por fuerte que sea, no excluye la posibilidad del azar.

d) Los indicios deben ser concordantes entre sí, de manera que converjan en la conclusión. La divergencia de uno de ellos hace que la prueba indiciaria pierda eficacia y hará de aplicación el principio "in dubio pro reo".

e) La conclusión debe ser inmediata, sin que sea admisible que el hecho consecuencia pueda llegar a

través de varias deducciones o cadena de silogismos.

f) La prueba indiciaria exige, como conclusión de la anterior, una motivación que explique racionalmente el proceso deductivo por el que de unos hechos -indicios- se deducen otros hechos-consecuencias. A través de esa motivación se cumplen las necesidades de control externo de la jurisdicción, mediante el régimen de recursos y el conocimiento por el ciudadano de la actuación de la función jurisdiccional, evitando la arbitrariedad. También el propio aplicador de la prueba realiza una constante verificación de la prueba y de sus exigencias. Cuando motiva una resolución exterioriza una argumentación que debe ser lógica y racional, lo que permite su control, por un órgano jurisdiccional, por los ciudadanos y por el mismo aplicador -función de autocontrol-, verificando los indicios que emplee, su posible falsedad, la exclusión del azar, la pluralidad de indicios y su convergencia y la inexistencia de indicios en contra.

Gran parte de la argumentación de este recurrente, y de los otros cuyas impugnaciones serán tenidas en cuenta para la resolución de este motivo plantean la virtualidad de la alternativa razonable en la inferencia derivada de la prueba indiciaria. Respecto a la misma, esta Sala ha señalado que, en estos supuestos, la posibilidad de una alternativa a la declarada por el Tribunal que fuera igualmente razonable, daría lugar planteamiento de una duda del hecho (SSTS 390/2003, de 18 de marzo), lo que posibilita la actuación del "in dubio pro reo".

SEXTO.- Señalado lo anterior abordamos la impugnación respecto al delito de prevaricación. Los hechos probados refieren tres resoluciones para afirmar la prevaricación por la que ha sido condenado. La primera consiste en que conocedor, por otro de los coimputados y también recurrente el Letrado Sr. Aurelio, de que Imanol le había sido retenido un premio que había obtenido en un establecimiento de juegos de azar y estaba depositado en una notaría de Málaga haciendo constar en el depósito que le sería devuelto por orden de la Delegación de Gobierno de la Junta de Andalucía o resolución de la autoridad judicial competente, de acuerdo con los anteriores aprovechó las funciones de guardia para dictar un Auto por el que se ordenaba al Notario a la devolución inmediata de los 75.000 euros depositados, con la advertencia de incurrir en el delito de quebrantamiento de medida cautelar y con la indicación de que la entrega del dinero se efectuara al Letrado Sr. Aurelio. Se refiere en el hecho probado que el Letrado recibió el importe del depósito y lo incorporó a una cuenta de su hijo, en la que tenía autorización para disponer, efectuando disposiciones de la cantidad intervenida a favor del titular del premio, del Magistrado imputado y el resto para el Letrado.

El segundo y el tercer hecho calificado de prevaricación se refiere a los Autos de libertad dictados sobre los también imputados María Purificación y Jose Enrique. Se afirma en el hecho probado que el Letrado Sr. Aurelio, igualmente condenado por **cohecho**, convino con los dos anteriores la entrega de dinero al Magistrado para la obtención de la libertad de acuerdo a los siguientes hechos. El Letrado conocía al Magistrado y de acuerdo con él convinieron en que aprovechando la sustitución que desarrollaba en el Juzgado en el que se había acordado la prisión preventiva de ambos, el Letrado presentaría un escrito solicitando la libertad de María Purificación, que había sido peticionada y resuelta en sentido negativo el día 9 de agosto de 2004 anterior, al tiempo que se solicitaba la devolución del dinero intervenido en los hechos objeto de las diligencias de investigación, una operación de tráfico de cocaína en la que se habían incautado cinco kilogramos y 141.545 euros. Se presenta el escrito solicitando la libertad el día 11 siguiente, acompañando al recurso una autorización para que el dinero intervenido, cuya devolución se pedía, fuera entregado al Letrado Sr. Aurelio. Atendiendo la petición, el Magistrado "sin haber tenido la ocasión de consultar la voluminosa causa ni la pieza de situación personal y sin conocer el informe del Ministerio fiscal", acuerda la libertad el día 13 de agosto, con fianza de 3000 euros a abonar dentro de los tres días siguientes a la libertad, así como la devolución del dinero al Letrado "para agilización del recobro bancario de dicha suma". En otro apartado del mismo hecho se añade que, el día 12 de agosto el Letrado Sr. Aurelio solicitó en escrito entregado en el Juzgado de guardia, la libertad del marido de la anterior, imputado en la misma causa. El Magistrado imputado "antes de que hubiese llegado el escrito de solicitud de libertad al Juzgado que tramitaba las diligencias y de que se hubiera dado cuenta del mismo al Magistrado, y desde luego sin que se hubiese dado traslado de dicha petición al Ministerio fiscal, sin poder consultar la pieza de situación personal..", dictó el 17 de agosto Auto de libertad con fianza de 6.000 euros fundamentándolo en que "concurrían idénticas circunstancias" que las referidas en el auto de libertad de María Purificación, al tiempo que desestimaba la pretensión de libertad de un tercer imputado "implicado en menor grado" que los anteriores.

En un tercer apartado se relata que el dinero intervenido y devuelto fue entregado al Letrado Sr. Aurelio que lo ingresó, como en el primer hecho, en la cuenta de su hijo que disponía y desde la que realizó diversas *disposiciones* "al menos 9.000 euros" al Magistrado imputado.

Distinguiremos las tres resoluciones, en cuanto la conformación del hecho probado y en un motivo siguiente la subsunción en el delito de prevaricación.

Con respecto a los dos Autos de libertad objeto de la subsunción, el Tribunal declara probado el hecho desde el propio examen de los Autos que adoptaron la modificación de la situación personal de los imputados en la causa que se instruía. Recordamos que se trata de dos imputados por un delito de tráfico de drogas con un objeto de cinco kilogramos y la intervención de 141.545 euros. El Magistrado interviene como sustituto reglamentario del titular del Juzgado, que dos días antes había denegado la libertad. El Magistrado imputado la adopta en el caso de María Purificación, sin consultar la causa ni las piezas de situación, extremo acreditado por la testifical del Secretario y de la Oficial de la administración de justicia que tramitó la causa, sin atender al dictamen del Ministerio fiscal, hechos acreditados por prueba testifical de funcionarios del Juzgado. Se declara probado, también, que el Magistrado imputado conocía de la presentación del recurso de reforma y del escrito de petición de libertad, respecto a Jose Enrique, antes de que el propio Juzgado tuviera conocimiento de su interposición. Tiene en cuenta el propio contenido del auto que acuerda la devolución del dinero intervenido, en un delito en el que la pena pecuniaria es elevada, al fijarse en proporción y a la valoración del objeto del tráfico, y que la libertad fuera acordada, para María Purificación con fianza a abonar dentro de los tres días siguientes a la libertad acordada y para Jose Enrique con fianza a abonar en días siguientes a su puesta en libertad. Además, tiene en cuenta las vicisitudes acaecidas para la recuperación del dinero ordenado judicialmente, que gestionó el Letrado, también imputado, y respecto al que los otros dos imputados en el hecho, los beneficiados por la puesta en libertad. Hechos que resultan, sin perjuicio de la valoración jurídica que de los hechos se realicen al estudiar la impugnación por error de derecho.

Para la conformación del hecho probado el Tribunal dispuso de la precisa prueba, personal y documental, para su declaración, por lo que el motivo se desestima en relación con los delitos de prevaricación.

SÉPTIMO.- Con respecto a los hechos que el Tribunal califica como delito de **cohecho**, la presunción de inocencia no resulta correctamente enervada.

Reproducimos aquí cuanto señalamos sobre el tipo penal del **cohecho**. Su existencia requiere, como elemento esencial, la acreditación de la solicitud o la recepción, o el ofrecimiento de la dádiva o presente a los que se refiere el tipo penal.

El Tribunal tiene por acreditados los hechos utilizados por prueba indiciaria y desgrana los indicios que tiene en cuenta. En el supuesto del Auto que aplica el *art. 13 LECrim*, para devolver el importe de un premio retenido, destaca como indicios la situación económica del Magistrado acusado; lo insólito del Auto de 19 de junio de 2004; que la reclamación/denuncia se presentara en sábado y ante un órgano no competente por el lugar de comisión del delito; el procedimiento establecido por el acusado para devolver el dinero a su titular. Con relación a los autos de libertad de 13 y 17 de agosto de 2004, los mismos indicios, esto es, situación económica, lo insólito de la resolución, y la forma en que se procedió a la devolución del dinero, y se añade, el hecho de que la devolución del dinero se solicitara, por primera vez, en el escrito de 11 de agosto de 2004. También alude a que el matrimonio beneficiado por la libertad declaró en una diligencia de careo que había dejado de percibir 55.000 euros del dinero intervenido.

Como antes se expuso, y como recoge la sentencia de instancia en la motivación que procede a la valoración de la prueba, la prueba indiciaria exige que los indicios sean convergentes en su dirección incriminatoria, interrelacionados y de los que pueda deducirse, de acuerdo las reglas de lógica y de experiencia, el hecho inferido, en este caso, la realidad de un pago al Magistrado acusado, debiendo ser explicado, en forma racional, la inferencia.

Indicio y presunción son las exigencias básicas de la prueba indiciaria. La segunda precisa de un engarce con una ley de la lógica o con una máxima de experiencia que unida al indicio permita el descubrimiento del hecho inferido. Pero, además, el Tribunal debe expresar en la motivación de la sentencia, el proceso por el que llega a la inferencia y ello no solo por exigencia del *art. 120* de la Constitución, también como exigencia del propio contenido esencial de la prueba indiciaria, porque los riesgos, la exclusión del azar, etc... exigen que se reproduzca en la sentencia el razonamiento deductivo, lo que permitirá el control de revisión.

El Tribunal de instancia en la descripción de indicios realiza una motivación sobre su acreditación pero no sobre la inferencia para la acreditación, del pago al Magistrado acusado. En otras palabras, cuando se refiere como indicio la situación económica del Magistrado, o lo insólito de la resolución, motiva sobre el

acreditamiento de los respectivos indicios pero nada se dice sobre la presunción que emplea, como elemento de la prueba indiciaria, ni sobre la deducción obtenida. Por otra parte, de la situación económica del Magistrado, "de aguda necesidad", no cabe inferir la obtención de dinero en la forma típica del **cohecho**; tampoco de lo insólito de las resoluciones, que sirve para motivar la subsunción en el delito de prevaricación; tampoco cabe deducirlo de la incompetencia territorial; ni del procedimiento seguido para la devolución del dinero, ciertamente anómalo y que puede sugerir una apropiación económica por el Letrado que gestionó la devolución de parte del dinero retenido en el precio o del dinero intervenido en la causa al matrimonio imputado en los hechos, pero no sugiere la recepción del dinero por el Magistrado imputado o su entrega por el Letrado y por los otros imputados. En todo caso, no se expresa en la sentencia el proceso racional y lógico que debe ser objeto de especial motivación.

Por ello estimamos la impugnación del condenado recurrente Joaquín en lo referente a las condenas por delito de **cohecho**. Por las mismas razones de vulneración del derecho a la presunción de inocencia en las condenas por los delitos de **cohecho** se estiman las impugnaciones de Aurelio , María Purificación , Jose Enrique y Imanol , todos ellos condenados por delito de **cohecho**.

Ciertamente, los hechos que se declaran probados hacen sospechosa la conducta de los imputados, pero esa sospecha no alcanza la certeza que requiere el pronunciamiento penal condenatorio para declarar probado que se pagó y se recibió dinero. Tampoco se ha explicado por el Tribunal de instancia el proceso racional que le lleva a declarar, a partir de los indicios que declara la recepción, o entrega del dinero al Magistrado acusado.

OCTAVO.- En este motivo analizaremos la denuncia por error de derecho por la indebida aplicación de los arts. 446, *prevaricación*, y 419 , **cohecho**.

Con relación a la tipicidad en el delito de **cohecho**, la estimación del motivo formalizado por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, hace innecesario el análisis de este apartado de la impugnación.

Analizamos la impugnación por el delito de prevaricación y para ese análisis diferenciamos los tres autos calificados en la sentencia como injustos y constitutivos del delito de prevaricación.

En primer lugar el auto de 19 de junio de 2004 . La resolución calificada de injusta, ordena la devolución de una cantidad retenida, por un establecimiento de juegos de azar, del premio obtenido por el imputado Sr. Imanol . La resolución judicial ordena al Notario, en el que se deposita la cantidad retenida, la devolución del importe del premio retenido "sin dilación de clase alguna en forma inmediata" facultando al Letrado Sr. Aurelio para colaborar en la cumplimentación de lo dispuesto.

En el análisis de la impugnación tendremos en cuenta las argumentaciones, al caso, expuestas por los otros recurrentes.

Este apartado de la impugnación será desestimado, al no estimarse la existencia del error de derecho por aplicación indebida del *art. 446 del Código penal* .

En el sentido impugnatorio expuesto se afirma en los recursos que la competencia territorial en el conocimiento de los hechos estaba correctamente radicada en el Juzgado de Málaga, porque allí era donde estaba depositada la cantidad del premio, olvidando que los hechos ocurren en la localidad de Fuengirola y es en esa localidad donde se ordena la retención y el posterior depósito del premio para indagar la regularidad de la obtención del premio. Con ese acuerdo de retención, permitido a las entidades que gerencian establecimientos de juegos y de azar, conforme al *Real Decreto 513/1996, art. 40* , la competencia territorial del juzgado penal era la del lugar de comisión del hecho que se denuncia. La retención irregular que se denuncia debió ser cuestionada por el cauce reglamentario pertinente o por la autoridad judicial competente territorialmente y esa competencia territorial correspondía a los Juzgados de Fuengirola. También tacha de irregular la constitución del depósito del premio en una Notaría, cuando la norma reglamentaria hace referencia a la retención por el cajero de la entidad. Este argumento carece de base atendible, pues la retención es ordenada por el establecimiento quien, para salvaguardar la propia existencia del depósito y como mayor garantía, la deposita en un notario que confecciona la correspondiente acta notarial. También podía haber realizado el depósito en una entidad bancaria o en poder del propio cajero, pero la utilización de uno u otro medio de depósito no supone irregularidad alguna.

El apelativo de "insólita" que el Tribunal de instancia emplea para describir los hechos es adecuado. No es lógico que un Juez no competente adopte una medida de protección a la víctima, al amparo del *art.*

13 de la Ley procesal, respecto a una medida de retención del dinero de un premio, del que la entidad que gerencia el establecimiento de azar tiene dudas respecto a la regularidad de su obtención y, de acuerdo con el ordenamiento vigente en la materia, procede a su retención y depósito. No es lógica su devolución, desde una resolución judicial adoptada sin contradicción alguna y desde un órgano en funciones de guardia que, si bien tiene facultades de actuación, su cometido de actuación urgente no se corresponde con la pretensión deducida. Como tampoco es lógico que la gestión de cobro se encomiende a un Letrado en lugar de la propia víctima que acaba de denunciar los hechos. Y tampoco lo es la dinámica desarrollada para el cobro del dinero depositado, en el que tiene que intervenir el Letrado y el destinatario del cheque de devolución, pues era nominal, endosándolo.

Las anomalías descritas hacen que la resolución a la que nos referimos sea "insólita". La devolución del importe del precio retenido, en forma regular y acorde con el ordenamiento jurídico que así lo autoriza cuando detecta irregularidades en su obtención (*Real Decreto 513/96*) en un expediente que obra en la causa, no puede ser actuado en la resolución "inaudita parte" que se adoptó por el juez acusado, sin saber y sin tener conocimiento de la realidad existente, quién era víctima en el delito que se denuncia y las razones para una actuación de retención legalmente autorizada en los supuestos que se relacionan en la norma habilitadora de la retención. (Véase el testimonio del expediente de retención obrante en el Sumario).

La resolución objeto de la acusación "retorció el derecho" pues se aparta de las opciones jurídicamente defendibles. Se adopta por juez no competente y resolviendo sin observación del principio de contradicción, sin audiencia de los interesados. Además de carecer de una mínima motivación, a excepción de la mención al *art. 13* que si bien habilita a la adopción de medidas de protección a favor de víctimas y perjudicados, su adopción requiere, al menos, conocer quien sea víctima en el hecho y la antijuricidad del hecho, estableciendo la precisa audición de los interesados antes de resolver, en primer lugar, si existía delito y, en su caso, proteger a la víctima.

NOVENO.- Abordamos en este fundamento el análisis del Auto de 13 de agosto de 2004 en el que se acuerda la libertad de María Purificación, con obligación de constituir fianza en los tres días siguientes a su puesta en libertad y la devolución de la cantidad decomisada en los autos, 141,545 euros.

Del examen del auto y de los antecedentes reflejados en la causa resultan datos que hacen que la calificación de "insólita" que emplea el Tribunal de instancia sea adecuada. Se adopta sin un conocimiento cabal del contenido de las diligencias (declaraciones del secretario del Juzgado y funcionario del Juzgado, incluso las declaraciones del imputado) y contiene disposiciones extrañas con la práctica forense, como la disposición sobre la fianza y la devolución del dinero intervenido en los hechos.

Ahora bien, en la causa existen otros hechos de relevancia en la tipicidad, como es que la decisión adoptada, la libertad, no era objetivamente injusta, pues esta es siempre la regla general en los procesos penales y su excepción aparece fundamentada en la resolución, particularmente en torno al peligro de fuga y a la posibilidad de impedir la investigación judicial del hecho. Además se fundamenta con argumentos plausibles en orden al cuidado de los niños a su cargo. Por otra parte, la libertad fue ratificada por la Audiencia en el recurso de apelación y la imputada fue finalmente absuelta en la sentencia. Estas circunstancias hacen que la resolución no sea objetivamente injusta, elemento del tipo de la prevaricación, por lo que la concurrencia de las irregularidades que se declaran probadas que afectan a la función jurisdiccional podrán tener un reproche disciplinario pero no penal, pues el contenido material de la resolución no fue injusto en los términos exigidos por la tipicidad de la prevaricación.

DÉCIMO.- Por último, el auto de 17 de agosto de 2004 por el que se acuerda la libertad de Jose Enrique .

Se trata de una resolución que adolece de las mismas irregularidades que los examinados en la anterior resolución. Se adopta sin conocimiento del contenido de las diligencias (testifical funcionarios), sin previa audiencia del Ministerio fiscal, que siempre habían intervenido en la causa con sus informes y se adopta respecto de una persona cuya imputación en los hechos investigados era muy importante como resulta del Auto que, dos meses antes, acordaba la prisión. (Vid auto de 28 de mayo 2004). Sobre unos hechos graves, con intervención de cinco kilogramos de cocaína, sin tomar conocimiento del escrito de petición de libertad, sin conocimiento de la causa en la que estaba preso, ordena la libertad y sin una mínima motivación al respecto.

La resolución impugnada se limita a motivar que concurren en el imputado "idénticas circunstancias" que las concurrentes en su mujer. Esa motivación escueta e inconcreta, es, además, falsa, en la medida en que la imputación era distinta, siendo este inculpado el principal responsable de los hechos investigados, sobre el que recaía importantes elementos probatorios, intervención de 5 kilogramos de droga, dinero, etc. y



para el que la situación de los hijos pequeños ya era atendida por la mujer que días antes había salido en libertad. No se fundamenta, en absoluto, sobre el peligro de fuga o las necesidades de la investigación. Desde luego, las circunstancias concurrentes no eran idénticas a las de su mujer.

Las circunstancias, por lo tanto, no eran las mismas y las irregularidades patentes hace que en su adopción se torciera el derecho en los términos señalados pues la libertad acordada en una causa seguida por delito grave requiere un análisis de los presupuestos para su adopción que no se realiza y la que se expone, identidad de circunstancias, no es real.

RECURSO DE Aurelio , María Purificación , Jose Enrique Y Imanol

Lo anteriormente fundamentado al abordar el motivo formulado por vulneración del derecho a la presunción de inocencia con relación al delito de **cohecho** son reproducidas para la estimación de los motivos opuestos por estos recurrentes condenados por delito de **cohecho**, procediendo dictar segunda sentencia absolutoria.

### III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por quebrantamiento de forma e infracción de Ley interpuesto por Luis Manuel , contra la sentencia dictada el día 21 de diciembre de dos mil cuatro por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en causa seguida por delito de prevaricación, **cohecho** y tráfico de influencias. Condenamos a dicho recurrente al pago de la parte proporcional de las costas causadas en su recurso.

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACIÓN por quebrantamiento de forma e infracción de Ley interpuesto por Joaquín , contra la sentencia dictada el día 21 de diciembre de dos mil cuatro por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en causa seguida por delito de prevaricación, **cohecho** y tráfico de influencias, que casamos y anulamos. Declarando de oficio el pago de la parte proporcional de las costas causadas en su recurso.

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por quebrantamiento de forma e infracción de Ley interpuesto por Aurelio , María Purificación , Jose Enrique Y Imanol , contra la sentencia dictada el día 21 de diciembre de dos mil cuatro por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en causa seguida por delito de prevaricación, **cohecho** y tráfico de influencias, que casamos y anulamos. Declarando de oficio el pago de la parte proporcional de las costas causadas en sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que se dicte a continuación a dicho Tribunal Superior de Justicia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

### **SEGUNDA SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil nueve

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla acordó incoar Diligencias Previas, por auto de fecha 21 de diciembre de 2004, registradas bajo el número 3/04 . Con fecha 18 de abril de 2005 se presentó por el Ministerio Fiscal escrito de ampliación de querrela, por delito de prevaricación, **cohecho** y tráfico de influencias, contra María Purificación , Jose Enrique , Aurelio , Joaquín y Imanol y con fecha 20 de marzo de dos mil siete dictó sentencia que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

### I. ANTECEDENTES

UNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

## III. FALLO

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Joaquín , como autor responsable de dos delitos de prevaricación del *art. 446 del Código Penal* a las penas de multa de doce meses, con una cuota diaria de seis euros (6 #) y la responsabilidad personal y subsidiaria de un día de arresto por cada dos cuotas insatisfechas, y diez años de inhabilitación para empleo o cargo público que implique el desempeño de funciones judiciales, por cada uno de ellos.

Y le ABSOLVEMOS de un delito de prevaricación y de los delitos de **cohecho** por los que había sido acusado. Igualmente le condenamos al pago de una quinta parte de las costas procesales.

Igualmente debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los acusados Aurelio , María Purificación , Jose Enrique y Imanol de los delitos de **cohecho** por los que eran encausados y declarando de oficio las costas procesales restantes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos T R I B U N A L S U P R E M O Sala de lo Penal

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

## Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA: 03/02/09

A través del voto particular expreso mi disensión en la sentencia. Existen otras disensiones, en el particular relativo a la impugnación de la acusación popular, pero centraré este voto particular en la prevaricación que considero existió en la adopción del auto de libertad de fecha 13 de agosto de 2004 , la adoptada a favor de María Purificación .

La discrepancia radica en un aspecto sustancial. Mientras la sentencia ha considerado que, con independencia del método para la adopción de la resolución, lo relevante para la tipicidad es la injusticia del contenido material a que se refiere la resolución adoptada, en mi criterio, la injusticia de la resolución se cumple cuando el juez en su adopción ha torcido el derecho, pues ha actuado fuera de cualquier posibilidad razonable de entender la función judicial que al consistir en la resolución de conflictos debe tomar conocimiento del mismo y resolverlo en los términos procedentes. En la causa queda probado, y así lo refleja el hecho probado y la fundamentación, que el juez no conoció la causa sobre la que acordó una resolución, no tenía elemento alguno para decidir y, sin embargo, resolvió. Desde esta perspectiva su resolución es prevaricadora con independencia del contenido material de su decisión y si, concretamente, era injusta, pues el hecho de dictarla, como lo hizo, en un interés que afecta a derechos fundamentales de las personas, integra la tipicidad de la prevaricación.

El *art. 446 del Código penal* contiene un elemento normativo "injusta" que siempre ha precisado de concreción por esta Sala. En esa interpretación siempre hemos negado que "injusta" se corresponda con "ilegal", pues es ciertamente posible que resoluciones que formalmente sean defendibles desde el punto de la legalidad no lo sean desde la óptica de la "justicia" de la decisión. No se quiere decir con ello que exista una justicia mas allá de la legalidad, sino que el término "injusta" engloba otros extremos distintos de la estricta legalidad de la resolución, porque la interpretación de la norma se desarrolla dentro del marco constitucional. Así, pues, una resolución puede ser injusta aunque formalmente cumpla con la ley, y la razón radica en que no basta con el cumplimiento de la ley ordinaria sino que es necesario que la aplicación de la ley ordinaria se ajuste a parámetros que establece la Constitución. En otras palabras, es preciso, para que una resolución no sea injusta, el cumplimiento de la ley pero bajo el prisma de los principios y valores constitucionales.

En este sentido, hemos dicho que es injusta una resolución cuando se ha apartado arbitrariamente del procedimiento establecido; también cuando en la interpretación de la norma se ha prescindido de los medios y métodos de interpretación habituales en el ámbito jurídico teniendo en cuenta, naturalmente, el ámbito y finalidad de la norma. Así pues, es evidente que esta Sala en modo alguno equipara legalidad ordinaria y "justicia" de la resolución, pues, como dijimos, una resolución ajustada a la legalidad puede, no obstante, ser injusta a los efectos del delito de prevaricación.

En ese análisis de la resolución debe comprenderse no sólo la resolución en sí, en su contenido material, sino también en el procedimiento que ha sido utilizado para dar lugar a su existencia, pues es la legislación orgánica y procesal, y el ordenamiento jurídico en su conjunto, el que nos señala la forma de actuar del juez, la manera en la que debe resolver el conflicto con el que se enfrenta y cómo debe resolver.

En el presente caso, nos encontramos en el caso que ahora analizamos con un hecho probado consistente en que el Juez, sustituyendo a otro Juez, desde el inicio de la sustitución ya pregunta por la llegada de una petición de libertad, a lo que la oficial le comunica la llegada de la petición, el Juez, sin examinar la causa a la que se refería, le entrega una resolución en la que acuerda la libertad y la devolución de un dinero decomisado. No entramos, por no ser necesario para la resolución de este apartado de la impugnación, en la acomodación a la legalidad de las concretas resoluciones que adopta, aunque constatamos que el Tribunal de instancia las califica de "insólitas". De lo expuesto resulta claramente que el juez actúa prevenido -sabía que se iba a presentar la petición de libertad- y, con independencia de su contenido y de lo que se desprendiera de la causa, que no llegó a examinar, ya tenía tomada la decisión. En otras palabras, que la resolución fuera o no la procedente conforme a los datos de la causa, era lo que menos le importaba, así pues la adecuación a la legalidad, si es que fue así, es el resultado del azar, o, como se dice en la impugnación, cuando menos arriesgada en su legalidad, pues fue adoptada en ausencia absoluta del método legalmente previsto para la actuación jurisdiccional.

Por ello, en este caso, la adecuación, o no, a la legalidad de la resolución es un dato ciertamente intrascendente pues, no procede de una decisión analizada por el juez, sino que obedece a otras causas. Tampoco, por consiguiente, puede el juez ampararse en que la ley otorga discrecionalidad al juez para adoptar la resolución, porque se trata de una discrecionalidad para que el juez adopte una resolución dentro del ámbito de la finalidad de la norma y esta no prevé la discrecionalidad para que el juez adopte la resolución sin examen del asunto; a modo de ejemplo, también sería injusta una resolución que el juez adopte en función del resultado de tirar una moneda al azar, con independencia de lo ajustado a la legalidad que resulte ser la resolución y de que, en el caso concreto, hubiera un margen legal de discrecionalidad. La discrecionalidad siempre ha de discurrir por unos cauces, y entre ellos, desde luego, es el examen del asunto y su respuesta conforme a la ley y a la interpretación en la forma antes indicada. Cuando la resolución se aparta de dichos márgenes y es adoptada en la forma en que ha sido ésta, no hay duda de que el juez infringió el deber que le incumbía, dando lugar a una resolución absolutamente injusta. Por cuya razón, repetimos, la adecuación o no de la resolución a la legalidad, es indiferente, porque la adopción de la resolución, con independencia de concreto contenido material, es ya injusto porque fue adoptada movido por intereses ajenos a la función jurisdiccional que le competía que exige el conocimiento del hecho sobre el que decide y la aplicación de la norma al caso de acuerdo a valores constitucionales. Al juez le corresponde la obligación de establecer, en el caso concreto, cuál es la solución conforme a derecho, a través de la observancia de los métodos de interpretación jurídica y de las reglas procesales que el ordenamiento prevé para la realización del Derecho, lo que es de aplicación, obviamente, a situaciones con cierto margen de discrecionalidad pues ésta, como hemos dicho, ha de discurrir por ciertos cauces y, entre ellos, el examen del asunto.

Andrés Martínez Arrieta