

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

CAUSA ESPECIAL

Nº de Recurso: 20362/2015

Fallo/Acuerdo: Auto Archivo Querrela o Denuncia

Procedencia: QUERELLA

Fecha Auto: 22/07/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Alberto Jorge Barreiro

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

Escrito por: FGR

Causa Especial (20378/15 y 20418/15 Acumuladas)

Recurso Nº: 20362/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Alberto Jorge Barreiro

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez

D. Joaquín Giménez García

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

En la Villa de Madrid, a veintidós de Julio de dos mil quince.

I. HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 11 de mayo pasado la Procuradora Doña Margarita Sánchez Jiménez, en nombre y representación de Don Antonio Salvador López, presentó escrito en el Registro General de este Tribunal formulando querrela contra Don Juan Martínez Moya, Don Enrique Quiñonero Cervantes y Don Miguel Pascual del Riquelme Herrero, Magistrados de la Sala

de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Autonomía de Murcia, por un presunto delito de prevaricación judicial del art. 446 del Código Penal.

SEGUNDO.- Formado rollo en esta Sala y registrado con el núm. 3/20362/2015, por providencia de 14 de mayo se designó ponente para conocer de la presente causa y conforme al turno previamente establecido, al Magistrado de esta Sala Don Alberto Jorge Barreiro y se requirió al querellante por cinco días a fin de aportar poder especial original. Aportado junto con escrito presentado en el Registro General el pasado 27 de mayo, se remitieron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y fondo.

TERCERO.- Por providencia de 1 de Junio se tuvo por acumulada a la presente causa, la causa especial 20418/2015 incoada por los mismos hechos y razón de pedir, en virtud de querrela formulada por la Procuradora Doña Mónica Fente Delgado, en nombre y representación de Don José Luis Mazón Costa.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 30 de junio de 2015 interesando que se declarase la competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y archivasesen las querellas, conforme al art. 313 de la LECrim por no ser los hechos descritos en las mismas constitutivos de delito.

QUINTO.- Por providencia de 6 de julio, se tuvo por acumulada a la presente causa, la causa especial 20378/2015 incoada por los mismos hechos y razón de pedir, en virtud de querrela formulada por el Procurador Don Antonio Orteu del Real, en nombre y representación del Partido Político PODEMOS.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la representación procesal de Don Antonio Salvador López se presentó escrito formulando querrela contra Don Juan Martínez Moya, Don Enrique Quiñonero Cervantes y Don Miguel Pascual del Riquelme Herrero, Magistrados de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Murcia, por un presunto delito de prevaricación judicial del art. 446.3º del Código Penal. A esta querrela fueron acumuladas, por concurrir identidad de objeto, la presentada por la representación procesal de José Luis Mazón Costa (causa especial 20418/2015) y la de la representación del Partido Político PODEMOS (causa especial 20378/2015). En todas ellas consideran resolución prevaricadora el auto de 2 de marzo de 2015 dictado por el referido Tribunal Superior de Justicia en las Indeterminadas 1/2015, mediante el que se acordó lo siguiente:

"...1º) Declarar, en principio, y a los exclusivos efectos de su presentación por haberse dirigido contra persona aforada para el que esta Sala es el órgano judicial competente, la competencia de la misma para el conocimiento de la querrela presentada por el Ministerio Fiscal contra el aforado D. Pedro Antonio Sánchez López. 2º) Declarar, en principio, y también a los exclusivos efectos de su presentación, la incompetencia de esta Sala respecto a los hechos imputados en la querrela a las personas no aforadas ante la misma. 3º) En cuanto al fondo, procédase a remitir dicho escrito de querrela y documentación que se acompaña al Decanato del partido judicial de Lorca para que proceda a su reparto, dado que los hechos contenidos en la querrela, por su relevancia penal, deberán ser investigados por el órgano judicial predeterminado por la ley, al resultar inviable, por el momento, la individualización inequívoca y relevante de dichos hechos contra la única persona aforada que justificaría la atribución de competencia de esta Sala. 4º) Corresponderá al Juzgado de Instrucción de Lorca que por turno corresponda, una vez remitida la causa, y en todo caso con la libertad de criterio que constitucionalmente le es propia, asumirla para su investigación, y en el curso de la misma, si procediera en cuanto a competencia y fondo, deberá concretar e

individualizar los hechos y conductas con relevancia penal que se refieran al aforado, D. Pedro Antonio Sánchez López, y, en su caso, procederá a la elevación a esta Sala de una Exposición Razonada para examen por la misma".

En esa resolución emitió un voto particular el Magistrado Don Manuel Abadía Vicente, en el que discrepa del criterio de la Sala por diferentes razones relativas a la competencia en la instrucción del aforado, discrepancia que, en síntesis, dice así: *"...Creo haber dejado meridianamente claro que no existe en la Ley de Enjuiciamiento Criminal la tesis auspiciada por la composición mayoritaria de la Sala, a saber, que los Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Supremo son órganos jurisdiccionales de "segundas instrucciones" requiriendo una primera instrucción imperativa del Juez territorial, de suerte que la primera ha de residenciarse en el Juez territorial y cuando éste indique en exposición razonada los indicios contra el aforado, entonces entre en funciones la Sala de aforados a instruir si estima suficientes esos indicios contra el aforado. Todo lo contrario, los órganos del Orden Jurisdiccional Penal son improrrogables (art. 8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y ellos han de examinar de oficio su propia competencia, por lo que si el art. 73 nº 3, apartado 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial dice que para la instrucción de las causas que se refieren los párrafos a) y b) se designará un Instructor de los miembros de la Sala, que no formará parte de la misma para enjuiciarla, sólo ese 'Instructor' es el competente con relación al aforado, pues la competencia en materia penal es de configuración legal..."*

Contra ese auto de 2 de marzo de 2015 interpuso recurso de súplica el Ministerio Fiscal, recurso que fue desestimado por auto de 23 de marzo de 2015, donde volvió a formular voto particular el mismo Magistrado Don Manuel Abadía.

SEGUNDO.- Al dirigirse las tres querellas contra Magistrados de la Sala de lo Civil y Penal de un Tribunal Superior de Justicia, es claro que el Tribunal

Supremo es el competente para conocer de las querellas, conforme al art. 57.1.3º de la LOPJ.

TERCERO.- Los querellantes consideran en sus escritos que los querellados, al haber declarado su competencia sin admitir a trámite la querella, han cometido el delito de prevaricación que les imputan. Y ello porque estiman que la Sala del Tribunal Superior de Justicia solo tenía dos opciones: o haberse declarado incompetente y no admitir a trámite la querella, o haberse declarado competente y admitirla a trámite nombrando como instructor a un Magistrado de la Sala. Y citan al respecto los arts. 312 y 313 de la LECr. como sostén legal de la interpretación que formulan.

La querella que dio origen a la resolución de admisión que ahora se tilda de prevaricadora fue presentada por el Ministerio Fiscal contra el aforado Don Pedro Antonio Sánchez López, que ostentaba el cargo de Consejero de Cultura, Educación y Empleo de la Comunidad Autónoma de Murcia, basándose su aforamiento en los arts. 73.3 de la LOPJ y 33.7 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad murciana. Si bien la querella también iba dirigida contra otras 12 personas que no tenían la condición de aforados.

Los hechos objeto de la querella formulada por el Ministerio Fiscal contra el querellado Pedro Alberto Cruz Sánchez se centraban en las presuntas ilegalidades cometidas con motivo de la construcción de un Teatro-Auditorio en Puerto Lumbreras (Murcia). Y más en concreto concernían a la forma en que se hizo el encargo del anteproyecto al arquitecto Martín Lejárraga, de manera verbal e incumpliendo presuntamente una serie de normas por parte del Alcalde y otros miembros del consistorio. Ilegalidades que también se denunciaron con respecto a la forma de realizar el concurso de la obra y la concesión de una subvención por el Gobierno Autonómico para abonar su coste. En la querella del Ministerio Fiscal se describe un cúmulo complejo de hechos que el Instituto querellante consideró vulneradores de diferentes normas del procedimiento

administrativo aplicable, por lo que se habla en el escrito de la parte querellante de un supuesto de nulidad radical, de dislate jurídico y de disparate legal. Las ilegalidades descritas afectaban tanto al concurso de proyectos, como a la ejecución y adjudicación de las obras del Teatro-Auditorio.

El querellado Pedro Antonio Sánchez López era el Alcalde de Puerto Lumbreras cuando se ejecutaron los hechos, si bien en las fechas de presentación de la querrela tenía la condición de Consejero de Cultura, Educación y Empleo del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Murcia, de ahí su aforamiento. En la querrela presentada por el Ministerio Fiscal se le atribuyen los delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos, fraude contra la Administración y falsedad en documento oficial.

Tal como anticipamos *supra*, la decisión que ahora se tilda de prevaricadora es el auto de admisión de esta querrela por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 2 de marzo de 2015, cuya parte dispositiva ya reseñamos, y que fue ratificado el 23 de marzo siguiente al desestimarse el recurso de súplica formulado por el Ministerio Fiscal. En ambos casos hubo un voto particular del magistrado discrepante, algunos de cuyos argumentos son acogidos por los querellantes para fundamentar la prevaricación de la decisión mayoritaria del Tribunal.

CUARTO.- Esta Sala de Casación, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su fundamentado dictamen de 30 de junio, ha tenido ocasión de pronunciarse en múltiples ocasiones sobre las cuestiones que aquí se suscitan, y en todas ellas se parte de la premisa de que la aceptación de la competencia frente a un aforado solo es posible cuando existan indicios cualificados y sólidos de responsabilidad, no antes (ver autos dictados en las causas especiales 4120/97, de 27 de enero de 1998; 20179/2008, de 6 de abril de 2010; 37/2002, de 6 de septiembre de 2002; 2400/99, de 2 de enero de 2000,

y más recientes, como el auto de 18/2/15, causa especial 20439/14, entre otros muchos).

En ellas se decía que la *"La competencia para el conocimiento de los hechos delictivos imputados a Diputados y Senadores corresponde a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (arts. 71.3 CE y 57.1.2 LOPJ). Es cierto el deber del Juez instructor de investigar todo lo relativo al hecho delictivo imputado, en especial lo concerniente a la individualización de las personas responsables de los delitos que pudieran haberse cometido. Pero también lo es el carácter excepcional de aquellas normas, en la medida en que encierran una derogación singular de las reglas ordinarias de competencia objetiva y funcional. De ahí la importancia —destacada por esta Sala en numerosos precedentes— de que cuando se imputen actuaciones criminales a un grupo de personas y alguna de ellas tenga la condición de aforada se individualice de forma precisa la acción concreta que respecto de ese aforado pudiera ser constitutiva de delito, expresando los indicios incriminatorios que pudieran servir de apoyo a tal imputación"*.

Todo ello ha sido avalado sustancialmente por la doctrina del Tribunal Constitucional —STC 69/2001, de 17 de marzo—, en la que se expone que la determinación concreta del momento preciso en el que la instrucción de la causa ha de elevarse a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo por poder resultar implicado en la misma un miembro de las Cortes Generales no ha sido establecida por el legislador postconstitucional, recogándose como único criterio en la normativa reguladora de la garantía de aforamiento prevista en el art. 71.3 de la CE para Diputados y Senadores la genérica referencia del art. 2 de la Ley de 9 de febrero de 1912 a la aparición "de indicios de responsabilidad contra algún Senador o Diputado". La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su función de intérprete de la preconstitucional Ley de 9 de febrero de 1912 (STC 22/1997), viene entendiendo, en una consolidada línea jurisprudencial que se inicia, al menos, con el ATS de 28-4-1993, y que constituye hoy un

consolidado cuerpo doctrinal (AATS 21-1-1995, 9-6-1995, 17-7-1995, 18-7-1995, 15-9-1995, 11-9-1996, 27-9-1996, 29-1-1998, 21-4-1998, 23-4-1998, 6-7-1998, 21-11-1999, entre otros), en el que se enmarcan la Sentencia ahora recurrida en amparo y el criterio mantenido por el Juez Instructor, que no basta para la operatividad de la prerrogativa de aforamiento del art. 71.3 CE la mera imputación personal, sin datos o circunstancias que la corroboren, a un aforado, requiriéndose la existencia de *indicios fundados* de responsabilidad contra él, dado que los aforamientos personales constituyen normas procesales de carácter excepcional que, por tal circunstancia, deben ser interpretadas y aplicadas restrictivamente.

Pues bien, esta doctrina jurisprudencial y, por consiguiente, la exigencia de que existan indicios o sospechas fundados con una mínima verosimilitud o solidez sobre la participación de un Diputado o Senador en los hechos objeto de investigación penal para que entre en juego la garantía de aforamiento especial prevista en el art. 71.3 CE, no pueden ser en modo alguno calificadas de irrazonables o arbitrarias, ni tildadas de contrarias o desconocedoras de la finalidad a la que sirve dicha garantía, ni del contenido absolutamente indisponible de ésta establecido en el art. 71.3 CE, ni nada al respecto se argumenta en la demanda de amparo. Y ello —prosigue diciendo el TC—toda vez que la concreta inculpación del aforado no se produjo hasta el momento en que, apreciados por el Juez Instructor indicios fundados o dotados de una mínima verosimilitud sobre su posible participación en los hechos investigados, tal apreciación, al serle elevada la causa, fue confirmada y ratificada por el Tribunal Supremo y éste reclamó o declaró su competencia jurisdiccional para conocer del asunto, asumiendo entonces, como consecuencia de la verosímil implicación de la persona aforada, la instrucción de la causa. Sólo entonces, y no antes, por poder afectar realmente a un aforado, se justifica la cognición de la causa por el Tribunal Supremo y la misma puede dirigirse contra aquél... En definitiva, si bien ciertamente no es la única interpretación posible que cabe efectuar de la normativa reguladora de la garantía de aforamiento especial ex art.

71.3 CE, la doctrina jurisprudencial de la que discrepa el demandante de amparo preserva y no merma la finalidad cuya salvaguarda se persigue mediante la constitucionalización del aforamiento, que, como ya ha tenido ocasión de declarar este Tribunal, no es otra que la de proteger la independencia institucional tanto de las Cortes Generales como del propio Poder Judicial frente a potenciales presiones externas o las que pudiera ejercer el propio encausado por razón del cargo que desempeña (STC 22/1997).

QUINTO.- A la luz pues de la doctrina de esta Sala, y del refrendo que ha recibido, en principio, del Tribunal Constitucional, podría decirse que en la tramitación de la fase de instrucción de los procedimientos de aforados habría que distinguir dos subfases procesales. En un primer escalón, cuando la instrucción todavía se muestra incipiente, es posible que el juez ordinario prosiga practicando diligencias al concurrir en el caso lo que podría denominarse meras sospechas o indicios débiles o livianos sobre la intervención en los hechos de un aforado. En cambio, cuando en la investigación aparezcan lo que la jurisprudencia viene denominando indicios sólidos, cualificados, graves, consistentes o fundados contra un aforado, se entraría en un segundo escalón en que ya tendría que operar el juez predeterminado por la ley para los aforados, para cuya materialización habría que remitir una Exposición Razonada al Tribunal Supremo o al Tribunal Superior de Justicia, al efecto de que procediera a admitir la competencia en la instrucción si lo considerase pertinente y a nombrar un instructor.

Son dos razones más bien de carácter pragmático las que han conducido a este doble escalonamiento procesal en la fase de instrucción del proceso penal en el que figuran implicados sujetos aforados. La primera, derivada del hecho de que la función de instruir no es la propia y natural de un Tribunal de Casación y tampoco de un Tribunal Superior de Justicia, por lo que se generan en la práctica notables disfunciones de toda índole. Hasta el punto de que de instruirse todos los procedimientos *ab limine* en las causas por aforados por la Sala Segunda del

Tribunal Supremo, ésta tendría que hacer dejación de sus funciones propias de la casación. Y la segunda razón que veda la posibilidad de una instrucción íntegra por el Tribunal Supremo o por el Tribunal Superior de Justicia obedece a que suele ser bastante habitual que en un mismo proceso concurren imputados que son aforados con otros que no lo son, y que incluso estos superen en número a los anteriores, circunstancia que obliga a delimitar conductas con el fin de no introducir procesos de difícil instrucción en Salas que no están funcionalmente preparadas ni proyectadas para ello.

Así las cosas, si bien desde una concepción purista del proceso en vigor, dada la relevancia que presentan los primeros meses de toda investigación criminal, lo más correcto sería que el juez predeterminado por la ley (el juez del aforamiento) actuara desde el inicio de un proceso, en la práctica ello no resulta factible. Lo cual genera sin duda distorsiones procesales e incluso graves inconvenientes en cuanto a posibles paralizaciones u omisiones en la fase de instrucción de los procesos mixtos, con aforados y no aforados, dado que los jueces de instrucción, debido al aforamiento, no suelen investigar de forma directa e incisivamente incriminatoria a los sujetos aforados que tienen predeterminado legalmente un juez de instrucción consustancial con su estatus de aforamiento. De modo que los indicios cualificados contra los imputados aforados se obtienen más por la investigación de los coimputados no aforados que por una instrucción directamente dirigida contra los que se hallan amparados por el aforamiento, que acaba operando en la práctica como un freno para el instructor ordinario.

Todo ello viene a colación por el debate y las discrepancias que han surgido entre los magistrados del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Murcia, que ha derivado en una resolución que ahora se cataloga de prevaricadora por las tres partes querellantes.

En efecto, la mayoría del Tribunal Superior de Justicia consideró que la circunstancia concreta de que en el caso concurriera no solo un imputado aforado, sino cuando menos otros doce imputados no aforados, determinaba que fuera el juez ordinario el que investigara en una fase inicial tanto al primero como a los restantes coimputados, y ello con el fin de individualizar debidamente la conducta atribuible al aforado. Y una vez que esta primera fase de la investigación estuviera cumplimentada, sería cuando, a la vista de la calidad de los indicios referentes al aforado, se adoptaría la decisión de asumir la totalidad de la competencia por el Tribunal Superior de Justicia, ya sea para uno o para varios imputados.

De ello discrepó uno de los magistrados, lo que le llevó a formular un voto particular. En él pone de relieve sus claras discordancias con el criterio de la mayoría de la Sala. El Magistrado discrepante parte de la premisa de que se está ante un supuesto en que la querrela del Ministerio Fiscal contiene hechos muy concretos e individualizados atribuidos al imputado aforado, datos que describe en su voto particular y que le llevan a estimar que no se precisa de una individualización de conductas como paso previo a asumir la competencia de la instrucción de la querrela, interpretación que encuentra reforzada por el hecho de que la querrela es presentada por el Ministerio Fiscal directamente ante el Tribunal Superior. El voto particular se muestra crítico con lo que denomina la tesis de que los Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Supremo son órganos judiciales de “segundas instrucciones”, opción que considera contraria a las normas procesales.

Por su parte el Fiscal querellante coincide en esencia con el criterio que se expone en el voto particular, a tenor del recurso de súplica que formuló contra el auto de 2 de marzo de 2015, recurso en el que impugna la derivación de la tramitación de la querrela hacia el juez ordinario del territorio para que investigue tanto a los no aforados como al aforado.

Así las cosas, se está ante un supuesto en que se aprecia de forma diáfana una discrepancia importante sobre los límites con que ha de operarse a la hora de encomendar la primera fase de la instrucción al juez ordinario en los casos en que uno de los investigados es un aforado. De una parte, la mayoría del Tribunal Superior entiende que por concurrir un número importante de coimputados no aforados ha de ser el Juez de instrucción ordinario el que tramite la primera fase de la instrucción, hasta que se individualicen debidamente las conductas y se determine su alcance respectivo. Y de otra parte, el Magistrado disidente, el Ministerio Fiscal y los tres querellantes en la presente causa estiman que, dada la concreción de los hechos y la claridad de las imputaciones contra el Consejero de Gobierno aforado, no procedía que el Tribunal Superior desviara la instrucción hacia un juez ordinario competente por razón del lugar en que se perpetraron los hechos. Máxime cuando en el auto cuestionado y objeto de la querrela el Tribunal Superior de Justicia declara su competencia, si bien después advierte que lo hace solo “a los efectos exclusivos de su presentación” pero no de su real tramitación.

Pues bien, planteada la cuestión de fondo en los términos que se acaban de reseñar, es claro que la función de esta Sala no es entrar a dirimir cuál de los dos criterios enfrentados tiene la razón sobre la delimitación de la competencia en la primera fase de instrucción de los hechos que integraron la querrela del Ministerio Fiscal. No corresponde, pues, a esta Sala resolver aquí qué tesis de las dos en liza se presenta más acertada y ajustada a la ley y a la jurisprudencia que interpreta las zonas de penumbra relativas a los límites competenciales de un juez ordinario en los procedimientos de aforados.

Nuestra función se ha de circunscribir a examinar, dado el objeto de la querrela formulada en la presente causa, si la decisión adoptada por la mayoría del Tribunal Superior de Justicia en el auto de 2 de marzo de 2015 es indiciariamente subsumible en el tipo penal de prevaricación previsto en el art. 446.3º del C. Penal. Y nuestra respuesta ya anticipamos que ha de ser negativa.

SEXTO.- 1. La jurisprudencia de esta Sala (SSTS 2/1999, de 15-10; 2338/2001, de 11-12; 3592002, de 26-2; y 102/2009, de 3-2, entre otras) viene considerando, al examinar el **tipo objetivo** de esta infracción penal, que el delito de prevaricación 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. Desde este punto de vista, el delito de prevaricación requiere, ante todo, que las sentencias o resoluciones judiciales puedan ser consideradas como un grave apartamiento del derecho en perjuicio de alguna de las partes. La prevaricación, por lo tanto, consiste en el abuso de la posición que el derecho otorga al juez, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales.

Desde el perfil objetivo del tipo penal la injusticia de la resolución no puede ser eliminada recurriendo a la subjetividad del autor, dado que el juez debe aplicar el derecho y no obrar según su propia idea de la justicia. La subjetivización del delito de prevaricación conduciría a la justificación de cualquier decisión judicial, por lo que, consecuentemente, es difícilmente compatible con la división de poderes que está en la base del principio democrático.

También se ha señalado por esta Sala que si bien es cierto que el derecho no es una ciencia exacta, ello no quiere decir que cualquier acto de un juez sea adecuado a derecho, pues ello implicaría reconocer que la única ley del Estado es la voluntad o la convicción de los jueces, en clara contradicción con el art. 117.1 CE. En la sentencia de 4 de julio de 1996 (Causa Especial 22830/94) se subrayó que la injusticia se da cuando "quede de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trate" y, precisamente, se excluyó de la prevaricación el caso de las aplicaciones del derecho basadas en "algún modo razonable de

interpretar los hechos y la norma jurídica". El juez, por lo tanto, sólo puede deducir de las leyes las consecuencias que algún medio o método jurídico de interpretación le permita. Puede recurrir según su parecer al método gramatical, al teleológico, al histórico o subjetivo, al sistemático, etc., pero su decisión debe provenir de la rigurosa aplicación de los criterios racionales que cada uno de estos cánones interpretativos establece. Lo que el juez no puede es erigir su voluntad o su convicción en ley. Tal tarea sólo corresponde al Parlamento.

En la referida jurisprudencia se insiste en que una sentencia o resolución injusta no sólo debe ser antijurídica, sino que debe ser además demostrativa del apartamiento de la función que corresponde al autor en el Estado de derecho según los arts. 117.1 y 103.1 CE. Por ello, cuando se trata de prevaricación relativa a los funcionarios en general se ha recurrido a estos efectos a adjetivaciones de la antijuridicidad tales como "flagrante y clamorosa", "clara y manifiestamente contraria a la ley", "esperpéntica", o "que pueda ser apreciada por un lego". Estas adjetivaciones suelen reemplazar un concepto sustantivo, que será de apreciar, por lo general, cuando la aplicación de las normas no resulte de ningún método o modo aceptable de interpretación del derecho (SSTS 4-7-1996, Causa Especial, núm. 2830/94; 965/1999, de 14-6; y 2/1999, de 15-10). De esta manera la Sala ha subrayado la importancia del elemento objetivo del delito de prevaricación y ha excluido, paralelamente, interpretaciones basadas en la llamada teoría subjetiva.

Sin embargo, ha matizado y precisado esta Sala de Casación que el delito de prevaricación judicial, a diferencia de la atribuida a los funcionarios en general, es un delito de técnicos en derecho y que, consecuentemente, en la motivación de las resoluciones prevaricadoras predominan los argumentos encubridores del carácter antijurídico del acto. Por estas razones, es preciso proceder cuidadosamente en el traslado de las exigencias que debe cumplir el acto prevaricante, dado que los adjetivos utilizados por la jurisprudencia han sido esencialmente forjados con relación a prevaricaciones de funcionarios, que,

por lo general, no son técnicos en derecho. Ello explica que en algunos casos se haya exigido que la arbitrariedad sea "esperpéntica", o "que pueda ser apreciada por cualquiera", pues es comprensible que un funcionario sin formación jurídica sólo puede percibir la arbitrariedad cuando ésta sea grosera o directamente absurda (SSTS 2/1999, de 15-10; 2338/2001, de 11-12; y 102/2009, de 3-2).

Por *resolución injusta* habrá de estimarse, pues, aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, careciendo de toda interpretación razonable, siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad. La injusticia es por ello un plus respecto de la mera ilegalidad (STS 359/2002, de 26-2).

A tenor de lo que antecede, puede concluirse que de las tres concepciones que la doctrina viene aplicando al elemento normativo del tipo penal (integrado por la injusticia de la resolución): la concepción subjetiva, la objetiva y la de la infracción de los deberes, la jurisprudencia se incardina en un ámbito muy cercano a la última, al centrarse el elemento normativo en el apartamiento del juez en su decisión de los métodos y normas que prevé el ordenamiento para la realización del derecho, si bien manteniendo una vinculación muy directa con la concepción objetiva cuando equipara las conductas prevaricadoras a las interpretaciones indefendibles.

2. De otra parte, y desde la perspectiva del **tipo subjetivo** de la prevaricación, la jurisprudencia anteriormente citada considera que la expresión "a sabiendas" que contiene el art. 446 del texto punitivo, debe ser interpretada en el sentido de que el sujeto activo ha de tener conciencia de estar dictando una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, en aquellos casos en que la norma pueda ser susceptible de distintas interpretaciones, elemento que ha de ser puesto en relación con la condición de juez técnico en derecho (SSTS 359/2002, de 26-2; y 102/1999, de 3 de febrero). Sin que, por lo tanto, se interprete la

locución “a sabiendas” como un especial elemento subjetivo del injusto penal que requiera una intensificación de la tendencia interna del autor como requisito a mayores que refuerce los elementos básicos del dolo.

3. En el **caso concreto** que ahora se examina es claro, tal como anticipamos, que los dos autos dictados por los Magistrados querellados no presentan las connotaciones y los caracteres propios de un ilícito de prevaricación judicial, a tenor de los criterios jurisprudenciales que se están aplicando tanto por esta Sala como por el Tribunal Constitucional en orden a la admisión de una atribución competencial a los jueces ordinarios en la fase embrionaria de la instrucción de los procesos contra aforados.

Las resoluciones de este Tribunal referentes a las instrucciones contra sujetos aforados no solo permiten una instrucción provisional por parte del juez ordinario cuando los indicios contra los imputados se muestran débiles e inconsistentes *ab initio*, sino que también propician una investigación preliminar por el juez ordinario cuando concurren una pluralidad de imputados y algunos de ellos son aforados. Y ello porque también es relevante para la Sala de aforados conocer la implicación en los hechos de unos y otros imputados con el fin de conocer el grado de coautoría o de participación que la conducta de cada uno puede alcanzar, dato que resulta imprescindible para delimitar cuál ha de ser el ámbito concreto del proceso para aforados desde la perspectiva de los sujetos activos del delito. De modo que se determine con arreglo a criterios razonables de conexión material el círculo de presuntos autores que han de quedar integrados en uno u otro proceso por razones de inescindibilidad material.

Así las cosas, no puede afirmarse que en el caso examinado el Tribunal Superior de Justicia se haya apartado en su aplicación de la norma de los cánones y de los métodos de interpretación a que se ajusta la labor de un jurista en casos similares. El criterio que utilizó la mayoría del Tribunal para efectuar una primera fase de investigación en la que se delimitara la relevancia de la

intervención en los hechos de la pluralidad de sujetos que figuran como querellados (en principio se habla de 12 en la querella, si bien después parece ser que se eleva su número), es una pauta interpretativa que ha utilizado esta Sala para justificar la necesidad de clarificar el marco subjetivo de un proceso en los supuestos en que concurren imputados aforados con otros que no lo son.

Como ya se advirtió, es posible que los criterios pragmáticos jurisprudenciales que se siguen por esta Sala no sean los más puristas y los más ajustados a un concepto inmaculado de la figura del aforamiento, y que acaben reconvirtiendo —como se dice con sentido crítico en el voto particular del Magistrado discrepante— al Tribunal Supremo y al Tribunal Superior en órganos judiciales de “segundas instrucciones”; sin embargo, la vía adoptada ha intentado dar una salida razonable a las situaciones críticas del proceso que se generan por la normativa en vigor.

Por consiguiente, los autos dictados por los querellados no se apartan de interpretaciones jurídicamente defendibles ni evidencian una aplicación irrazonable de la norma que pueda tildarse de injusta e incardinable en el radio de acción del delito de prevaricación que aquí se imputa. Y si bien es posible que la forma en que se plasma en la parte dispositiva del auto de 2 de marzo de 2015 la admisión de la competencia sobre la querella “a los exclusivos efectos de su presentación”, no sea la más ortodoxa e idónea para dar curso después a la investigación por parte del juez ordinario, ello nada tiene que ver con el componente de antijuridicidad de un delito de prevaricación.

Por lo expuesto, y de conformidad con el art. 313 de la LECr., procede inadmitir a trámite la querella por no ser los hechos constitutivos de infracción penal, archivándose las actuaciones.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: 1º) Declarar su competencia para el conocimiento de las presentes querellas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 57.1.3º de la LOPJ. 2º) Inadmitir las querellas por entender que los hechos contenidos en las mismas no revisten indiciariamente naturaleza delictiva. 3º) Archivar las actuaciones.

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

D. Manuel Marchena Gómez

D. Joaquín Gimenez García

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

