

CASO LIAÑO

TEXTO ÍNTEGRO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia Nº: 2/1999

CAUSA ESPECIAL Nº 2940/1997

Señalamiento: 14/9/99 al 21/9/99

Fecha Sentencia: 15/10/99

Ponente Excmo. Sr. D: Gregorio García Ancos

Secretaría de la Sala: Sra. Cao Barredo

Escrito: MMP

CAUSA ESPECIAL Nº 2940/1997

Ponente Excmo. Sr. D.: Gregorio García Ancos

*Vista:*14/9/99 al 21/9/99

Fecha de la sentencia: 15/10/99

Secretaría de la Sala: Sra. Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº 2/1999

La Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. D. Gregorio García Ancos, Presidente, D. Enrique Bacigalupo Zapater y D. José Manuel Martínez-Pereda y Rodríguez, Magistrados, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente:

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Octubre de mil novecientos noventa y nueve. Vista en juicio oral y público y en única instancia la presente Causa Especial número 2940/97 tramitada por el procedimiento ordinario y seguida ante esta Sala por delitos de prevaricación, contra el procesado D. Francisco Javier Gómez de Liaño y Botella titular del D.N.I. número 11.684.221, nacido el 21 de Agosto de 1.948 en

Orense y domiciliado en Madrid, c/ Marcelo Espínola, núm. 48-15 C, de estado casado, de profesión Magistrado, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional en estas actuaciones en las que no consta haya estado privado de la misma en ningún momento, representado por la Procuradora Sra. Dña. Pilar Moneva Arce, defendido por los Letrados D. Jorge Trias Sagnier y Dña. María Dolores Márquez de Prado y de Noriega, y habiendo sido parte El Ministerio Fiscal en la representación que ostenta, en el ejercicio de la acción particular D. Jesús de Polanco Gutiérrez, D. Juan Luis Cebrián Echarri, D. Gregorio Marañón Bertrán de Lis, y D. Francisco Pérez González, representados por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y defendidos por los Letrados D. Horacio Oliva García, D. Antonio González Cuellar García y D. Matías Cortés Domínguez, y en ejercicio de la acción popular, la Asociación de Estudios Penales, representada por la procuradora Dña. Gema de Luis Sánchez y defendida por los letrados D. José Emilio Rodríguez Menéndez y Dña. Alicia Moreno Pérez, han dictado sentencia los Excmos. Sres. arriba mencionados, y al haber declinado su redacción el Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda, pasando a formular motivadamente voto particular, asume la misma el Presidente Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos, con arreglo a los siguientes antecedentes de hecho y fundamentos de derecho:

1. ANTECEDENTES

PRIMERO.- La presente causa se incoó en virtud de querrela formulada, por la representación de D. Jesús de Polanco Gutiérrez, D. Juan Luis Cebrián Echarri, D. Gregorio Marañón Bertrán de Lis y D. Francisco Pérez González, contra el que después sería procesado, en la que tras referir los hechos que imputaban al mismo y entender constituían tres delitos de prevaricación, terminó suplicando su admisión a trámite y la práctica de las pruebas que en tal escrito se proponían.

SEGUNDO.- La Sala Segunda del Tribunal Supremo, a quién correspondía por el fuero del implicado el conocimiento de los hechos expuestos en la mencionada querrela, dictó auto el 19 de febrero de 1998, admitiendo a trámite la misma, ordenando la apertura de diligencias previas, designando instructor al Excmo. Sr. D. Joaquín Martín Canivell y aclarándose el mismo auto en el sentido que, tras la apertura de diligencias previas se siguiera el trámite del procedimiento ordinario. En fecha 16 de julio de 1998 el Instructor decretó el procesamiento de D. Francisco Javier Gómez de Liaño y Botella.

TERCERO.- Luego de practicadas las diligencias acordadas y decretada la conclusión del sumario por el Excmo. Sr. Instructor fue remitida la causa a este Tribunal.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales, calificó los hechos de autos como no constitutivos de delito de prevaricación ni de infracción penal alguna, al no constituir delito no procedía determinación de autoría en sentido penal, no concurrían en consecuencia circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por no ser los hechos constitutivos de infracción penal y procedía la absolución del procesado, con todas las consecuencias legales e inmediata comunicación al Consejo General del Poder Judicial.

QUINTO.- La acusación particular, en igual trámite calificó los hechos de autos como constitutivos de tres delitos de prevaricación previstos y penados en el art. 446 3º del vigente Código Penal y estimó responsable de los tres delitos de prevaricación al procesado D. Francisco Javier Gómez de Llano y Botella, sin concurrencia en los hechos de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, pidió se le impusiere al procesado por cada uno de los delitos, las penas de multa de 24 meses con una cuota diaria de 15.000 ptas., con arresto. Sustitutorio en caso de impago y de inhabilitación especial para el desempeño de cualquier cargo en la carrera judicial en cualquiera de sus categorías durante veinte años, con pérdida definitiva de su cargo de Magistrado, con imposición de las costas y remisión de testimonio literal de la sentencia al Consejo General del Poder Judicial, con expresa reserva del ejercicio de las acciones civiles derivadas de los hechos ante el correspondiente órgano jurisdiccional.

SEXTO.- La acusación popular en igual trámite calificó los hechos de autos como constitutivos de tres delitos de prevaricación judicial tipificados y penados en el art. 446 3º del Código Penal y estimando responsable en concepto de autor al procesado, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, pidió se le impusiese al procesado por cada uno de los delitos la pena de 24 meses de multa con cuota diaria de 10.000 pesetas e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de veinte años, abono de las costas incluidas las de las acusaciones e indemnización a todos los imputados en el procedimiento Diligencias Previas 54/97 del Juzgado Central de Instrucción número uno, en cuantía de 100 millones de pesetas en partes alícuotas.

SEPTIMO.- En el acto del Juicio Oral el Ministerio Fiscal, la acusación particular y popular elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales.

OCTAVO.- La defensa del procesado, en igual trámite se adhirió íntegramente al escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, elevando a definitivas las conclusiones en el acto del Juicio Oral.

II.- HECHOS PROBADOS.

Probado y así declara:

1.- El 25 de febrero de 1997, el Ilmo. Sr. Juez de Instrucción del Juzgado de Instrucción Central Nº 1 acordó, mediante el auto correspondiente, incoar actuaciones penales como consecuencia de la denuncia de 4 folios, acompañada de tres ejemplares de la revista "Epoca", presentada el día anterior por D. Jaime Campmany. En dicha denuncia, referida a hechos ocurridos un año antes, se hacía constar que a partir del 1-9-91 y hasta enero de 1996 las Sociedades Sogecable y Canal Plus "han actuado como sociedades paralelas" y que según consta en el Registro Mercantil el importe de los depósitos de los abonados constituidos por el uso de los descodificadores y adaptadores "se encuentra contabilizado en el pasivo del balance de la sociedad Sogecable". Se señala también en la denuncia que *"exactamente el 2 de enero de 1996, la Sociedad Canal Plus adquiere la totalidad de las acciones de Sogecable, para,*

al día siguiente, 3 de enero de 1996, la Junta General de Accionistas de Sogecable acordar su disolución sin liquidación, aunque realizó una cesión global de activos y pasivos a Canal Plus que, a su vez, modificó su denominación social por la de Sogecable". Agregaba el denunciante que "en estas operaciones, al parecer, y según criterio de algunos economistas y juristas, se han utilizado indebidamente los depósitos en garantía de los abonados cuando, por disposición legal, deberían haber permanecido en cuenta aparte". También se denunciaba que "a los nuevos abonados bajo la fórmula de «impuesto incluido» se les siguió cobrando la misma tarifa (del IVA), lo que representó para la sociedad unas ganancias de 5.500 millones de pesetas, con el perjuicio proporcional para cada abonado".

2.- El denunciante no fue citado para ratificar la denuncia ni para recibirle declaración, pero, luego de haber sido declarado el secreto de las actuaciones en auto de 27-2-97, con la conformidad del Fiscal expresada en un breve dictamen de menos de 4 líneas, el Juez oyó al periodista Miguel Platón, quien aportó un documento sin firma de 7 folios, que atribuyó a los Sres. Pérez Escolar, Gerardo Ortega y, probablemente, Ramón Tamames, del que extrajo los datos para el artículo de la revista Epoca por él suscrito.

3.- El mismo 27-2-97 se presentó en la causa ejerciendo la acción popular D. Javier Sáinz Moreno, quien fue tenido por parte acusadora en el auto de 28-2-97 no obstante disponer sólo de habilitación profesional para asuntos propios. En dicho auto no se exigió fianza correspondiente. En esta misma resolución el Juez dispuso también: "no ha lugar por el momento, a adoptar medida cautelar alguna, si bien el Presidente del Consejo de Administración, el Consejero Delegado y el Secretario General del Consejo de Administración de Sogecable S.A., más el querellado José A. Rodríguez Gil no podrán salir del territorio nacional sin conocimiento y autorización del juzgado".

4. Tanto una como otra resolución fueron recurridas en reforma por los afectados. El Juez desestimó los recursos en los autos de 10.3.97 y 13.3.97.

5.- En ejecución de lo dispuesto sobre prohibición de salir del territorio nacional a determinados querellados, el Juez dispuso el 4-4-97, "no autorizar los viajes al extranjero que tienen programados Jesús de Polanco y José Antonio Rodríguez Gil". El Fiscal consideró respecto de esta decisión que "la medida cautelar adoptada -prohibición de salir al extranjero- puede ser desproporcionada en relación con las investigaciones realizadas hasta el presente momento" y, en consecuencia, interpuso recurso de reforma.

6.- Posteriormente el Juez autorizó los viajes que había denegado en su resolución de 4-4-97.

7.- El 10.4.97 el Fiscal interesó el levantamiento del secreto de las actuaciones. El Juez no accedió, pero poco después dispuso el levantamiento parcial del secreto. Este auto fue recurrido también por el Fiscal el 17-4-97, diciendo: "entendemos con los máximos respetos, que ni siquiera respecto de aquellas diligencias que el auto impugnado considera procedente mantener reservadas cabe ya el mantenimiento del secreto". El recurso fue desestimado por el Juez por auto de 5-5-97.

8.- Mediante auto de 7-5-97 la Audiencia resolvió el recurso de queja contra el auto de 28-2-97 interpuesto por los Sres. Polanco Gutiérrez, Cebrián Echarri y Aranaz Cortezo, dejando sin efecto el auto recurrido en cuanto establecía que los recurrentes "no podrán salir del territorio nacional sin conocimiento y autorización del Juzgado". La Audiencia motivó su decisión en "la falta de fundamento legal y material y por ende la arbitrariedad de la medida adoptada por el Instructor".

9.- Asimismo por auto de 13-5-97 la Audiencia estimó el recurso de queja interpuesto por los querellados nombrados en el párrafo anterior y, en consecuencia dejó *"sin efecto la declaración del secreto del procedimiento, decretado en el dispositivo primero del auto de 27.02.97*. En el razonamiento jurídico 5º la Audiencia dijo que *"el secreto, en cuanto a las pruebas periciales en curso no se justifica objetivamente con la protección de la investigación y el valorjusticia, que ambos son compatibles con el régimen general de publicidad interna de las diligencias y que sin siquiera como limitación parcial es admisible en tanto ni es imprescindible, necesario, adecuado o proporcional"*.

10.- A continuación el Juez ordenó el levantamiento del secreto, en cumplimiento del auto de la Audiencia, señalando que lo hacía *"dejando a salvo la responsabilidad del Instructor por los perjuicios que puedan derivarse para la investigación sumarial"*. Sin embargo, al día siguiente, 14-5-97, dictó una providencia en la que ordenó: *"Ante la incidencia que el levantamiento total del secreto pudiera tener en las investigaciones que actualmente realizan los funcionarios de la Policía Judicial adscritos a esta causa, por la vía más rápida -incluida la telefónica- solicítase información de la Brigada de Delincuencia Económica y Financiera"*. La Brigada informó por fax el mismo día -previa comunicación telefónica con el Juez- diciendo: *"Dentro del trabajo policial que obra en ese Juzgado, existen diligencias solicitadas, cuyo conocimiento por las partes no perjudica la investigación, porque se van a realizar sobre documentos ya existentes que no pueden ser modificados externamente, pero existen otros en la actualidad, que de ser aceptados judicialmente, su conocimiento previo por las partes puede hacerlos ineficaces, como por ejemplo la obtención de los datos sobre empleados de la Sociedad de Gestión del Cable S.A., para tratar de fundamentar posteriormente, mediante toma de declaraciones no preparadas, si esta empresa era o no instrumental de la Sociedad de Televisión Canal Plus S.A.. En cuanto a las gestiones policiales futuras, la Autoridad Judicial tendría que valorar puntualmente si los caminos de esclarecimiento de los hechos que se le ponen de manifiesto, pueden ser o no desvirtuados de existir un conocimiento previo por las partes, puesto que en la investigación económica existe una evidente desproporción entre los medios que utiliza para avanzar en la verdad el instructor y los que posee el investigado para ocultarlo"*.

11.- El 15-5-97 el Juez dictó un auto en el que decretó nuevamente *"el secreto parcial de este procedimiento. En concreto de las diligencias de investigación que actualmente y encomendadas por el Instructor, está practicando la Brigada de Delincuencia Económica y Financiera de la Unidad de Policía Judicial"*. En los razonamientos jurídicos, apoyándose en el informe de la Brigada, sostuvo el Juez que *"sin perjuicio de la publicidad sumarial decretada por la Sala el pasado 13 de mayo al estimar el recurso de queja de tres de los querellados, ese secreto debe decretarse de nuevo para el futuro, aunque sólo sea para las diligencias que desarrolla la policía judicial adscrita al proceso"*. Este auto fue recurrido en reforma por los querellados, pero no por el Fiscal. El recurso fue desestimado en el auto de 11-6-97, por el propio Instructor.

12.- El secreto fue levantado definitivamente mediante auto de 12-6-97, luego de la comparecencia de los funcionarios policiales presentando su informe pericial y acogiendo el criterio de éstos respecto de la no necesidad del secreto.

13.- Uno de los Magistrados que sucedieron al Sr. Juez Gómez de Liaño tras haber sido éste recusado, dictó el 31-7-97 un auto por el que autorizó la salida del territorio nacional del Sr. Polanco entre el 10 y el 20 de agosto, tal como éste lo solicitaba y señalando su obligación de comunicar cualquier cambio de

domicilio. El otro Magistrado entendió en el auto de 11-11-97, al desestimar un recurso de reforma, que carecía de competencia para modificar las medidas cautelares, atendiendo a la resolución de archivo parcial dispuesta por la Audiencia Nacional.

14.- Mediante auto de 26-6-97, dictado en la pieza de situación del Sr. Polanco, el Juez decretó la libertad bajo fianza de 200.000.000 Ptas. de éste. En los fundamentos de dicho auto se estableció que *"no se encuentran razones de estricta necesidad para la aplicación de prisión provisional incondicional"*, que *"se rechaza el criterio de la alarma social"* pues *"en el presente caso no se ha detectado una intranquilidad generalizada"* y que *"tampoco puede decirse que el imputado tenga absolutamente decidido eludir el proceso y sus eventuales responsabilidades mediante una huida y no se han detectado maniobras claras de perjudicar la instrucción"*.

15.- El 5-9-97 fue incoada la Causa Especial Nº 2790/97, como consecuencia del escrito del Excmo. Sr. Fiscal del Estado en el que éste consideró imposible formular querrela, pues era precisa "una inicial concreción de hechos y presuntos autores". La denuncia hacía referencia a la posibilidad de que fueran aplicables los arts. 446, 449, 456, 458, 498 y 450 CP. El Excmo. Sr. Magistrado Instructor designado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo circunscribió la investigación referente al Ilmo. Sr. Gómez de Liaño a la participación en una "confabulación". La causa fue archivada por auto de 21-10-97, que adquirió por entender el Instructor que dicha confabulación no era constitutiva de delito. En la motivación de este auto se precisó que: *" han sido objeto de la instrucción hasta aquí practicadas las tres imputaciones que aparecen en las presentes actuaciones: A).- Contra los Sres. Gómez de Liaño (..) por la confabulación que (...) el Sr. Garzón Real dijo haber conocido extraprocesalmente y que sirvió para fundamentar su abstención en el incidente de recusación, confabulación que en síntesis, habría consistido en el acuerdo de estos cuatro para que las Diligencias Previas 54197, relativas al caso Sogecable, pervivieran el mayor tiempo posible en una labor prospectiva, aún cuando no existiera base para ello, considerando conveniente tomar medidas de prisión respecto de alguno de los querellados"*.

III.-F UNDAMENTOS DE DERECHO

A.- CUESTIONES PREVIAS

1.- Tanto la Defensa como el Ministerio Fiscal han sostenido que en el presente proceso se vulnera el principio *non bis in idem*, dado que el auto de archivo recurrido en la Causa Especial Nº 2790/97 de 21-10-97 tiene efecto de cosa Juzgada. Ambas partes han reconocido que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por regla, no ha admitido tal efecto de cosa juzgada en relación a los autos de archivo, pero han alegado diversos argumentos en contra de esta Jurisprudencia.

De cualquier manera, la Sala no necesita decidir ahora en general sobre si los autos de archivo tienen o no efecto de cosa juzgada, toda vez que es evidente que el objeto de esta causa y el de 1 a Causa Especial 2790/97 son completamente diversos. Mientras el presente proceso se refiere a la posible injusticia de tres autos concretos que pudieron limitar derechos fundamentales de los inculpados, la

causa Nº 2790/97 se refirió a la eventual "confabulación" del Juez con otras personas, algunas ajenas al Poder Judicial, para iniciar una causa contra determinados inculpados.

Esto surge de una manera clara del propio auto del Instructor de la causa Nº 2790/97, de 21-10-97 en el que se dice que:

"Han sido objeto de la instrucción hasta aquí practicadas las tres imputaciones que aparecen en las presentes actuaciones:

A). - Contra los señores Gómez de Liaño (...) por la confabulación que (...) e1 Sr. Garzón Real dijo haber conocido extraprocesalmente y que sirvió para fundamentar su abstención en el incidente de recusación, confabulación que en síntesis, habría consistido en el acuerdo de estos cuatro para que las Diligencias Previas 54197, relativas al caso Sogecable, pervivieran el mayor tiempo posible en una labor prospectiva, aún cuando no existiera base para ello, considerando conveniente tomar medidas de prisión respecto de alguno de los querellados". (ver folios 791/792, Causa 2790/97).

Es claro, entonces, que el archivo se limitó a la averiguación de la existencia de una posible conspiración (llamada en el auto "confabulación" que por lo demás, en las fechas que debió haber tenido lugar, ya no era punible en relación al delito de prevaricación. Por otra parte, la diferencia entre participar en una conspiración (acto preparatorio especialmente penado) y la ejecución de los delitos para los que tuvo lugar la conspiración es tan clara en el derecho vigente no ha sido puesta en duda por nadie.

Estas conclusiones se ven reforzadas por el hecho de que el interrogatorio al que se sometió en dicha causa al Juez aquí imputado no se refirió a la posible injusticia a los autos dictados el 28-2-97, el 15-5-97 y el 26-6-97, que son objeto de este proceso (ver interrogatorio del Fiscal en la C. Especial 2790/97, folios 212 y sts.). Al inicio de dicho interrogatorio, el Juez hizo referencia al conocimiento que tenía por la prensa de la querrela que da lugar al presente proceso, pero ni los autos mencionados fueron objeto del interrogatorio ni el auto de 21-10-97 (C. Especial Nº 2790/97) los consideró objeto de la investigación.

Por todo lo expuesto, la cuestión referida a la vulneración del principio "non bis in idem" o de cosa juzgada se debe rechazar.

2. Igual suerte debe correr la segunda cuestión planteada, mediante la que se pone en duda y se afirma la parcialidad objetiva de esta Sala por haber confirmado el auto de procesamiento.

El argumento básico esgrimido por la Defensa se funda en la STEDH del "caso Castillo Algar" de 28-10-98. En primer lugar se debe señalar que en el escrito en el que oportunamente se ha formalizado la pretensión de apartamiento de los jueces que constituyen este Tribunal se ha deslizado un error de traducción o, mejor dicho, de transcripción, que no es irrelevante. La versión francesa de la Sentencia del TEDH del caso dice en el párraf. 50: "*la Cour estime en conséquence que, dans les circonstances de la cause, Pimpartialité de lajurisdiction de jugement pouvait susciter des doulx sérieux et que les craintes du requérant á cet égardpouvaicntpasserpour objectivement justifiées". (En el original sin subrayar). En la traducción publicada en la revista tenida a la vista por la Defensa, las expresiones "dans les*

circunstancias de la cause" aparecen en castellano como "en las circunstancias de la causa". Sin embargo, en el escrito solicitando la inhibición de la Sala se modifica la traducción haciendo decir "en estas circunstancias", refiriéndose en abstracto al caso de "un tribunal que confirme un auto de procesamiento". Como dijimos, la modificación introducida por el Defensor no es irrelevante, pues mientras del TEDH entendió referirse puntualmente a las circunstancias de la causa contra Castillo Algar, la cuestión es presentada por dicho Defensor con una generalidad que, en verdad, no tiene ni en el texto francés, ni en la traducción al castellano que dice haber utilizado. Precisamente, de lo que se trata no es de si la confirmación de un acto de procesamiento (en abstracto) elimina objetivamente la imparcialidad del Tribunal que la decide, sino de si en las circunstancias de la causa ello es así.

a). - El TEDH hace referencia en la sentencia del caso "Castillo Algar" al precedente del caso "Hauschildt" de 24-5-89. En este caso el TEDH sostuvo que la óptica del acusado debe ser tenida en cuenta pero no tiene un papel decisivo. El elemento determinante -continúa la sentencia- consiste en saber si los reparos del interesado pueden ser considerados como objetivamente justificados. Por tal razón, sostiene el Tribunal, *"el mero hecho de que un juez de primera instancia o de apelación, en un sistema judicial como el danés haya dictado ya resoluciones antes del juicio, especialmente sobre la libertad provisional, no basta para justificar los temores sobre su imparcialidad"*. Los mismos conceptos han sido reiteradas en el parágrafo. 35 de la sentencia del caso "Saraiva de Carvalho" (22.4.94).

b). En el caso "Hauschildt" la falta de imparcialidad del Tribunal se fundamentó en que el Magistrado que presidía el Tribunal en primera instancia, y los que más tarde tomaron parte en la apelación, habían intervenido en una fase anterior, adoptando resoluciones basadas en el art. 762.2 de la Ley Procesal danesa que requiere que el Juez esté convencido de sospechas especialmente confirmadas, lo que, según los antecedentes parlamentarios se da cuando el Juez "asume que el acusado es culpable" (ver parágrafo. 34 de la sentencia). El Tribunal afirma que *"la diferencia entre la cuestión que hay que resolver para aplicar dicho artículo y la que es objeto del juicio se convierte, en tal supuesto, en muy pequeña"*. Como se puede apreciar el criterio del Tribunal Europeo se resume en el parágrafo. 35 del caso Saraiva de Carvalho: *"Lo que cuenta es la extensión y la naturaleza de las medidas adoptadas por el Juez antes del proceso"*.

c).- En aplicación del caso "Hauschildt" el TEDH estableció en el caso "Saraiva de Carvalho" que el Juez portugués que dictó un "despacho de pronuncia" no veía afectada su imparcialidad objetiva pues sólo *"constata en primer lugar la ausencia de irregularidades que afecten la instrucción así como todo otro motivo apto para impedir un examen de fondo. Enseguida estima que los indicios no son suficientes para autorizar la formulación de un juicio serio de probable culpabilidad en relación a cuatro coinculpados y en consecuencia rechaza la requisitoria del Ministerio Público. Por el contrario, la acoge respecto de los otros acusados, entre ellos Saraiva de Carvalho, decidiendo salvo en relación a tres de ellos, mantener la detención provisional de éstos"*.

El Tribunal señala en el parágrafo. 38 de la sentencia del caso "Saraiva de Carvalho" la diferencia con el caso "Hauschildt", cuando afirma que el Juez en "su papel, en el estado inicial del procedimiento, no consistió en asegurarse de la existencia de «sospechas particularmente reforzadas» (sentencia

Hauschildt citada, párraf. 52), sino de «indicios suficientes» comparados con los indicios serios mencionados en el caso Nortier).

d).- A la luz de estos antecedentes es claro que el auto dictado el 31-1-98 en esta causa especial nº 1/98 no afecta nuestra imparcialidad. En efecto, se trata de saber si "en las circunstancias de la causa" se ha llegado a formular algún prejuicio que implique afirmar la existencia de "indicios particularmente reforzados" ("particularly confirmed suspicion" en la traducción inglesa del art. 762.2 de la Ley Procesal danesa; ver la sentencia del caso "Hauschild", párraf. 33).

aa).- En primer lugar se debe señalar que el art. 384 LECr. Se refiere a "algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona", es decir, que la ley no exige al instructor un juicio en el que la comprobación de los indicios sea muy cercana al juicio sobre la culpabilidad. Si no lo exige del instructor, tampoco lo exige al Tribunal que conozca de la apelación.

En segundo lugar es preciso señalar cuáles fueron las circunstancias de la causa en el caso Castillo Algar. El auto del procesamiento del Juez Togado Militar Central N° 1 de 6 de Mayo de 1992 hace un detallado relato de los hechos que se imputan al acusado que divide en cinco apartados. Estos hechos se exponen las acciones realizadas por Castillo Algar sin dejar prácticamente ningún margen de duda sobre su ocurrencia. Dicho de otra manera, los hechos (4 folios) se presentan como los hechos probados de una sentencia y los fundamentos jurídicos no difieren sustancialmente de lo que es habitual en una sentencia proveniente de un Tribunal de instancia.

El auto N° 13 1, de 7-7-92, del Tribunal Militar Central, no es tan detallado, pero sostiene que el Juez Togado Militar Central ha "ejercido ...) el legítimo uso de sus facultades de ponderación judicial de lo actuado en el presente procedimiento" y, sin detenerse en el examen de los argumentos del recurrente concluye que la Sala entiende que tales razonamientos no son suficientes para suprimir la apariencia de tipicidad en que consiste el procesamiento.

Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional al confirmar la sentencia que condenó a Castillo Algar se basaron en las SSTC 145/88, 151/91, 113/92 y 136/92, que establecieron una jurisprudencia según la cual la imparcialidad objetiva de los Tribunales no se ve menguada en tales casos "*en cuanto no hay propiamente intervención en la instrucción de la causa por el hecho de haber resuelto (...) un recurso de apelación*".

bb).- Comparado con el auto dictado por el Tribunal Militar Central, el auto de 3-11-98 que hemos dictado en esta causa, se basa en una interpretación del derecho vigente adecuado a la Constitución y a los tratados sobre derechos fundamentales suscritos por España, en el sentido establecido en el art. 10.2CE. En el Fundamento Jurídico primero de dicho auto se establecen precisamente para evitar todo cuestionamiento de un prejuicio sobre el fondo los límites del objeto de la apelación. En tal sentido se dice en el auto de 3.11.98 que "*el presente auto se limita, por su naturaleza, a la comprobación de tres extremos: a) la verificación de la legalidad de las pruebas, b) la comprobación del respeto del derecho de defensa; e) constatación de que la aplicación provisional del derecho contenida en el auto de procesamiento no es manifiestamente incorrecta*".

Es claro que un auto con este contenido no comporta ningún prejuicio sobre el fondo de la cuestión y, menos aún, sobre la culpabilidad del procesado. La diferencia entre este auto y el auto del Tribunal

Militar Central de 7-7-92 de la causa Castillo Algar es notoria. En nuestro auto ni siquiera se hace un juicio sobre los indicios racionales de criminalidad (cuestión que queda reservada al *instructor). El juicio de la Sala de apelación, por el contrario, versa sobre la legalidad de la obtención de las pruebas, el respeto del derecho de defensa y la aplicación provisional del derecho material.

cc).- Asimismo, es claro que un auto de este contenido está más lejos de un juicio sobre la culpabilidad que el despacho de pronuncia portugués. En efecto, de acuerdo con el art. 355 del Código de Procedimientos portugués este despacho requiere un juicio sobre los hechos de los que los acusados aparecen como responsables, sobre las circunstancias agravantes y atenuantes y, lo que es más importante aun, una "decisión sobre la libertad provisoria del acusado, manteniendo o modificando, conforme a la ley, la situación anterior. Es evidente que un pronunciamiento sobre la licitud de la prueba, el derecho de defensa y la corrección prima facie del derecho aplicable no implica un juicio sobre ningún aspecto vinculado con la responsabilidad ni tampoco implica una consideración al menos provisional sobre la responsabilidad, como la que podría presuponer una decisión sobre la libertad o la prisión provisional.

c).- Por último es preciso tener en consideración que el Art. 5º.1 LOPJ establece que todos los Jueces y Tribunales *"interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos"*.

Esta norma limita en lo referente a la Constitución las facultades de los Tribunales del Poder Judicial al vincularlos a las interpretaciones del Tribunal, Constitucional. Por lo tanto, tiene especial importancia para la resolución de la cuestión planteada la jurisprudencia que en esta materia ha establecido el Tribunal Constitucional.

En la STC 145/99 (F.J.7) se dice que *"no toda intervención del Juez antes de la vista tiene carácter de instrucción ni permite recusar por la causa prevista en el art. 54.12 LECr. Basta recordar -se agrega- que en el procedimiento penal ordinario las Audiencias Provinciales conocen en apelación de los autos dictados por el Juez instructor"*.

Esta doctrina fue ratificada en la STC 151/91 en la que, además, se fijó el criterio del "caso concreto", cuando se afirma que *"es el examen de lo actuado en cada caso concreto lo que determinará la apreciación de si el Juez que decidió la causa realizó verdadera actividad instructora"* (F.J.4).

En la STC 136/92 se estableció, en la misma línea, que *"no basta con constatar el hecho de que el Juez sentenciador hubiese realizado, como efectivamente realizó, actos de naturaleza instructora, como por ejemplo el procesamiento de la querellada, sino que es preciso además acreditar, siquiera sea indiciariamente que la actividad instructora llevada a cabo por el Juez para averiguar el delito y sus posibles responsables pudo provocar en su ánimo prejuicios e impresiones a favor de la acusada"* (F.J.4).

Esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido ratificada después de la sentencia del TEDH -con cita expresa de la del Caso "Castillo Algar"- por la STC de 27-9-99, en la que se sostuvo que "no basta para apartar a un determinado Juez del conocimiento de un concreto asunto con que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a

caso, más allá de la simple opinión del acusado, conforme a los criterios antes expuestos, si las mismas alcanzan una consistencia tal, que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas. Consecuentemente, en este caso, el Tribunal Supremo se ve obligado a resolver, por imperativo del art. 50.1 LOPJ, de acuerdo con la interpretación del Tribunal Constitucional, cualesquiera que fueran las conclusiones que se pudieran derivar de la sentencia del caso "Castillo Algar".

3.- La tercera cuestión previa reproducida en el juicio por la Defensa se refiere a la infracción del principio de legalidad por la decisión de esta Sala concerniente a la aplicación al caso de las reglas del procedimiento ordinario.

Como punto de partida es preciso señalar que el derecho de defensa y los demás derechos fundamentales reconocidos en los arts. 24 CE y 6 CEDH no se ven afectados en modo alguno por las normas del procedimiento ordinario, abstractamente consideradas, pues el procedimiento ordinario no limita ninguno de los derechos antes mencionados en forma incompatible con la Constitución o con la CEDH. Esta premisa resulta importante porque de ella se deriva una conclusión ineludible: el Juez encausado ha sido juzgado por un procedimiento que, como tal, no vulnera ningún derecho fundamental dado que sus normas, individualmente consideradas, son totalmente compatibles con las referidas normas. Por lo demás, ninguna norma del procedimiento abreviado hubiera determinado alguna ventaja procesal, de la que se hubiera privado al acusado al ser juzgado por el procedimiento ordinario.

a), Ciertamente es que, de acuerdo con el tenor literal del art. 779 L.E.Cr., cabe pensar en la aplicación del procedimiento abreviado. Sin embargo, nadie puede negar que -derogadas las normas que regían el antejuicio para exigir la responsabilidad criminal a los Jueces y Magistrados- el proceso dirigido contra un Juez sigue exigiendo ciertas cautelas que se derivan de la esencia misma de la función judicial. La acusación contra un Juez afecta al Estado de Derecho y, por lo tanto, debe ser tramitada en un proceso que tenga en cuenta tanto la especial posición institucional del Juez como la seriedad de un proceso que tiene la misión de reforzar el Estado de Derecho. Estas cautelas eran la razón de la existencia del antejuicio, que en verdad era prácticamente igual en su contenido al juicio mismo, pero que culminaba sólo con la admisión a trámite de la querrela, la orden de instruir el sumario y la suspensión del Juez contra el que se dirigiera la querrela (art. 775 LECr., derogado en 1995). El antejuicio permitía comprobar un grado mínimo de consistencia de la querrela, necesario para proceder a la suspensión del Juez. La falta de una decisión intermedia de estas características en el procedimiento abreviado, en el que el auto de apertura del juicio oral no es recurrible, salvo en lo que se refiere a la situación personal del acusado, demuestra que, pese a la reforma de la ley procesal, los Tribunales deben adoptar medidas que tengan presente las particularidades del proceso contra un Juez. La Sala entendió que si era necesaria una medida de esta trascendencia, su gravedad requería que el Juez afectado pudiera disponer de la posibilidad de una revisión de la instrucción antes del juicio en sentido estricto, que permitiera garantizar que su derecho de defensa había sido respetado, las pruebas que se pretendía utilizar habían sido legalmente obtenidas y que la aplicación del derecho pretendido no era manifiestamente inconsistente. Tales garantías y cautelas sólo se podrían salvaguardar mediante el procedimiento ordinario que permitía recurrir el auto de procesamiento, que requiere, como es sabido, una mayor solidez que la habitualmente dada en la práctica al auto del art. 790.7 LECr.

Sin perjuicio de lo anterior es conveniente tener presente que el delito de prevaricación es un delito grave por su repercusión en los principios del Estado de Derecho, con independencia de la pena para él prevista, y que por ello es evidente que el legislador no puede haber querido abreviar el debate sobre su existencia, reduciendo al tiempo la posibilidad de recursos para el acusado.

Esta decisión de la Sala no vulnera el art. 14 CE, dado que este caso es el primero en el que se juzga a un Juez después de derogadas las normas del antejuicio. No existe ningún otro caso en el que la Sala haya procedido de manera distinta en la situación legal actual, es decir, después de la derogación de las normas del antejuicio.

Tampoco se infringe el principio de legalidad. En primer lugar porque el procedimiento aplicado está regulado en la ley y, en segundo lugar, porque la exclusión del procedimiento abreviado, una vez derogado el antejuicio, hubiera significado poner al Juez en una situación incompatible con la función que desempeña y la necesaria protección de la institución judicial. Sin perjuicio de ello el principio de legalidad sólo se infringe cuando la solución jurídica adoptada perjudica, pero en ningún caso si beneficia.

Por otra parte, tampoco se lesiona el derecho de defensa, pues el procedimiento ordinario permite el derecho de defensa con mayor amplitud que el procedimiento abreviado.

B.-SOBRE EL FONDO

1.- Los hechos probados son constitutivos de tres infracciones del art 446.3 CP en forma continuada. La prueba de los hechos surge, prácticamente de los documentos que constituyen las diligencias nº 54/97 del Juzgado de Instrucción Central nº 1 de la Audiencia Nacional. No obstante en algunas cuestiones también tienen relevancia las declaraciones prestadas en el juicio oral por el acusado y por los Fiscales Gordillo y Fungairiño y por el Policía Zambrano Viezma, en lo que concierne a su propia actuación procesal en las diligencias 54/97 mencionadas.

2.- El delito de prevaricación del art. 446 CP se comete por el juez que dictare, a sabiendas, sentencia o resolución injusta. En su forma dolosa (art. 446 CP) la ley no requiere, como en el caso de la imprudente, que la injusticia de la resolución sea "manifiesta", pero exige que el juez haya obrado "a sabiendas". Se trata, por lo tanto, de un tipo cuyas alternativas dolosa y culposa requieren un elemento subjetivo cualificado. Ello no significa -como erróneamente se ha dicho en ocasiones- que este delito dependa exclusivamente de la actitud interna del autor. Por el contrario, el delito de prevaricación exige -como todos los delitos- la comprobación de un tipo objetivo (la acción de dictar resolución injusta) y de un tipo subjetivo (haber realizado la acción a sabiendas de la injusticia o habiendo tenido a la vista una sentencia o resolución manifiestamente injusta).

3.- a) La jurisprudencia de esta Sala ha establecido en múltiples precedentes- 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, sea judicial, sea de funcionario (art. 404 CP), requiere, ante todo que las sentencias o resoluciones judiciales o las resoluciones del asunto administrativo 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 o funcionario, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales.

b) Es en este sentido en el que se debe entender nuestra jurisprudencia cuando insistentemente ha subrayado que una sentencia o resolución injusta no sólo debe ser antijurídica, sino que debe ser además demostrativa de tal apartamiento de la función que corresponde al autor en el Estado de Derecho según los arts. 117.1 y 103.1 CE. Por lo general la jurisprudencia ha recurrido a estos efectos a adjetivaciones de la antijuridicidad tales como "flagrante y clamorosa", "clara y manifiestamente contraria a la ley", "esperpéntica", "que pueda ser apreciada por un lego", etc. Como se dijo últimamente en la STS nº 965/99 de 14-6-99, tales adjetivaciones suelen reemplazar un concepto sustantivo, que será de apreciar, por lo general, cuando la aplicación del derecho no resulte de ningún método o modo aceptable de interpretación del derecho (confr. en igual sentido: STS 1/96, Causa Especial, núm. 2830/94 y SSTS 155/97, con referencia a la de 10-7-95; 6-10-95; 13-1-95, 14-11-95). De esta manera la jurisprudencia ha subrayado la importancia del elemento objetivo del delito de prevaricación y ha excluido, paralelamente, interpretaciones basadas en la llamada teoría subjetiva de este delito, que caracteriza la injusticia sólo como una actitud subjetiva del Juez al aplicar el derecho, postulando la tipicidad de la conducta del Juez o funcionario que dicte sentencia o resolución contra su convicción jurídica, aunque la sentencia o resolución resulte objetivamente compatible con las normas aplicadas.

En la STS 1/96 (Causa Especial nº 2830/94) esta Sala subrayó que la jurisprudencia requiere que el carácter injusto del acto sea objetivo, remitiéndose al respecto a antiguas sentencias del Tribunal Supremo (SSTS de 142-1831 y 21-1-1911). Desde este punto de vista es evidente que la injusticia objetiva 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.

c).- No obstante el Ministerio Fiscal, con la adhesión de la Defensa, ha sostenido en su informe final, que el *"empecinamiento del instructor, desde el convencimiento de lo adecuado de la medida"* debería excluir el carácter objetivamente injusto de la resolución.

Esta subjetivización del delito de prevaricación es, como se ve, contraria a la tesis que se sostiene desde antiguo por esta Sala, ratificada en el último precedente sobre prevaricación judicial, la citada STS 1/96, cuando se dijo que *"es claro que el Juez no puede por su propia decisión personal, huérfana de la más mínima probanza, transformar al testigo en imputado"* (F.J tercero). Pero, además, es producto de una concepción del derecho extremadamente relativista que esta Sala no puede compartir, puesto que en realidad conduce 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. En efecto, el Ministerio Fiscal mostró claramente su escepticismo respecto de la posibilidad de caracterizar objetivamente la injusticia de una resolución, partiendo de que *"el derecho no es una ciencia exacta"* y que, por ello, no es posible saber *"cuál era la resolución jurídicamente correcta en cada caso"* De esta premisa se dedujo, implícitamente, que sólo cabe una caracterización subjetiva de la ilicitud, que se excluiría cuando el acto objetivamente reprochable, sea producto del empecinamiento del Juez. Este subjetivismo se llevó por el Fiscal a consecuencias extremas cuando sostuvo además, que si al ser revocados los autos del Juez por la Audiencia Nacional, los jueces respectivos no aplicaron el art. 407

LOPJ, ello significa que dichos autos no eran injustos, pues si los jueces no lo vieron así la injusticia no existió, dijo el Fiscal.

d), Los presupuestos institucionales de cada una de las afirmaciones en las que se basa la tesis presentada por el Ministerio Público, sin duda novedosa en la judicatura española, no parece fácilmente armonizable con principios del ordenamiento jurídico que esta Sala entiende fundamentales.

Comencemos por reconocer que es cierto que el derecho no es una ciencia exacta, cualquiera que sea el significado que en el estado actual de la metodología jurídica se quiera dar a estas expresiones. Pero lo que no se puede es deducir de tal afirmación que cualquier acto de un Juez es 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. La jurisprudencia ha sido clara en este punto: en la STS 1/96 (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"* (FºJº segundo, 1º). 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. Por lo tanto, no es cierto que no se pueda saber cuál es la solución jurídicamente correcta en cada caso, pues toda resolución motivada de la manera que acabamos de explicar será jurídicamente correcta, en tanto exprese la voluntad del legislador o de la ley -en su caso- y no la del Juez. Naturalmente se podrá discutir si en un caso concreto es más adecuada una interpretación teleológica que otra gramatical; lo que no es discutible es que las decisiones basadas en la propia convicción empecinada del Juez, sin fundamento racional en la ley, son incompatibles con el Estado democrático de Derecho (art. 1º CE).

En segundo lugar, carece de todo apoyo en la ley y en la doctrina la tesis -consecuencia del subjetivismo extremo ya señalado- según la cual el delito de prevaricación requeriría como condición objetiva de punibilidad o de perseguibilidad que otros Jueces lo hayan denunciado. Por ello tampoco es correcto considerar que cuando otros jueces con conocimiento de la causa y actuación parcial en ella no estimaron del caso proceder en el sentido del art. 407 LOPJ, se debe excluir el carácter injusto de las resoluciones que son objeto de este proceso. Ante todo, por que la ley penal (art. 446 CP) no requiere más que una resolución injusta, no una resolución que otros tribunales o jueces hayan calificado previamente como tal. Pero, de cualquier manera, lo cierto es que si esos Jueces calificaron las resoluciones de que se trata con todas las notas conceptuales que definen la injusticia en el sentido del delito de prevaricación y, por lo tanto, percibieron la existencia de resoluciones gravemente contrarias al orden jurídico-procesal, la no aplicación por ellos del art. 407 LOPJ no puede justificar ex post facto las medidas arbitrarias de otro Juez.

Por todo lo expuesto, la Sala reitera el carácter objetivo de la injusticia señalando, además, que el apartamiento de la función judicial propia del Estado de derecho se da cuando, como se dijo, la aplicación del derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de interpretación del

derecho aceptable en tal Estado de Derecho. En dichos casos, serán siempre aplicables los conocidos adjetivos de "manifiestamente contraria a la ley", "flagrante y clamorosa", "grosera", "llamativa", etc., pues estaremos ante un apartamiento grave del imperio del derecho.

En particular estos presupuestos se dan cuando el Juez o el funcionario no sólo se apartan del texto legal, sin apoyo en razones jurídicamente fundadas, sino también cuando se utiliza la indeterminación del texto legal en forma torcida, imponiendo consecuencias jurídicas claramente desproporcionadas a alguna de las partes. A estos efectos es preciso tener en consideración que el quebrantamiento del derecho, de otro lado, será más grave según la jerarquía del derecho vulnerado y la importancia de la infracción- de tal manera que las exigencias serán mayores cuando el apartamiento del derecho vulnere gravemente derechos fundamentales de las partes.

La jurisprudencia, no obstante la caracterización objetiva de la injusticia de la resolución, ha sido especialmente exigente en lo concerniente al aspecto subjetivo del delito, en particular en lo referente al elemento "a sabiendas". El carácter objetivo de la injusticia del acto judicial, consecuentemente, no comporta una reducción de ninguno de los aspectos subjetivos del delito. Se trata de una cuestión más simple: la injusticia del acto no depende de la opinión o de la convicción del Juez, sino de la relación de aquél con las normas y principios del ordenamiento jurídico. A ello se debe sumar el elemento subjetivo "a sabiendas".

En la aplicación del art. 446 CP, por último, no se debe olvidar que el delito de prevaricación judicial 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" (SSTS de 20-4-95; 7-2-97), pues es comprensible que un funcionario sin formación jurídica, sólo puede percibir la arbitrariedad cuando ésta sea grosera o directamente absurda. Pero un Juez, que tiene la máxima calificación jurídica no puede ser tratado como un funcionario, cuya profesión puede no tener ninguna connotación jurídica.

4.- Establecidas las pautas para determinar la tipicidad de los hechos en relación con el art. 446 CP, corresponde estudiar cada una de las resoluciones en las que se fundamenta la acusación.

I.- El auto que reimplantó el secreto parcial de las actuaciones. de 15-5-1997 (folio 2. 111)

A.-CONSIDERACIONES FÁCTICAS

1.- El secreto de las actuaciones fue decretado inmediatamente después del auto de incoación de la causa, de 25-2-97- (folio 10) previa audiencia del Fiscal que lo solicitó en un brevísimo escrito de poco más de tres líneas, sin exponer ningún fundamento (ver folio 38).

2.- Con fecha 27-2-97 el Juez dictó el auto que impuso el secreto en los términos del art. 302 LECr (folio 39). En ese momento en la causa sólo se contaba con la denuncia, no ratificada, un ejemplar del informe que habla servido para el artículo publicado en la revista "Epoca" (ver folios 2169/2176) de siete folios y

sin firma. A continuación, el mismo día 27-2-97, el Juez recibió declaración a D. Miguel Platón Carnicero, el periodista que suscribió el artículo de la revista Epoca (ver folio 42). Este manifestó (ver folio 2152, t. VIII) en la llamada pieza separada de documentación "Arthur Andersen" que *"no asume el contenido de dicho informe"*, que los autores del mismo eran los Sres. Gerardo Ortega, Rafael Pérez Escolar y (probablemente) Ramón Tamames. En dicho informe ya se hace constar que Sogecable es *"una sociedad paralela a Canal +, que los accionistas de ambas son los mismos y mantienen las mismas participaciones en las dos"* (ver folio 48, incorporado al t. VIII, folio 2173).

3.- Las Defensas recurrieron en reforma el auto que decretó el secreto. El Fiscal dijo al folio 377, lacónicamente, que procede mantener el auto de 27-2-97, nuevamente sin expresar ningún fundamento. El 10-3-97 el Juez dictó un auto desestimando el recurso de reforma de la representación de Sogecable contra el auto que establecía el secreto. En este auto hizo referencia a la STC 176/88 en la que se afirma que *"el secreto del sumario sólo es admisible en caso en que sea estrictamente necesario"*. De acuerdo con dicha sentencia, el inculpado fundamentó la necesidad del secreto en la "complejidad de la causa", "el fin de averiguar la verdad", determinadas presencias y algunas que otras interferencias perjudicarían los trabajos de pericia y estudio iniciados", sin especificarlas.

4.- Al folio 652 aparece un nuevo auto por el que se prorroga el secreto de las actuaciones.

5.- El 1-4-97 el Juez informó a la Audiencia en el recurso de queja (ver folio 836). Allí afirma: *"se tiene el convencimiento de que la reserva sumarial es tan necesaria como proporcionada, idónea y adecuada"*. Agrega que el secreto es necesario en función de la tarea que están realizando los peritos judiciales del Ministerio de Economía y Hacienda y miembros de la Policía judicial de la Brigada de Delincuencia Económica. *"No es posible -concluye- relatar el conjunto de medidas que se han realizado"*.

6.- También se recurrió contra el auto de prórroga del secreto de 18-3-97. Al folio 853 el Fiscal manifestó, en el trámite de dicho recurso, su conformidad con el mantenimiento del auto, siempre sin exponer las razones de la misma.

7.- No obstante, sin que se hubiera producido ningún hecho procesal de consideración a estos efectos, el 10-4-97 el Fiscal *"interesa que se levante el secreto de las actuaciones"*. El Juez desestima la petición del Fiscal verbalmente en la audiencia en la que tuvo lugar el interrogatorio de D. Ramón Mendoza Fontenla (ver folio 1.102).

8.- Sin embargo, el Juez ordena inmediatamente después (ver folio 1199/1201) un levantamiento parcial del secreto. Este auto fue recurrido por el Fiscal, por considerar insuficiente el levantamiento sólo parcial del secreto (ver folio 1353). El recurso del Fiscal fue desestimado por el Juez por auto de 5-5-97 (ver folio 1746/48), en el que el Juez afirma *"que la intervención de los querellantes, acusados e imputados pudiera obstaculizar la investigación de circunstancias y datos muy importantes para la más completa averiguación de los hechos"*, sin señalar cuáles.

9.- El 13-5-97 la Audiencia estimó la queja contra el secreto parcial sosteniendo que dicho secreto no es imprescindible, ni necesario, ni adecuado ni proporcionado (folio 2.066, Fundamento Jurídico 5º del auto).

10.- El mismo día el Juez dictó un auto en el que dio cumplimiento a lo dispuesto por la Audiencia (ver folio 2068). No obstante al folio 2.084, el Juez dictó una providencia por la que, ante el levantamiento del secreto decide solicitar información a la Brigada de Delincuencia Económica y Financiera.

11.- Al folio 2.085 consta el oficio remitido al Juzgado por el Inspector Jefe Comisionado carnet profesional 14.186 en el que se manifiesta que: *"Dentro del trabajo policial que ya obra en ese Juzgado, existen Diligencias solicitadas, cuyo conocimiento por las partes no perjudica la investigación, porque se van a realizar sobre documentos ya existentes que no pueden ser modificados externamente, pero existen otros en la actualidad, que de ser aceptados judicialmente, su conocimiento previo por las partes puede hacerlas ineficaces, como por ejemplo la obtención de los datos sobre empleados de la "Sociedad de Gestión de Cable S.A", para tratar de fundamentar posteriormente mediante toma de Declaraciones no preparadas, si ésta empresa era o no una instrumental de la "Sociedad de Televisión Canal Plus S.A.". En cuanto a las gestiones policiales futuras, la Autoridad Judicial tendría que valorar puntualmente si los caminos de esclarecimiento de los hechos que se le ponen de manifiesto, pueden ser o no desvirtuados al existir un conocimiento previo por las partes, puesto que en la investigación económica existe una evidente desproporción entre los medios que utiliza para avanzar en la verdad el Instructor y los que posee el investigado para ocultarla "*

12.- El 15-5-97 el Juez reimplanta el secreto de las diligencias de investigación encomendadas a la Brigada (ver folio 2111). Este nuevo secreto fue alzado definitivamente el 13 de junio de 1.997.

B.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS:

1.- Cuando se dictó el auto de 14-5-97 el Juez sabía que el secreto de la causa había sido declarado innecesario, inidóneo y desproporcionado por la Audiencia. Es decir que el cumplimiento material de la decisión de la Audiencia exigía que no se reimplantara el secreto sobre la base de los mismos elementos que existían en la causa y que habían sido considerados insuficientes por el Tribunal de alzada para justificar la medida. Tanto el Juez como el Fiscal Sr. Gordillo han admitido este punto de vista, pues en el juicio oral han insistido en que la Policía había aconsejado el secreto respecto de nuevos hechos y de nuevos documentos. Sin embargo, el oficio policial obrante al folio 285, que es el único fundamento del auto de 15-5-97 que reimplantó el secreto, no se refiere ni a hechos ni a documentos nuevos. En efecto: en su breve exposición el Inspector Jefe Sr. Zambrano Viezma (Carnet profesional 14.186) dice con claridad que respecto de los documentos la publicidad *"no perjudica la investigación, porque se van a realizar sobre documentos ya existentes que no pueden ser modificados externamente"*. Con relación a los otros hechos, por el contrario, el Inspector dice que se pretende *"la obtención de los datos sobre empleados de la Sociedad de Gestión del Cable S.A para tratar de fundamentar posteriormente, mediante la toma de declaraciones no preparadas, si ésta empresa era o no una instrumental de la Sociedad de Televisión de Canal Plus S.A."*

Precisamente este extremo -el carácter instrumental de SOGECABLE- estaba ya claramente verificado en la causa, lo que determina que como motivación de la medida sea un fundamento meramente aparente. El Juez no podía ignorarlo porque en todos los interrogatorios de los inculpados preguntó sobre la razón de esta unidad económica. Cualquiera que sea el significado que se quiera atribuir a la palabra "instrumental" estaba claro -se puede decir que desde el primer día- que ambas sociedades eran una sola entidad económica y que perseguían un mismo fin social. Así surge, en primer lugar, del informe que sirvió de base para la incoación de las diligencias (ver folios 44/50, incorporados al t. VIII, folios 2169/2175), donde, al referirse a la Soc. de Gestión del Cable S.A. con relación a la "sociedad

paralela Canal +" se consigna que *"los accionistas de ambas compañías son los mismos y mantienen las mismas participaciones en las dos"*. (folio 2173).

Por otra parte, en el "informe de alcance" de los peritos del Ministerio de Hacienda (ver folios 1373/1377) se consignaba ya que Sogecable y Canal + eran "el mismo ente económico" (folio 1375). En este informe, como en el anterior se establece que ambas sociedades se fusionaron por la compra, el 2 de enero de 1.996, por Canal + del 100% de las acciones de Sogecable luego de la modificación de la L 10/88 por la L 37/95. Ello había determinado la reunificación de ambas sociedades, un año antes de la iniciación de la causa, sin que en ninguno de los informes se haga constar que durante la separación formal, de ambas compañías se hubiera perjudicado a algún abonado. (conf. Folios 2172-44 inicial- y 1375).

Sin perjuicio de lo dicho, en su declaración del 7-4-97 mantenida secreta hasta el auto de 14-5-97, uno de los autores del informe que sirvió para iniciar la causa, D. Gerardo Ortega Miguel, Decano del Colegio de Economistas, había manifestado que "Sogecable es una sociedad meramente instrumental (folio 2256). Antes que él, el 27-2-97, el periodista Miguel Platón, que dice haberse limitado a comprobar los extremos del informe, sin asumir su contenido (folio 2168), había comprobado que Sogecable era *"una sociedad paralela a Canal +. Los accionistas -dijo- de ambas compañías son los mismos y mantienen las mismas participaciones en las dos"* (folio 2173).

En consecuencia es evidente que de todos estos documentos surge que las relaciones entre ambas sociedades ya eran conocidas y estaban sobradamente acreditadas en la causa y que no se trataba de *"hechos nuevos y siempre posteriores al auto de la Sala"* como dice el Juez en el auto de 11-6-97, al rechazar el recurso de reforma (ver folio 3002). Sobre todo no se trataba de un hecho posterior -como también dice el Fiscal al f. 2797- al auto de la Sala. Tanto el Juez como el Fiscal ya sabían el 15-5-97, prácticamente todo lo que se podía saber sobre la relación instrumental de estas sociedades. Sabían inclusive que *"los datos sobre empleados de la Sociedad de Gestión del Cable S.A."* eran desde el punto de vista de la prueba de las relaciones de ambas sociedades totalmente irrelevantes, dado que nadie negaba ni podía negar esa relación y que el propio autor del informe en el que se basó la apertura de la investigación ya se había informado que *"el personal de Sogecable son tres personas que trabajaban en Canal +"* (ver folio 2256). Además, no sólo los Policías no mencionaron los interrogatorios que querían hacer en el informe presentado de 11-6-97, sino que el informe de los Peritos de Hacienda demuestra que *"la entidad Sogecable no tiene personal propio"* (folio 3016) ¿Qué empleados querían interrogar los Policías? ¿Por qué se omitió interrogar a los trabajadores que aparecen en el informe de la Brigada de 11-6-97 (pág. 29)

El carácter meramente aparente del fundamento de la reimplantación del secreto es tan claro, a la luz de estos hechos, que demuestra un manifiesto abuso de las facultades que la ley acuerda al Juez de Instrucción para limitar el derecho de defensa. Más aún, es indudable que de esa manera el Juez, al decretar el "segundo" secreto de las actuaciones burló la decisión de la Audiencia, reiterando la medida para investigaciones que habían sido ya objeto de consideración por el Tribunal de Alzada. Expresamente dice el auto de la Audiencia de 13-5-97 que *"la Sala estima que el secreto en cuanto a las pruebas periciales en curso no se justifica objetivamente con la protección de la investigación y el valor Justicia (..) y que ni siquiera como limitación parcial es admisible en tanto ni es imprescindible, necesario,*

adecuado o proporcional" (ver folio 2066, Fº Jº quinto del auto). Pero, además, la decisión del Juez es todavía más grave en la medida en la que hasta ese momento no se había probado en la causa que existiera un solo damnificado por las supuestas irregularidades y las empresas se habían fusionado a principios de 1.996, desapareciendo las razones que podrían eventualmente generar algún peligro para los intereses de los abonados.

El carácter aparente de la motivación desconociendo manifiestamente el auto de la Audiencia se percibe inclusive por hechos posteriores al auto de 5-5-97. En efecto, en su informe de 11 de Junio de 1.997, - prácticamente un mes después de haber sido decretado el segundo secreto- los Policías, no hacen la menor mención de los interrogatorios que consideraban indispensables y de los datos sobre empleados que señalaban como necesarios en el oficio de 14-5-97, que había servido de base a la reimplantación del secreto. Más aún, del análisis del informe de 11 de Junio de 1.997 (que obra en la pieza separada de documentación solicitada por la Brigada de Delincuencia Económica, t.2) no surge que se haya practicado ninguna diligencia sobre "hechos nuevo" ni sobre "nuevos documentos", como sostuvieron en el juicio el Sr. Gordillo y el acusado. En efecto, el informe de los policías se limita al "esquema de personas físicas con firma autorizada en las cuentas receptoras del dinero de los depósito" (punto segundo), al "resumen de la vida mercantil de Sociedad de Televisión Canal Plus S.A. (organigramas de su dirección ejecutiva) (punto tercero), a los mismos extremos de la Sociedad de Gestión de Cable S.A (punto cuarto) y a lo que llaman "primera fase del rastreo bancario a partir de las cuentas receptoras del dinero de los depósito". Todo el informe -según surge del punto primero del mismo (págs. 1/3)- fue realizado sobre la base de documentos ya existentes en poder de la Policía desde del mes de abril (informes del Banco Urquijo, de 11-4-97; del Banco Exterior de España Argentina, 16-4-97 y 7-5-97; de 1a Caixa, de 18-4-97 y 7-5-97; del Banco Central de España de 21-4-97 y de Caja de Madrid, de 24-4-97). En general, este informe responde al plan de investigación que la Brigada ya había informado al Instructor el 12-3-97.

Además de lo anterior, se debe señalar que toda la investigación realizada carecía por completo de utilidad para determinar la tipicidad de los hechos, dado que ninguno de los supuestos -delitos que se investigaban requerían para su comprobación "rastreo bancario a partir de las cuentas receptoras del dinero de los depósito". Sobre todo ello resulta indudable con relación al único hecho punible que hubiera podido ser objeto de discusión: la apropiación indebida, toda vez que el destino del dinero distraído no es elemento del tipo del art. 535 CP 1973 (= 252 CP). Lo mismo cabe señalar respecto de las estafas y, de manera todavía más contundente en relación a la supuesta falsedad documental y el delito fiscal. La investigación policial carecía de sentido respecto de todos estos delitos y, como ya se dijo, sólo servía para probar lo que estaba probado en el Registro Mercantil: que ambas sociedades (Sogecable y Canal Plus) conformaban una unidad económica total.

De todos modos, cualquiera que fuera la importancia de estas medidas, lo cierto es que para volcar en el informe policial los datos proporcionados por los Bancos no era necesario decretar el secreto de la causa. Con los informes en poder de la Brigada desde el mes de Abril era evidente que el 15-5-97, cuando se reimplanta el secreto, ninguna interferencia era factible, ni ninguna presencia podía frustrar la investigación.

Asimismo, es claro que el Tribunal de Alzada también había considerado que el secreto era innecesario para la investigación de los hechos que constituían el objeto de las diligencias. Tan claro como era que las medidas que la policía estimaba en aquel momento necesarias para probar el carácter "instrumental" de Sogecable no tenían relación sino con el hecho del desdoblamiento de Canal + y Sogecable entre 1.991 y 1995, es decir, con el mismo objeto de las diligencias respecto de las cuales la Audiencia había establecido la innecesariedad del secreto.

Reiteradamente la Defensa ha invocado la conformidad del Excmo. Sr. Fiscal General del Estado D. Jesús Cardenal Fernández con la actuación del Fiscal del caso en el llamado "segundo secreto". No es eso, sin embargo, lo que dijo el Fiscal General. En realidad, se limitó a no recordar.

Veamos lo que dijo el Excmo. Sr. Fiscal General. En relación al auto de 15-5-97 el Fiscal General del Estado no pudo asegurar que hubiera tenido conocimiento de los autos dictados antes de su toma de posesión, entre los que está el de reimplantación del secreto (ver respuesta a la 10ª pregunta) y, concretamente, en lo relativo al auto de 15 de mayo de 1.997, dijo no recordar haberlo examinado (ver respuesta a la 11ª pregunta). El Fiscal General tampoco recuerda haber aprobado la oposición del Fiscal Sr. Gordillo a los recursos contra el auto de 15-5-97 (ver respuesta a la 12ª pregunta). Brevemente dicho: de la ausencia de recuerdos del Fiscal General no es posible deducir, como pretende la Defensa, su apoyo al fiscal de la Audiencia Nacional en relación al auto de 15-5-97. Sin perjuicio de ello, es evidente que si la opinión del Fiscal General se fundaba en informes del Sr. Gordillo, su valor resulta fuertemente menguado por la incorrecta apreciación de este Fiscal respecto de la novedad de los hechos que se investigaban y de los documentos que servían a tales fines.

Sólo resta hacer referencia al argumento del Fiscal basado en el texto del art. 302 LECr. En este sentido se ha sostenido que esta disposición no establece ningún presupuesto concreto que condicione la imposición del secreto. Sin embargo, como ya hemos señalado más arriba, el Juez estaba obligado por el art. 5.1 LOPJ a aplicar el art. 302 LECr. de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, es decir, justificando la necesidad de la medida. Repetidamente, sin embargo, la Defensa ha insistido en que el secreto decretado por el juez no tuvo ninguna trascendencia en la investigación y que, de hecho, no limitó el derecho de defensa. Esta afirmación de la Defensa y del propio acusado demuestra, en realidad, de una manera palmaria que el secreto era innecesario y la decisión de imponerlo injusta.

De todo lo anterior surge una extralimitación del Juez respecto de la norma particular establecida por un Tribunal Superior al que debía acatamiento. La norma particular establecida en el auto de la Audiencia de 135-97, que excluía la aplicación del art. 302 LECr en esta causa, fue conculcada de forma manifiesta mediante una resolución, aparentemente motivada, que reimplantó un secreto que era tan innecesario y desproporcionado como el primero. Una motivación que tergiversa los hechos de la causa constituye un apartamiento grave de la ley, pues carece de todo respaldo en ella. El Juez no ignoraba estos extremos y, en consecuencia, obraba "a sabiendas", pues tenía conocimiento de lo actuado en la causa y procuró conscientemente disimularlo mediante la justificación formal de la petición policial.

Ni siquiera poniéndonos en la más estricta y restringida de las formulaciones jurisprudenciales se podría negar que cualquiera, aunque no sea jurista, puede constatar la injusticia del auto dictado por el Juez el 15-5-97, dado que con fundamentos inexistentes y datos tergiversados ha reimplantado el secreto, en evidente contradicción con el auto de la Audiencia, respecto de hechos que sabía estaban ya

acreditados, de documentos que ya se encontraban en la causa y respecto de diligencias pendientes que no apuntaban a la prueba de hechos que hubieran sido desconocidos por la Audiencia al levantar el secreto (inclusive parcial) de las actuaciones.

II. Auto de 28-2-97, por el que se ordena que D. Jesús Polanco Gutiérrez y otros no podrán salir del territorio nacional sin autorización del Juzgado, ratificado en el auto de 26-6-97.

A.-CONSIDERACIONES FÁCTICAS

1.- Este Auto (ver folio 165/168) fue dictado el 28-2-97, es decir, tres días después del auto de incoación del procedimiento (ver folio 10). En el mismo auto de 28-2-97 se admitió sin imponerle fianza, la querrela interpuesta por Sainz Moreno, que carecía de habilitación profesional. La decisión que prohibía la salida de España a algunos inculpados no fue motivada en ningún razonamiento jurídico del citado auto, dado que el punto 4 del mismo no hace sino expresar la decisión, sin exponer las razones o los preceptos legales que la justifican.

2.- Al folio 376 el Fiscal se pronunció por el mantenimiento del auto de 28-2-97 sin expresar fundamento alguno.

3.- Por auto de 13-3-97 (folios 541 y stes.) se desestimó el recurso de reforma contra el auto de 28-2-97. En este auto se sostiene que *"no obsta a la adopción de la medida que la ley estricta no la contemple en detalle"*, pues es *"únicamente una carga procesal"* y *"una cautela instrumental que tiende a posibilitar la presencia de los imputados en el proceso"*.

4.- Con fecha 4-4-97 (folio 844/845) ante la petición de autorización para salir del territorio español de Jesús de Polanco y José Antonio Rodríguez Gil, el Juez decide *"no autorizar los viajes al extranjero que tienen programados (...) "en la alta probabilidad de que en las fechas para las que se anuncian sus respectivos viajes los Sres. Polanco y Rodríguez estén a punto de ser citados para prestar declaración como imputados e incluso que lo hayan hecho ya. Además -agrega el auto- ha de tenerse en cuenta que una vez acabadas las declaraciones, quizá haya que pronunciarse sobre las peticiones que las partes puedan hacer respecto de la situación procesal de los imputados"*. Rodríguez Gil quería ausentarse entre el 27-4 y 2-5-97. El día 6-4-97 se acordó recibirle declaración como imputado, pero sin fijar la fecha para la celebración del acto. El Sr. Jesús de Polanco no declaró hasta el 23-6-97 (folio 3.080 y ss.).

5.- El Fiscal no apoyó la medida e inclusive interpuso recurso de reforma (ver folio 891) contra el auto que denegó la autorización solicitada por los Sres. Jesús de Polanco y Rodríguez Gil, considerando que la medida de prohibición de abandonar el territorio era desproporcionada.

6.- Al folio 1.433 (21-4-97) se dicta providencia que autoriza el viaje al extranjero de Jesús de Polanco y Rodríguez Gil.

7.- Al folio 992 (44-97) el Juez informó a la Audiencia en el recurso de queja, reiterando los argumentos del auto de 13-3-97.

8- La medida de prohibición para el imputado de abandonar el territorio nacional fue reiterada en el auto de 26-6-97.

9.- Por auto de 7-5-97 la Audiencia Nacional estima el recurso de queja contra la resolución que prohíbe a los inculcados salir del territorio sin autorización del Juzgado. La Audiencia entendió que el auto del Juez del 28-2-97 es arbitrario y que infringe el art. 9.3 CE.

B.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

En el auto de 13-3-97 (folios 5411545) queda claro que el Juez sabe y conoce que no existe una habilitación legal que permita imponer a un inculcado, cuando no existieran razones para ordenar su detención, en los términos del art. 486 y ss. LECr., una prohibición para salir del territorio. Sin embargo, sostiene que *"no obsta la adopción de la medida que la ley estricta no la completa con todo detalle"* (FJ'2).

Dado que no se expresa en el auto de dónde se deduce la potestad del Juez para dictar esta medida es claro que esa decisión no tiene, por lo tanto, otro apoyo que la propia voluntad del Juez, que la toma en un momento en el que, por otra parte, no tienen en la causa ninguna corroboración objetiva, por mínima que ella sea, de las inculpaciones que se formulan en la denuncia del Sr. Campmany y que luego se recogen en la querrela formalizada por el Sr. Sainz Moreno.

La LECr, en su art. 486 es clara y no exige ningún esfuerzo interpretativo. De acuerdo con esta disposición *"la persona a quien se impute un acto punible deberá ser citada sólo para ser oída, a no ser que la Ley disponga lo contrario, o que desde luego proceda su detención"*. También resulta claro que los inculcados (Sres. De Polanco, Rodríguez Gil, etc.) sólo eran en el momento en el que fue dictado el auto "personas a quien se imputa un acto punible", y que por ello les era aplicable el art. 486 LECr. Por tal razón, lo único que cabía respecto de estas personas era citarlas para ser oídas. El texto legal es preciso: "deberá ser citada sólo para ser oída".

Ningún método de interpretación permite deducir o inducir del art. 486 LECr., que es posible restringir el derecho fundamental garantizado por el art. 19 CE, de entrar y salir libremente de España, de personas respecto de las que no se dan los presupuestos para ordenar al menos su prisión y antes de contar con una mínima comprobación de la veracidad de la denuncia. La circunstancia de que el derecho de entrar y salir del territorio de España sea un derecho fundamental, hace más grave la infracción de la ley, dado que, de acuerdo con el art. 53 CE, los derechos del Capítulo II, Título 1 CE *"sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades"*.

El Juez sabía -pues así surge del auto de 17-3-97 (folio 606) en el que se desestimó el recurso de reforma contra la admisión a trámite de la querrela del Sr. Sainz Moreno- que los derechos fundamentales deben ser interpretados "en el sentido más favorable a su eficacia" (Fº Jº 6 del auto al folio 606). No obstante, en el auto del 28-2-97 no tomó en consideración este criterio interpretativo obligatorio -por haber sido impuesto por el Tribunal Constitucional con los efectos del art. 5.1 LOPJ -al limitar un derecho fundamental de una manera grave y sin ninguna habilitación legal. No ofrece dudas, pues, que el Juez se apartó infundadamente de la ley y decidió según su propia voluntad.

Por otra parte, en el auto de 17-4-97 (folios 1557/59) el Juez se apartó abiertamente del art 19 CE, al sostener que *"el instructor no encuentra en la Constitución o en la ley un precepto que le encomiende velar por sus intereses"*, en referencia a la pretensión de D. Jesús de Polanco de asistir a un acto

académico de investidura como Dr H.C en la Universidad de Braun (EE.UU), como sí aquella no estuviera garantizada por el derecho del art. 19 CE.

En la STS 1/96 (Causa Especial 28300/94) esta Sala ya estableció que el delito de prevaricación judicial se da cuando con las resoluciones del Juez "*fuera violadas las normas procesales en que el Magistrado-Juez se fundó para acordar las respectivas medidas de detención y prisión*" y que "*tanto para la medida cautelar de detención como para la de prisión provisional se exige que en el procedimiento haya algún elemento probatorio que pudiera poner de manifiesto algún extremo o circunstancia del cual pudiera deducirse que la persona o personas contra quienes tales medidas se acuerdan pudieran ser responsables de algún delito*" (Fº Jº, 3º). Estas pautas rigen sin duda para toda medida cautelar que limite derechos fundamentales, no sólo para las que afectan a la libertad de entrar y salir del territorio nacional. Por tanto, tienen aplicación en este caso, en el que, sin entrar a considerar si los hechos denunciados constituirían jurídicamente algún delito, no existía ningún perjudicado, las sociedades habían vuelto a fusionarse y, consecuentemente, tampoco cabría ya pensar en la posibilidad de algún perjuicio futuro y, como se dijo, el Juez no contaba con algún elemento probatorio que pudiera poner de manifiesto la realidad de las circunstancias en las que se basaba la denuncia.

La Defensa ha intentado insistentemente ampararse en las "costumbres" o prácticas de la Audiencia Nacional. Sin embargo, lo cierto es que nadie ha probado que en la Audiencia Nacional sea una práctica habitual privar del derecho del art. 19 CE a una persona inculpada, sólo sobre la base de una denuncia, de cuyos hechos se carece de una misma prueba. Por lo pronto si fuera así se trataría de una costumbre contraria al orden público, pues tendría un indiscutible contenido contra legem y todo lo que contradice las leyes vulnera el orden público. En consecuencia un juez que, según el art. 117. 1 CE, está "sometido únicamente al imperio de la ley" no puede invocar en su defensa una costumbre contraria a la ley, sobre todo cuando en los fundamentos del auto de 28-2-97 ni en el informe del recurso de queja (folio 992/994) no ha podido citar ninguna disposición legal que autorice su proceder, ni un principio del ordenamiento jurídico que lo justifique.

En el juicio oral el Excmo. Sr. Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional expuso los fundamentos jurídicos que, en su opinión, justificarían la decisión adoptada por el Juez en el auto de 28-2-97. Ninguno de ellos tiene la menor fuerza de convicción. En primer lugar se refirió al art. 8.3 de la Ley 4/85 de Extradición pasiva. Esta disposición, sin embargo, está prevista para casos en los que se den los presupuestos que establece el art. 8.1 de la misma ley, es decir, una sentencia condenatoria o un mandamiento de detención firmes. La disposición, como se ve a simple vista, no guarda la menor relación con la situación de una persona sólo imputada en una denuncia carente de una corroboración probatoria. Por otra parte, el art. 8.3 establece que debe existir el peligro de fuga, peligro que el Juez no demostró y que luego, en el auto de 26-6-97 consideró inexistente.

En segundo lugar el Excmo. Sr. Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional se refirió a la Instrucción 1/88 de la Fiscalía Gral. del Estado. Pero también ésta -que no es, en todo caso, fuente de derecho- presupone "presunciones de incomparecencia" (Nº 3) o "peligro potencial de huida" (Nº 4.a). Consecuentemente es manifiesto que tampoco estas reglas serían de aplicación en un caso en el que se reconoce por el Juez que no existe peligro de fuga. Es evidente que en la audiencia del art. 504 bis a) LECr., el Ministerio

Fiscal no pensó en esta Instrucción, toda vez que sostuvo reiteradamente que no se debían adoptar medidas cautelares de carácter personal.

De todo ello se deduce en resumen: que la medida adoptada no tiene fundamento en la ley, que afecta a un derecho fundamental de manera grave, que ningún método ni modo interpretativo permitiría deducir o inducir del art. 486 LECr, una limitación del derecho fundamental como la del auto de 28-2-97 y que, además, tanto el art. 19 CE, como el 486 LECr., que nunca fue mencionado por el Juez, no fueron entendidos por éste con el mismo criterio que sólo pocos días después se aplicó al querellante Sainz Moreno. El Juez sabía que la ley no contemplaba la medida que adoptaba para personas a las que sólo se impute un delito, que la medida era restrictiva de un derecho fundamental y que tenía graves consecuencias para los interesados. Consecuencias que no sólo limitaban la libertad de movimiento de los afectados, sino inclusive su propia reputación, dada la difusión periodística que la medida tendría. Téngase presente, que el Juez prestó especial atención a la resonancia pública del procedimiento hasta el punto que ordenó la formación de una pieza separada de prensa (ver folio 357), sin que esta decisión sea procesalmente explicable.

Tampoco en este caso ofrece ninguna duda que se trata de una ilegalidad que cualquiera podría percibir: cualquiera que sepa castellano y lea el art. 486 LECr. sabe que si el Juez sólo podía citar al imputado para oírlo, no podía omitir citarlo y privarlo del derecho del art. 19 CE, cuando -se insiste- no tenía en la causa ningún elemento que corroborara los hechos denunciados. La contradicción con la norma es tan clara que resulta, por ello, manifiesta, llamativa e inclusive grosera.

III.- Auto de 26-6-97, dictado en la pieza de situación de D. Jesús de Polanco Gutiérrez.

A.-CONSIDERACIONES FÁCTICAS.

1.- A pesar de que en el auto de 4-4-97, en el que se decidió no autorizar el viaje al extranjero del Sr. Polanco, por ser inminente su interrogatorio como inculpado, el Juez no practicó esta diligencia hasta el 23-6-97 (luego de una suspensión de la audiencia señalada para permitir que la Defensa tomara conocimiento de ciertas actuaciones).

2.- En la Audiencia del art. 504 bis 2) LECr los querellantes solicitaron medidas de privación de la libertad. El Ministerio Fiscal representado por el Sr. Gordillo tuvo una actuación menos clara. En primer lugar solicitó la imposición de medidas cautelares no personales haciendo referencias a lo establecido respecto de este caso por la Fiscalía General del Estado. En particular, cuando el Juez le requirió que aclarara su punto de vista el Sr. Gordillo dijo que entendía que "*la fianza es una medida cautelar no personal*". El Fiscal, según el acta que obra al folio 3.089 habría dado lectura a la orden de la Fiscalía General del Estado de 14-5-97 (con:E Folios 3.089/190). No obstante, el 23-6-97 el Sr. Gordillo compareció espontáneamente ante el Juzgado para aclarar que en la Audiencia del art. 504 bis 2) LECr "*dio lectura a sus notas manuscritas*" (...) y que "*no transcribió la orden del Excmo. Sr. Fiscal General del Estado al no disponerse de la misma*" (folio 3.116).

3.- Al folio 3.117, el mismo 23-6-97, aparece una nota sin firma de la Fiscalía de la Audiencia Nacional en la que se comunica (se ignora a quién) que la Fiscalía General del Estado "*no ha establecido*

prohibiciones al Fiscal de la Audiencia Nacional en relación con la situación de personas llamadas a declarar en dicha investigación". Asimismo, la comunicación aclara que el Fiscal D. Ignacio Gordillo "ha expresado (...)su propia convicción compartida por el FIJAN (sic), de que (...) no es procedente la adopción de ninguna medida cautelar de carácter personal".

4.- La posición del Fiscal debió ser vista como imprecisa por el Juez, pues inmediatamente, el 24-6-97, dictó una providencia requiriendo al Fiscal Jefe *"que informe si considera procedente o no que la situación del querellado Jesús de Polanco Gutiérrez pueda ser la libertad confianza y otras medidas complementarias"* (ver folio 3.118). En su respuesta del mismo día el Fiscal Jefe en funciones de la Audiencia Nacional se remitió a lo expresado por el Fiscal Ignacio Gordillo *"en el acto de la comparecencia en la que: A) entendió que no era procedente la adopción de ningún tipo de medida cautelar de carácter personal (...)".* (ver folio 3.120).

5.- El 26-6-97 el Juez dictó el auto correspondiente, de una notable extensión, en la que no sólo establece los hechos que considera probados, sino también la calificación jurídica de los mismos, fijando finalmente la fianza de 200.000.000 ptas.

6.- En relación a este último punto el Juez estableció que:

a).- "no se encuentran razones de estricta necesidad para la aplicación de prisión provisional incondicional";

b). - (...) "se rechaza el criterio de la alarma social (...) "en el presente caso no se ha detectado una inquietud o intranquilidad generalizada" ;

c). - "tampoco puede decirse que el imputado tenga absolutamente decidido eludir el proceso y sus eventuales responsabilidades mediante una huida y no se han detectado maniobras claras de perjudicar la instrucción de la causa". (ver fundamento jurídico del auto, pág. 19).

7.- El 21-7-97, el Fiscal, al oponerse al recurso contra el auto de 26-6-97 sin que se hubiera producido ningún hecho que tuviera trascendencia sobre la situación personal del Sr. Polanco, y ya apartado el Juez de la causa, se presentó manifestando *"en atención al tiempo transcurrido desde la incoación del procedimiento y teniendo en cuenta las fechas en que nos encontramos, no es necesario mantener las presentaciones periódicas del querellado D. Jesús de Polanco Gutiérrez, así como del resto de los querellados, ni la solicitud de autorización para ausentarse del territorio nacional, debiendo únicamente ponerlo en conocimiento del órgano J . judicial a efectos de estar permanentemente localizado para la práctica de alguna diligencia".*

B.-CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1.- No es necesario discutir aquí, a los efectos de la prevaricación imputada al Juez, si la libertad bajo fianza es o no una medida cautelar de carácter personal. A juicio de la Sala no ofrece dudas que la libertad bajo fianza afecta un derecho personal (la libertad) y que nada tiene que ver con los bienes. La confusión del Ministerio Fiscal al suponer que el derecho afectado por la medida se confunde con la naturaleza del medio para prestar la fianza, de todos modos, sólo tiene importancia a los efectos de

juzgar la conducta del Fiscal, pero carece de relevancia para el juicio sobre la calificación de la acción del Juez en relación al art. 446 CP.

2.- El art. 531 LECr establece que la calidad y cantidad de la fianza se determinará según las circunstancias "*que pudieren influir en el mayor o menor interés (del procesado) para ponerse fuera de alcance de la Autoridad judicial*". En el presente caso, el Juez había afirmado que no existía interés del inculpado para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial (pág., 19 del auto de 26-6-97). Más aun resultaba evidente que las circunstancias que tomó en cuenta, y que reseñó en el folio 20 del mismo auto, no podían, "*influir -como lo exige el art. 539 LECr -en el mayor o menor interés (del inculpado) para ponerse fuera del alcance de la Autoridad Judicial*". En realidad, "la edad", "el arraigo familiar, profesional y social", así como "los datos sobre el patrimonio", que son los factores valorados por el Juez en el caso del Sr. Polanco, no podían sino corroborar que no existía el peligro de fuga ni de perturbación de la investigación. Una vez establecido que no se daban tales peligros era evidente que la fianza carecía de todo sentido pues nada habla que asegurar o afianzar. El art. 532 LECr. lo corrobora especialmente cuando establece, en este sentido, que "*la fianza se destinará a responder de la comparecencia del procesado cuando fuere llamado por el Juez o Tribunal que conozca de la causa*".

Establecido lo anterior no cabe duda respecto de la arbitrariedad de la fianza toda vez que el Juez se apartó totalmente de la ley que debería haber aplicado. Pero, no sólo no se daban los presupuestos formales para decretar la libertad bajo fianza, sino que, además, la suma impuesta resultaba verdaderamente desproporcionada para contrarrestar un peligro que el mismo Juez declaraba inexistente, como lo puso de manifiesto el auto de la Audiencia Nacional de 19-2-98 (Fº Jº 3º).

3.- Desde el punto de vista subjetivo no ofrece ninguna duda que el Juez obró "a sabiendas" En primer lugar sabía que la Audiencia había considerado desproporcionado establecer el secreto de las actuaciones en el auto de 13-5-97. Esta decisión del superior demostraba ya la desautorización de cualquier otra medida más grave todavía que la del secreto. Si el secreto era desproporcionado, la libertad bajo fianza de 200.000.000 Ptas. sin peligro de fuga, lo era mucho más.

El Juez afirmó el carácter delictivo de los hechos, y así lo expuso en los fundamentos de su resolución (ver Fº Jº 5º del auto). Sin embargo, es preciso tener presente que para motivar su resolución el Juez no hizo la menor referencia a circunstancias que conocía y que eran altamente relevantes para la calificación jurídica de los hechos.

En primer lugar no ignoraba que en la causa no existía prueba de la existencia de algún damnificado, es decir, de algún abonado que hubiera devuelto el descodificador a Canal + y que se le hubiere negado la restitución del dinero de la fianza o depósito en garantía cuando Sogecable y Canal + mantenían contabilidades separadas.

En segundo lugar el Juez no ignoraba, sino todo lo contrario, que el desdoblamiento de las sociedades había sido transitorio (desde 1.991 a 1.995) y que, en todo caso, la supuesta irregularidad contable ya había sido subsanada al fusionarse ambas sociedades. Dicho de otra manera: el peligro de que algún abonado no pudiera recuperar la fianza o depósito en garantía del desdoblamiento de las sociedades ya había desaparecido en los primeros días de enero de 1.996 cuando se fusionaron Sogecable y Canal + recuperando formalmente la unidad económica y jurídica.

En tercer lugar para establecer los hechos el Juez se apartó, en cuestiones esenciales, de la única pericia que obraba en autos (la de los peritos de Hacienda, ver folio 3.010) sin dar fundamento alguno. En este sentido se puede comprobar que:

a) El Juez afirma en el auto que el desdoblamiento de las sociedades entre 1991 y 1996 se hizo *"con evidente perjuicio de los titulares de dichos depósitos que quedaban privados de la garantía que significaba aquella cobertura "* (pág. 14 del auto). Al folio 3020 los peritos, por el contrario, sostienen que *"no había ni ventaja ni desventaja frente al abonado por el trasvase de los depósitos a Sogecable"*. Además -como ya se ha señalado- no habla ningún perjudicado como consecuencia de la duplicidad de sociedades que constan en la causa.

b) El Juez afirma que *"durante todo ese período se ocultó la verdadera situación económica y financiera de Canal +"* (pág. 16 del auto). Los peritos señalan ciertamente que *"las cuentas no reflejan la imagen fiel de la sociedad"* (confr. Folios 2757 y 3015), pero sin embargo, dijeron también respecto de la reclasificación del pasivo a largo plazo o corto plazo que *"entienden que durante los años 90 a 95 lo han hecho bien, pero también entienden que lo dicho por el auditor es un criterio razonable"*. (folio 3017) Agregan que el cambio de criterio sobre el plazo de amortización *"se suele poner en la memoria pero no es obligatorio en este caso"* (folio 3025). Asimismo los peritos sostuvieron que, no obstante que en los contratos no se menciona a Sogecable *"en virtud de los contratos entre Canal + y Sogecable, las entidades han contabilizado bien en base a esos documentos privados"* (folios 3025/3026).

c) El Juez afirma que *"este reparto de dividendos fue determinante de que la Sociedad Gral. de Gestión del Cable, en 1996, contase con una liquidez insuficiente para cubrir los depósitos de garantía constituidos por los abonados de Canal + "*. Al folio j026 se lee que los Peritos *"preguntados si el balance de Sogecable de 1996 no supone liquidez suficiente en supuestos de normalidad, responden que a unas previsiones normales sobre cálculo de probabilidades en condiciones de normalidad, puede entenderse que sí. Y agregan : "aparte de su conclusión referida a la salvedad del pasivo de Sogecable, entienden que la gestión contable de Canal + está bien hecha"*. (folio 3027). Al folio 3018, cuando se le pregunta *"si Sogecable no estaba obligada a tener 23.000 millones de pesetas, manifiestan que entrarían en calificación jurídica y por ello no se contesta esta pregunta"*. Asimismo, cuando el Juez preguntó *"si se podría haber pagado dividendos sin tener en cuenta las pérdidas, los peritos manifiestan que sí"*. Al folio 2757 en las conclusiones de su informe los peritos afirmaron que los dividendos distribuidos por Sogecable *"lo han sido respetando los límites de la Ley de SS AA"* (folio 275 8).

A los efectos de la injusticia del auto de 26-6-97, la calificación jurídica de los hechos no es esencial. Sin embargo, todas estas discrepancias entre las afirmaciones categóricas del Juez y las matizadas de los peritos, evidencian que en el momento en el que impuso la fianza de 200.000.000 Pts. y se reiteró la prohibición de salir del territorio español al Sr. Polanco las cuestiones contables en las que se basaban la denuncia y la querrela eran suficientemente discutibles como para fundamentar la adopción de medidas tan drásticas como las que se decidieron en el auto de 26-6-97.

También en este caso es evidente que la injusticia del auto puede ser percibida por cualquier persona, aunque sea lego en derecho, toda vez que el apartamiento de las normas constitucionales, legales e inclusive de la instrucción 1/88 de la Fiscalía General del Estado es manifiesta. Cualquiera puede comprobar que si estas normas condicionan las medidas al peligro de incomparecencia o fuga y el propio

Juez afirma que tal peligro no existe, la limitación de derechos fundamentales carece palmariamente de todo apoyo en la ley y es merecedora de los adjetivos de "manifiestamente ilegal", de "flagrante" etc. Nadie podría negar seriamente que una fianza de 200.000.000 de pesetas impuesta para afianzar un peligro inexistente es totalmente desproporcionada.

5.- Aunque lo antedicho es suficiente para fundamentar el fallo de esta sentencia cabe todavía hacer algunas consideraciones respecto de ciertos argumentos, defensivos.

a.- Un elemento particularmente importante de los hechos se refiere a la demora del Juez acusado en pronunciarse adecuadamente, al decidir la incoación de las diligencias y adoptar medidas cautelares, sobre si los hechos denunciados eran constitutivos de delito. En el interrogatorio de la Defensa en el juicio oral afloró la tesis según la cual primero se requiere investigar los hechos y luego calificarlos jurídicamente. Sin embargo, la LECr es en este punto clara; si los hechos denunciados no son por sí mismos subsumibles bajo algún tipo penal no cabe iniciar diligencias ni sumario alguno (arts. 269 y 313 LECr). La cuestión de si los hechos denunciados eran típicos requería una respuesta antes de comenzar la causa. Es cierto que en el auto de 28-2-97 el Juez apuntó que los hechos denunciados podían constituir apropiación indebida, delito societario (sin decir cuál), falsedad documental (sin que nadie haya señalado qué documentos habían sido falsificados), delito fiscal (sin especificar qué impuesto había sido eludido). Pero no es menos cierto que demoró más de setenta días, y sin que de la causa surja una razón que lo justifique, para dar trámite al recurso respectivo. Este proceder demuestra que el Juez había dado curso a la causa y tomado graves medidas limitadoras de derechos fundamentales sabiendo que el Tribunal de alzada podía dar la razón a los inculpados. De otra manera, su proceder no resulta explicable.

b).- Vinculado con lo anteriormente dicho debemos considerar, que la Defensa ha dicho también en varias oportunidades que la causa de Sogecable "se cerró en falso". La cuestión no es decisiva, pero la verdad es la contraria: la causa, en realidad, se abrió en falso, pues no otra cosa cabe decir respecto de un caso en el que se persiguieron unos hechos como apropiación indebida sin contar con ningún damnificado y luego de desaparecido el peligro de que lo hubiera. El delito del art. 252 CP no es un delito de peligro abstracto; como lo sostiene una opinión unánime. se trata de un delito que requiere un resultado lesivo.

c).- La tesis según la cual el Juez había actuado en todo caso con la conformidad del Fiscal aparece rotundamente rebatida, incluso, por el archivo ordenado por el Excmo. Sr. Fiscal General del Estado D. Jesús Cardenal Fernández en la denuncia contra el Fiscal Sr. Gordillo, este archivo fue mencionado en varias oportunidades por la defensa en el juicio oral. En efecto, el Sr. Gordillo, sin perjuicio de su colaboración inicial con el Juez respecto del secreto decretado en el auto de 27-2-97, y del apoyo en el recurso de reforma del auto de 28-2-97, que impuso la prohibición de abandonar el territorio nacional, que implantó el secreto, y así como del auto de 15-5-97 también en el recurso de reforma de los querellados (ver folio 2737), cumplió también las órdenes del Fiscal General de oponerse y recurrir contra los autos que ordenaban tanto el secreto como la prohibición de salir del territorio sin autorización (ver folio 1.093, donde solicita el levantamiento total del secreto; folio 891, donde recurre contra la prohibición de salir del territorio español decretada en el auto de 4-4-97 y folio 1.353, donde recurre el auto de 14-4-97, por no haber dispuesto éste el levantamiento total del secreto). Su posición fue más

confusa -como se vio- con relación al auto de 26-6-97, que impuso una fianza de 200.000.000 ptas. al Sr. Polanco. No obstante, el 21-7-97 el Fiscal estimó que *"no es necesario mantener las presentaciones periódicas del querellado Jesús de Polanco Gutiérrez, así como del resto de los querellados, ni la solicitud de autorización para ausentarse del territorio nacional"*. Como se ve, el argumento de la Defensa queda reducido a la cooperación parcial de un Fiscal, cuya actuación fue corregida en ocasiones por el Fiscal General del Estado. La Fiscalía General, en realidad, no apoyó, sino que rectificó al Sr. Gordillo, salvo en lo concerniente al auto de 26-6-97, respecto del cual el Fiscal General del Estado, Excmo. Señor, D. Jesús Cardenal Fernández, dijo no recordar *"haberle dado ninguna instrucción, salvo la de 17 de octubre de 1997"* (ver folio 2021, ampliación de la respuesta de la novena pregunta del interrogatorio presentado por la Defensa). Consecuentemente no es cierto que el Juez haya contado con el apoyo del Ministerio Fiscal en todas sus resoluciones. Tuvo la cooperación del Sr. Gordillo, pero no la del Ministerio Público. Por lo demás, el delito del art. 446 CP se comete cuando el Juez se aparta de la ley, no cuando se aparta de las peticiones del Fiscal.

d.- También se ha recurrido al argumento de la actuación de los Jueces que reemplazaron al Sr. Gómez de Liaño. En realidad esta cuestión se relaciona sólo con la prohibición de abandonar el territorio, pues las otras medidas del secreto y la libertad bajo fianza de 200.000.000 Pts y sin riesgo de que no se verían afectadas por la intervención de ningún otro Juez. Debemos considerar especialmente el auto de la Audiencia Nacional de 30-10-97 (folios 3522/3535), en el que dicho Tribunal dispuso que, decretado el archivo por no ser los hechos constitutivos de apropiación indebida ni tampoco de estafa, *"deberá el instructor, en cuanto a los restantes hechos que se investigan decidir con libertad de criterio, si continúa o no con las medidas cautelares y la resolución que debe adoptar de la comprendida en el art. 789.5 LECr"*.

En aplicación de lo resuelto en este auto el Juez Sr. Moreno Chamarro dictó los autos de 11-11-97 (folios 3539/3541 y en la pieza de situación del Sr. Polanco). En estas resoluciones se dispuso que *"deberán dejarse subsistentes, por el momento, las medidas cautelares adoptadas hasta el momento, para que sea el Juez que definitivamente resulte competente, el que, de acuerdo con las circunstancias procesales concurrentes y según su criterio, definitivamente las fije, manteniendo o modificando las actuales"*.

Por auto de 24-11-97 (folios 3737/3738 y auto de 11-11-97) el Juez Sr. Moreno Chamarro desestimó el recurso de reforma contra el de 11-11-97. El Juez entendió que si no era competente para decidir sobre el fondo, tampoco lo era para hacerlo sobre las medidas cautelares accesorias. El razonamiento de este Juez de instrucción era erróneo, pero, en modo alguno lleva consigo la aprobación de las medidas, pues sólo se apoya en su supuesta incompetencia para dejarla sin efecto. Este error no puede ser considerado como un abuso de la función judicial, pues se basa en un entendimiento literal de las reglas de competencia del art. 65 LOPJ y una errónea aplicación del principio según el cual *"lo accesorio sigue a lo principal"*.

Los Jueces que circunstancialmente acordaron permisos para abandonar el territorio tampoco convalidaron la medida, pues simplemente estaban llamados a decidir cuestiones puntuales y urgentes de la instrucción. En ningún caso se les solicitó el levantamiento de las medidas que afectaban al Sr. Polanco y a otro.

Todo lo expuesto nos lleva a la conclusión que no es posible afirmar que otros jueces mantuvieron las medidas cautelares y que, por ello, las aprobaron. Lo único que es posible afirmar que los jueces a quienes se solicitó el levantamiento de las medidas pueden haber dado un trámite procesalmente poco expeditivo para dejarlas sin efecto, pero al pronunciarse sobre ellas en ningún caso las aprobaron. De cualquier manera, como lo hemos dicho supra B.2.c) los errores, incumplimientos de deberes etc. de otros jueces no pueden operar con justificaciones expost facto de la prevaricación de otro Juez, pues este delito no requiere condiciones objetivas de punibilidad ni de perseguibilidad.

Sin perjuicio de todo ello, cabe insistir que ya el 21-7-97 el Fiscal había solicitado que se dejara sin efecto la presentación quincenal y la obligación de requerir autorización para abandonar el territorio nacional.

6.- En el presente caso no concurren, circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

7. a), A los efectos de la determinación de la pena es preciso decidir en primer lugar la cuestión de la unidad o pluralidad de las acciones descritas en los hechos probados. Aún siendo plurales, la Sala entiende que se trata de un delito continuado, toda vez que los tres autos dictados por el Juez constituyen sólo la manifestación de una instrucción en forma contraria al derecho y sin sujeción a la ley vigente o a los principios que la informan nos muestran que las diversa actuaciones llevadas a cabo por el procesado' lo fueron con motivo de idéntica ocasión, es decir, dentro del mismo proceso, como exige el artículo 74.1 del C.P.

b), Sentado lo anterior debemos individualizar la pena de multa según lo establecido en el art 50.5 CP, teniendo en cuenta lo siguiente: que el encausado lleva más de un año percibiendo una retribución reducida como consecuencia de la suspensión de empleo y sueldo acordada por el Consejo del Poder Judicial con motivo de su procesamiento, así como las lógicas cargas familiares que le afectan. De acuerdo con ello la Sala estima que la pena pecuniaria ha de ser fijada en dieciocho meses a razón de mil pesetas diarias.

Por otra parte, no se puede dejar de considerar que las circunstancias personales probadas en la causa no sugieren la necesidad de acentuar en la determinación de la pena de multa los fines preventivo-especiales de la misma, toda vez que la pena pecuniaria viene impuesta junto a la pena de inhabilitación especial, que cubre una gran parte de las mencionadas finalidades.

c).- En cuanto a la pena de inhabilitación especial ésta se debe fijar en el mínimo, legal permitido por el art. 74 CP, en relación al 446 CP.

8. La acusación particular no ha ejercido en este proceso las acciones civiles y por ello no corresponde aquí pronunciamiento alguno. Respecto a la petición de la acción popular en este sentido, no ha lugar a lo solicitado, ya que carece de legitimación para hacerlo.

9. Todo responsable de un delito o falta debe ser condenado en costas según lo establece el art. 123 CP. En estas costas están comprendidas las de la acusación particular, dada la incidencia decisiva de su intervención en este proceso. Por el contrario no deberán ser incluidas las correspondientes a la acción popular, habida cuenta de su carácter no necesario.

10. Dados los preceptos legales invocados y los demás de general aplicación:

FALLAMOS:

Que debemos **condenar** y **condenamos** al procesado don FRANCISCO JAVIER GÓMEZ DE LIAÑO Y BOTELLA, como autor responsable de un delito continuado de prevaricación ya definido cometido al dictar los tres autos que han sido objeto de esta causa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de DIECIOCHO MESES DE MULTA a razón de 1.000 Ptas. diarias y a la de INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO POR EL TIEMPO DE QUINCE AÑOS, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, así como con la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial o funciones jurisdiccionales fuera del mismo, así como al pago de las costas procesales producidas incluidas las de la acusación particular y excluidas las correspondientes a la acción popular.

En caso de impago de la multa impuesta la responsabilidad personal subsidiaria se establece en un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

Remítase testimonio de esta sentencia al Consejo General del Poder Judicial a través de su Presidente. Así por esta nuestra sentencia, juzgando definitivamente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, ANTERIOR PONENTE DE LA CAUSA ESPECIAL 2940/99, A LA SENTENCIA ACORDADA MAYORITARIAMENTE.

Dando cumplimiento al deber que me impone el art. 206,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al no conformarme con el mayoritario acuerdo de mis colegas y, al mismo tiempo, haciendo uso de la facultad que me otorga el art. 260,1 del mismo texto legal, formulo este voto particular contra la sentencia, habiendo declinado por ello su redacción, dada mi originaria designación de Ponente en la causa.

No disiente este voto particular de lo consignado en el encabezamiento de tal resolución, ni de lo recogido en los antecedentes de hecho, ni siquiera de la propia declaración de hechos probados de la sentencia, que se encuentran acreditados por una fehaciente prueba documental. Ni siquiera discrepa frontalmente este Magistrado de cuanto consta en los fundamentos jurídicos, referido a las Cuestiones previas, deducidas por la defensa y él Excmo. Sr. Fiscal en la causa, al comenzar las sesiones del plenario, si bien el autor de este voto desea hacer algunas precisiones. En primer lugar, entender, en relación al tema de la utilización en esta causa del procedimiento ordinario de la LECrim., que, con independencia de si el denominado Procedimiento Abreviado resulta aplicable a las causas seguidas en el Tribunal Supremo contra aforados y órganos jurisdiccionales de determinada categoría en la Carrera judicial, habida cuenta que carecen de la posibilidad de un recurso de apelación o de casación, hay que reconocer, que supone mayores garantías para el imputado la utilización del denominado procedimiento ordinario y por ello no ha mermado sus derechos, ni le ha podido provocar indefensión por tal utilización procedimental con mayores trámites y cautelas.

Con referencia a la supuesta violación del "**non bis in idem**", desearía añadir que, si bien este Magistrado entiende y desea proclamarlo así, que el auto de archivo debe ser a efectos de tal principio equivalente a una sentencia, en cuanto a unos hechos presuntamente punibles cierra definitivamente la posibilidad de reabrir la causa y la posibilidad de ser enjuiciado de nuevo por los mismos hechos, no

estima que exista la identidad fáctica en los extremos objetivos y subjetivos de la causa especial archivada y de ésta.

Finalmente, y con relación a la recusación del Tribunal por motivos objetivos y subjetivos, destaca que, deferida tal cuestión a la Sala Especial del art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ésta no se ha pronunciado sobre el fondo de dicha cuestión, limitándose a su rechazo por motivos meramente formales, por lo que, a efectos de la tutela judicial efectiva, bajo el prisma del Tribunal imparcial, el tema resulta imprejuizado.

Mi total y frontal oposición al mayoritario Acuerdo se produce con relación al Apartado "B, Sobre el fondo", por cuanto expreso continuación de forma paralela a todo lo que se recoge en la sentencia.

B.- Sobre el fondo.-

1. Sostengo que los hechos declarados probados no son legalmente constitutivos de delito alguno y, por consiguiente, ni incardinables en tres delitos o en un delito continuado de prevaricación judicial del art. 446,1 del vigente Código Penal, ni en cualquier otra infracción.

Estimo que procede la libre absolución del acusado. He partido para tal conclusión de unos obligados precedentes, que paso a consignar, siquiera sea sintéticamente.

El delito de prevaricación, recogido en tal precepto, se comete por el Juez que dictare a sabiendas sentencia o resolución judicial injusta. La potestad que el ordenamiento jurídico atribuye a Jueces y Magistrados, de forma exclusiva, de decir o declarar el derecho **-iuris dictio-** o sea, de aplicar las leyes y otras normas jurídicas en toda clase de procesos y señalar de modo vinculante el contenido y voluntad de la ley al caso concreto, exige en ellos que sea utilizada tal **potestas** de forma adecuada y no torticeramente.

Pero bajo la polisemia de prevaricación entiende el Código Penal la conducta del Juez o Magistrado que dicta sentencia o resolución injusta a sabiendas, o por imprudencia grave o ignorancia inexcusable sentencia o resolución manifiestamente injusta (arts. 446 y 447). Mas no cabe reputar como injusta cualquier resolución, que desde el plano de la mera legalidad no sea correcta en adecuación a la normativa sustantiva o procesal. Para reputarse de injusta una conducta judicial se exige, tanto que se trate de una decisión formal y materialmente contraria a derecho, como de la conciencia del sujeto activo de que está siguiendo un camino torcido en su resolución, como expresa el propio significado etimológico del vocablo latino **paevaricatio**, derivado de los verbos **praevarico** y del **deponente praevaricor**, equivalentes a andar torcido, a apartarse de la línea recta. No puede calcarse el concepto de "injusto", expresado en el precepto, con cualquier resolución incorrecta y examinarse bajo el exclusivo prisma de la mera legalidad, sino que precisa concretarse a las decisiones injustas material y formalmente y con plena conciencia y voluntad del Juez que las asume y dicta.

Por lo demás, la infracción punible se encuentra recogida, tanto en Códigos Penales propios, como extraños y encuentra notorios precedentes en el Derecho Romano en la Lex Cornelia y en nuestro propio Derecho histórico en el Fuero Juzgo y en Las Partidas. Sin embargo, en su configuración actual, bajo el moderno espectro de nuestra moderna codificación, tal delito ha sido interpretado por la doctrina del Tribunal Supremo de un modo constante, en una jurisprudencia pacífica, reiterada y sin fisuras, en el sentido de que tan sólo existe tal infracción punible cuando la resolución judicial suponga una patente injusticia, que no pueda exculparse mediante una interpretación razonable de la Ley -sentencia de 25 de

enero de 1911, que añade que la resolución ha de ser "irrazonable". Requiere por ello, que la injusticia sea clara, patente y manifiesta, de tal modo que de producirse cualquiera duda razonable, se determinaría la atipicidad de la conducta, que tendría que depurarse, en su caso, en otros ámbitos extrapenales -sentencias de 26 de marzo y 16 de abril de 1992-.

Nuestro Tribunal Supremo, bajo la vigencia de los diversos textos penales de nuestra codificación moderna, tanto con regímenes autoritarios o democráticos, monárquicos o republicanos, liberales o conservadores, ha mantenido siempre la necesidad de una injusticia clara y manifiesta, evidente, patente y clamorosa -sentencias, por todas, 257/1967, 61/1998, de 27 de enero y 1417/1998, esta última referida al túnel de Soller-. -

Como recogió la sentencia de 18 de junio de 1992, no toda infracción de las normas legales, bien en la decisión o en la conducción del asunto, acarrea de inmediato la responsabilidad criminal, habida cuenta que la exigencia normativa del tipo consiste en la resolución injusta, no la simple resolución ¡legal, y el reproche que la sanción pena; entraña no se manifiesta ante la mera infracción de Ley, sino ante la consciente aplicación torcida del Derecho, con el subyacente designio de perjudicar o beneficiar a alguien. La mera ilegalidad, hay que repetirlo, no es suficiente para generar el delito de prevaricación, ya que puede hacerse cesar por la vía de los recursos -sentencias de 4 de julio de 1996 y 7 de febrero de 1967- exigiéndose por ello la injusticia, que no es otra cosa, sino el grave torcimiento del Derecho en el contenido de las resoluciones -sentencia de 3 de abril de 1998-. Es preciso, en suma, que, de modo flagrante y clamoroso se desborde la vigente legalidad -sentencias de 25 de marzo y 10 de julio de 1995-

El auto de la Sala Especial del art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 9 de julio de 1999 (9/1999) recoge al respecto, que tal delito de prevaricación ha venido incorporando a su descripción típica un elemento subjetivo del injusto, en la expresión "a Sabiendas" y ello, sin perjuicio de que sirva para separar la prevaricación dolosa de la culposa y en este sentido nuestra jurisprudencia desde antiguo ha destacado como esencial requisito la intención del Juez de faltar deliberadamente a la justicia. Ya una añeja sentencia de 14 de octubre de 1884 señaló que la locución "a sabiendas"... exige que se justifique de una manera que no deje lugar a duda que el agente obró a ciencia segura, con conciencia e intención deliberada de faltar a la justicia. Mucho más moderno, el auto de la Sala Especial del art. 61 de la Ley Orgánica de; Poder Judicial de 5 de diciembre de 1997, en su rechazo de una querrela por el argumento de que "el reproche no se manifiesta ante la mera infracción de Ley, sino en la consciente aplicación torcida del derecho, con el subyacente designio", ha seguido la misma línea expresada.

Por ello, la resolución de la citada Sala Especial a que se hizo antes referencia, de 9 de julio de 1999, rechaza frontalmente la tesis de la parte querellante de que la enjundia de la prevaricación está en que la resolución adoptada por el Juez sea injusta en sí misma, incluso en el supuesto de que quien ejerce la jurisdicción tenga sobre el "**therna decidendi**" aprensiones y datos que comporten el que aquella sea justa.

2. Se pone el acento en el acuerdo mayoritario expresado en la sentencia, de la que me siento discrepante, en que la jurisprudencia ha subrayado y magnificado el elemento objetivo del delito, frente al subjetivo y por ende que la injusticia de la resolución no puede ser excluida con referencia a la subjetividad del autor. Frente a tal apreciación. tan generalizadora, tiene que proclamarse, que la'

reiterada doctrina de este Tribunal de Casación ha puesto constantemente de relieve y destacado suficientemente al respecto que si el procesado no obró dolosamente y con conciencia e intención maliciosa de faltar a la justicia, no existe el delito -sentencia de 3 de diciembre de 1930- ya que resulta imprescindible que el sujeto sepa y le conste que la resolución que dictó es injusta y contraria a la Ley y que a pesar de ello se dicte conscientemente -sentencia de 3 de mayo de 1986-. En resumen, como recogió al respecto el auto de esta Sala Segunda de 13 de julio de 1993, es imprescindible la exigencia de que el Juez actúe "a sabiendas". Tal expresión más expresiva y gráfica que las genéricas del texto penal anterior de voluntaria, intencional y maliciosa, implica sin duda alguna, no sólo el conocimiento del hecho, sino el de su significación antijurídica. El Código vigente repite esta exigencia en su art. 446, siendo estimada tal locución por la mayoría de la doctrina científica, no en el sentido de que no se trata tan sólo de un delito doloso, como tantos de la Parte Especial del texto de 1995, sino que precisa además su realización con dolo directo, quedando excluida totalmente la posibilidad del dolo eventual.

Ya la más antigua doctrina jurisprudencia; requirió siempre para la aplicación de la modalidad dolosa de la prevaricación, que el reo obre a ciencia segura, con la conciencia deliberada y el designio de faltar a la justicia -sentencias de 14 de octubre de **1884** y 10 de febrero de 1900 o sea, con malicia y verdadera conciencia de la injusticia -sentencia de 13 de diciembre de 1919-.

No se pretende con ello subjetivizar tal delito, como afirma la sentencia de la que expreso mi parecer disidente, ya que lo manifestado por el Excmo. Sr. Fiscal de Sala en el acto del plenario, no era otra cosa, que el "empecinamiento del Instructor, desde lo adecuado de tal medida", que en el ámbito subjetivo del ilícito penal excluía el carácter injusto de la conducta (dictar resolución injusta) y determinaría tan sólo la existencia de un mero error, que resultaría reprobable y corregible por ello a través de los recursos legales establecidos y por otros medios del ordenamiento jurídico, ajenos al Derecho punitivo que se rige, entre otros, por el principio de intervención mínima.

La sentencia, que cita la resolución de que discrepo, 1/1996, de instancia y no de casación, aparte de contemplar un supuesto paradigmático de injusticia, ejemplo de libro porque hace referencia a un contexto fáctico en el que el elemento objetivo de la infracción aparecía tan patente y clamoroso, al "transformar al testigo en imputado", que no sólo no puede extrapolarse al supuesto enjuiciado, sino que destaca asimismo el elemento subjetivo de la infracción en los fines lucrativos o vindicativos perseguidos por el acusado en tal proceso.

No se trata, por tanto, de una caracterización subjetiva de la injusticia de la resolución enjuiciada, de la hipertrofia de tal elemento anímico y personal del sujeto activo de la infracción, sino de la obligada existencia de las dos notas o características que tienen que concurrir objetiva y subjetivamente para que el delito de prevaricación surja. Injusticia clamorosa, clara, manifiesta, patente y evidente, no mera ilegalidad, o revocación por los órganos judiciales superiores en los recursos y a la par dolo directo de faltar conscientemente y con claro designio a la justicia de la resolución de que se trate.

Para evitar innecesarias repeticiones este Voto particular se remite a cuanto expresó en el epígrafe **1** del apartado **B**. Sobre el fondo, recogiendo la doctrina de la Sala Especial del art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que da una condigna respuesta a esta cuestión.

Ahora bien, como la mera ilegalidad no supone el delito y mucho más en materias no absolutas y de certeza indiscutible, como ocurre con las cuestiones debatidas corrientemente en el mundo jurídico, que

precisamente en el campo de la jurisdicción penal se relativizan aún más en la etapa instructora en que se actúa, no sobre un hecho delictivo concretado y determinado, sino simplemente con sospechas o apariencias de tal y en donde se ofrecen siempre al Instructor diversas alternativas y caminos de investigación, que deben resolverse con prudencia y ponderación en las decisiones, pero a la par en la búsqueda incesante de la verdad. Esta cuestión está más plagada aún de relativismo que en la etapa casacional o del mismo plenario en los albores o inicios de la investigación criminal.

Por ello tengo que concluir, que este "empecinamiento" del Juez, a que hacía referencia el brillante informe del Ministerio Fiscal en el acto del juicio oral de esta causa, no puede determinar per se la tipicidad del art. 446,3 del vigente Código Penal.

El Ministerio Fiscal, representado por un Excmo. Sr. Fiscal de Sala, precisamente de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, y acorde con su superior, el Fiscal General del Estado, no ha estimado delictiva la conducta del acusado a lo largo de todo este **iter** procesal. Por ello bien puede decirse, que insólitamente se va a condenar a una persona, en este caso a un Magistrado y Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, no sólo sin acusación del Ministerio Fiscal, órgano imparcial y defensor de la legalidad -como podría ocurrir en supuesto de un delito meramente privado- sino con solicitud y petición de absolución de este órgano constitucional- (art. 124 de la Constitución). El Ministerio Fiscal, al que la propia Constitución atribuye la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado en la ley y con sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad, no ha estimado delito alguno en la conducta del lmo. Sr. Don Francisco Javier Gómez de Liaño y Botella y ha postulado su absolución.

Se podrá argüir a esta indiscutible afirmación, que ello no empece al carácter delictivo de la conducta que en esta Causa Especial se enjuicia, pero nunca podrá negarse lo insólito y anómalo del suceso.

Ello se corrobora, además, con otros datos no menos relevantes, que paso a consignar. El no haberse estimado por el Excmo. Sr. Magistrado Instructor de la Causa Especial 2790/97 y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, como superior funcional y revisor, por vía de recursos devolutivos, de las resoluciones dictadas por el procesado y estimado tales autos de prevaricadores, lo que de ser clamorosas y patentemente injustas dichas resoluciones, muchas de las cuales han sido dura y agriamente censuradas en las decisiones de los recursos, no hubiera podido pasar desapercibido a la perspicacia y honestidad de tales profesionales de la justicia. Ello pone de relieve, una vez más y por partida doble, la atipicidad de dichas conductas y supone para este voto disidente un argumento relevante, ya que, en otro caso, hubieran tenido que proceder de conformidad a lo preceptuado en el art. 407 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Hay que reputar en consecuencia, que la pretendida injusticia, mera ilegalidad en algún supuesto y en otros ni siquiera eso, no es clamorosa, patente, esperpéntica, como han exigido diversas sentencias de este Tribunal, al punto que pueda ser apreciable, por cualquiera y mucho más por tan preclaros Magistrados, por lo que en modo alguno puede motejarse de irracional, como requiere para su tipicidad la ya mencionada sentencia de este Tribunal, dictada en Causa Especial, 1/1996.

Precisamente, las inusuales expresiones descalificadoras utilizadas por el Tribunal **ad quem** en la decisión de los recursos interpuestos contra resoluciones del procesado, al revocar éstas, ponen de relieve, una vez más, y patentizan, su desacierto e incorrección, pero proclaman a la par, que no han

incidido en injusticia a sabiendas. Si los miembros de tan competente Sala hubieran percibido la existencia de resoluciones gravemente contrarias al orden jurídico procesal y con apariencias de hallarse incursas en la tipicidad del art. 456 del vigente texto penal, hubieran procedido en consecuencia. Otra cosa significaría no perseguir o investigar un delito público muy grave, precisamente el más grave que puede cometer un Juez como tal. Mas, al no hacerlo así, se patentiza que no estimaron siquiera el **fumus** de la prevaricación, por la clara y tajante diferencia existente entre la mera ilegalidad y el torcimiento del Derecho.

Con ello no pretende este Magistrado magnificar a ultranza la exigencia del elemento subjetivo de la infracción, antes al contrario, para negar el carácter de resoluciones injustas a las señaladas como tales en el escrito de querrela y en los de calificaciones provisionales de las acusaciones particular y popular, no ha salido este voto disidente del plano meramente objetivo, esto es de lo que la propia resolución proclama por sí misma a todos, pero principalmente, no a los afectados perjudicialmente por ellas, sino a otros imparciales, ecuanímenes y Objetivos, pero sobre todo muy competentes y habituados en procedimientos penales, como el Excmo. Sr. Fiscal de esta causa, el Excmo. Sr. Magistrado Instructor de causa archivada, de que queda hecha mención más atrás y a los componentes de la lima. Sala de la Audiencia Nacional.

Por ello, no deja de resultar harto extraño, que tan sólo muy tardíamente, muy **a posteriori** de la ocurrencia de los hechos y debido a la actuación de tres expertos Abogados de la querellante, acusación particular, se empiece a reputar de forma tan indudable como conductas prevaricadoras resoluciones de las que nadie sospechó hasta tal momento.

Siguiendo la línea argumentativa ya expuesta, recoge la sentencia disentida por este voto, que la injusticia será más grave cuando afecte a los derechos fundamentales de las partes. Este Magistrado, con el mayor respeto y afecto hacia sus compañeros, no puede alcanzar a comprender cómo puede existir alguna injusticia producida por una resolución dictada en el proceso penal, tanto en su etapa instructora, como de plenario, que no afecte directamente a los derechos fundamentales de alguna parte o del justiciable. Como mínimo se verá afectado gravemente el art. 24,1 de la Constitución, que consagra el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y Tribunales, o a un proceso con todas las garantías, el derecho a la defensa, e incluso la propia libertad o igualdad de las partes, con apoyo en el propio art. 14 del propio Texto Fundamental y supranormativo citado.

Finalmente, parece sospecharse en la sentencia disentida de las resoluciones con apoyo argumentativo como encubridoras del carácter antijurídico de lo resuelto. Tal y como aparece formulado dicho argumento resulta una trampa saducea, porque si la resolución motejada de injusta no se encuentra razonada, se le reputaría carácter injusto por su irracionalidad, por aparecer trocada en un mero acto de imperio y autoritarismo como carente de motivación y razonamiento. Si, por el contrario, se razona, se dice que es para enmascarar la decisión injusta.

Por ello, en contra de lo expresado en la sentencia, no se trata en modo alguno, de pretender que el razonamiento suponga un Jordán purificador de la injusticia y que la motivación argumentativa vaya a excluir **per se** la ilegalidad de la resolución, pero habrá de reconocerse, al menos, que se ha dado cumplimiento a lo ordenado en los artículos 24 y 120,3 de la Constitución y que se presenta la resolución ajena a la irracionalidad constitutiva siempre de injusticia, porque el Derecho es a la postre desde la

Filosofía del Siglo de las Luces, "parto de la razón humana" y la irracionalidad de la resolución, determinante de su inexplicabilidad por el solo y exclusivo mandato y con olvidada la legal exigencia de que autos y sentencias son siempre resoluciones motivadas (art. 248,2 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

I- El auto que reimplantó el secreto parcial de las actuaciones de 15 de mayo de 1997.-

A. Ninguna duda ofrece que la decisión de acordar el secreto de las actuaciones se dictó a solicitud del Fiscal. La sentencia mediatiza tal realidad, añadiendo que el informe del Ministerio Público consiste en un brevísimo escrito, de poco más de tres líneas y sin exponer argumento alguno que apoye su petición. La irrelevancia de tal argumento desde la perspectiva del acusado, la única que interesa aquí, aparece patente y notoria. Al Juez, el Fiscal -parte a la postre en el proceso penal, aunque parte imparcial- le ha solicitado que acordara el secreto de las actuaciones. La mayor o menor fuerza argumentativa en la petición no altera la naturaleza y esencia de tal solicitud al Instructor. Por ello, ni puede negarse, ni mediatizarse tampoco, que el Fiscal solicitó del juez tal medida, que ésta se acordó por tanto, no de forma espontánea, ni motu proprio por el Instructor, sino en virtud de tal petición del Fiscal de la causa.

Se añade, asimismo, en la sentencia de la que discrepo que, cuando la causa contaba tan sólo con una denuncia, no ratificada, consistente en un informe carente de firma, que había servido para la publicación de un artículo en la revista "Epoca", no se recibió declaración, ni ratificación al denunciante y es en tal momento cuando se dicta el auto de 27 de febrero de 1997, que decretó el secreto de las actuaciones. Unas precisiones y matizaciones se hacen imprescindibles para la debida interpretación de los hechos probados y su aclarada valoración para evitar el gravísimo peligro de las medias verdades.

El Sr. Campmany denunció los hechos ante el Juzgado Central de Instrucción Decano y lo hizo, no persiguiendo móviles espurios, ni por enemistad o rivalidad, comercial con los directivos de ambas sociedades, sino tan sólo y exclusivamente, porque en la revista de la que era Director aparecía un artículo de un periodista de la misma, con base a un informe que presentaba vehementes sospechas de delito y apariencias punibles en los directivos de determinadas sociedades. Por ello, en su condición de Director de la revista, acudió al Decanato a formular su denuncia y cumplir así con el deber cívico impuesto en el art. 264 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y acorde con la colaboración con los Jueces y Tribunales, que proclama el art. 118 de la Constitución Española. El referido denunciante se limitó a dicho extremo, pero ni tenía interés alguno en el asunto, ni consta en la causa o por notoriedad siquiera, que tuviera negocios de Televisión, ni que fuera competidor de Canal Plus o de Sogecable.

En cuanto a la pretendida ratificación de tal denuncia, bien pudiera haberse acordado por el órgano judicial ante el que se presentó, el Juzgado Decano, pero en todo caso tal cuestión resulta irrelevante, porque la Ley procesal no lo exige, limitándose tan sólo a requerir, en todo tipo de denuncia, la comprobación por la autoridad o funcionario que las recibiere, de la identidad de la persona de quien denunciante, quien puede pedir resguardo de haberla formulado (arts. 265 a 269 de la LECrim.)

La denuncia, a diferencia de la querrela, puede ser rechazada de plano por el Juez en el caso de que los hechos de la misma no constituyan delito o fuese manifiestamente falsa, mientras que para el repudio de la querrela se precisa un auto fundado del Instructor, que es apelable en ambos efectos.

El Juez, con notorio acierto, no oyó al denunciante, que actuaba como Director de la revista, pero sí oyó al periodista que dio la noticia y conoció más directamente el informe que se recogía en su artículo en la

referida "Epoca", el cual señaló, por otra parte, quiénes eran los autores del "informe". Don Gerardo Ortega Pérez, que sería oído en declaración más tarde, el Sr. Pérez Escolar y probablemente Don Ramón Tamames. Se consignan y especifican tales datos fácticos que demuestran la corrección procesal en la conducta del Sr. Gómez de Liaño en este punto.

El Juez dictó el secreto, a petición del Fiscal, y el auto que así lo acordaba fue recurrido por las defensas de los imputados, informando el Ministerio Fiscal a favor de su mantenimiento, añadiendo la sentencia de la que este voto es paralelo en su formulación y discrepante en el fondo, que tal informe fue sin ningún fundamento, pero lo cierto es que no enjuiciándose la conducta de dicho Fiscal, resulta que éste postuló el mantenimiento del secreto y el Juez dictó auto desestimando el recurso de reforma interpuesto. Tal resolución, de la que es lícito discrepar, al amparo de la libertad de pensamiento y de expresión, pero no puede negarse razonablemente que aparece fundamentada y motivada y con cita incluso de una sentencia del Tribunal Constitucional en su argumentación. También consta en la causa un auto de prórroga del acordado secreto de actuaciones.

Mas tarde, el Fiscal solicitaría el levantamiento de tal medida, que originariamente había postulado y el Juez desestimó tal petición. Después el Instructor ordenó un levantamiento parcial de tal medida y tal acuerdo fue impugnado por el Fiscal, que fue desestimado por auto de 5 de mayo de 1997. Ocho días más tarde, la Sala de la Audiencia Nacional estimó la queja y sostuvo en su resolución que tal medida no era necesaria, imprescindible, ni proporcionada. El Juez dictó auto dando cumplimiento a lo ordenado por la Audiencia. A continuación dictó providencia, acordando recibir información de la Brigada de Delincuencia Económica y Financiera. En el oficio remitido por ésta se distinguían dos clases de diligencias, unas que pudieran verse afectadas y privadas de su efectividad sin el secreto y otras para las que resultaría irrelevante la normal publicidad de la instrucción para las partes personadas.

El 15 de mayo de 1997, el Juez decretó el secreto limitado tan sólo a las diligencias encomendadas a tal Brigada y cuando éste le manifestó que ya no era necesario dicho secreto, lo alzó definitivamente el 13 de junio de 1997.

B. Se ha magnificado, a mi juicio, tal actuación del Instructor como una genuina prevaricación. El Ministerio Fiscal, para explicar y defender tal conducta hace referencia al "empecinamiento" del Juez. Este autor del voto particular añade, asimismo, que no sólo el empecinamiento, sino la firme creencia de hallarse en posesión de la verdad. Esto se patentiza en el dato expuesto de oír al Fiscal sobre una resolución revocatoria de la Sala que le trataba desconsideradamente, por si ello constituyera prevaricación. Resulta obvio que si el acusado recelara, por su mala conciencia prevaricadora, no removería una resolución que se limitaba a criticarle tan sólo con palabras y no pretendería lógicamente despertar la sospecha con la imputada prevaricación al superior.

Ahora bien, tal anómala actuación no puede generar la tipicidad del art. 446,3 del Código Penal, ni otro alguno, ni en su aspecto objetivo, ni en el subjetivo de la conducta y se hace remisión por ello a lo antes expuesto sobre tal figura delictiva que se da por reproducido para evitar reiteraciones.

No desconoce esta argumentación, que dicha conducta del acusado desobedeció mas o menos totalmente la orden de un Tribunal superior en vía de recurso y pudiera "**prima facie**" incardinarse en el art. 410,1 del texto pena; vigente como genuina desobediencia, pues en la denominación de autoridades y funcionarios entran indudablemente las judiciales. Mas, sin entrar en más detalles sobre la referida

tipicidad, es lo cierto, que el procesado no ha sido acusado por nadie de tal delito y su estimación en este trámite y momento supondría una clara vulneración del principio acusatorio. No se respetaría la inalterabilidad del hecho, ni se daría la homogeneidad de ambas infracciones y vendría a determinar la condena por un hecho no acusado, desobediencia a un superior funcionarij -sentencias 43/1997, del principal intérprete de nuestro Texto Fundamental, el Tribunal Constitucional, y 556/1998, de 27 de abril, de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo-. Vuelve a señalar el Tribunal Constitucional en su resolución 47/1991, de 28 de febrero, que el respeto al principio acusatorio exige que la pretensión punitiva se exteriorice, no cabiendo admitirse la acusación implícita. Finalmente, el principio acusatorio admite y presupone un derecho de defensa del imputado y la posibilidad de "contestación" o rechazo de la acusación -sentencia 225/1997, de 15 de diciembre-. Tampoco existe homogeneidad entre ambas infracciones, la prevaricación judicial y el delito de desobediencia expresado. Hay que concluir por ello señalando que la estimación de tal delito de desobediencia conllevaría una clara vulneración de los derechos del Sr. Gómez de Liaño a la tutela judicial, provocaría su indefensión y la conculcación del derecho a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías.

Rechazada la posibilidad de condenar por tal delito, que es el único que aflora del relato de hechos probados, entiende este voto particular que tal desobediencia no genera per se prevaricación judicial. Para corroborar tal aserto es suficiente con acudir a algunos ejemplos cuya notoriedad se proclama, por aparecer recogidos en sentencias publicadas en la Colección Legislativa, a la que se refieren a los artículos **888, 905 y 906** de la LECrim., como dictadas por el Tribunal Supremo.

El primero, se refiere a una constante y reiterada doctrina jurisprudencial a la sazón, que apreciaba un concurso delictivo, ideal o real, según los casos, entre el delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas y el contrabando. Alguna Sección de la Audiencia Provincial de Madrid, no obstante conocer tal reiterada jurisprudencia, pretendía cuestionar tal doctrina constante y sin fisuras y mantenía la absorción del contrabando en el delito contra la salud pública. Ello determinaba la interposición de recursos de casación por infracción de ley por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, y obligaba a tramitar el oportuno recurso y casar la sentencia, devolviendo los autos a la Audiencia, pero el Magistrado y sus compañeros, inasequibles al desaliento, repetían una y otra vez su tesis contraria, a pesar de que conocían su inutilidad práctica. Nunca se pensó que tal hecho supusiera prevaricación u otro cualquier delito y ni siquiera se estimó como pura infracción disciplinaria, y eso que contrariaba abiertamente una constante doctrina del Tribunal Supremo, cuyo carácter de órgano constitucional está fuera de duda -art. 123 C.E.- pues mucho menos debe reputarse delictiva una "desobediencia", no al supremo órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales y encargado de la unificación interpretativa de las normas jurídicas, sino al superior funcional concededor de los recursos contra los autos del Juez.

Mas el ejemplo no es el único. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha estimado la deformidad en las lesiones, cuando existe y modifica peyorativamente la apariencia externa, aunque ésta pueda hacerse desaparecer quirúrgicamente. Pues bien, dicha doctrina ha soportado los diversos y sucesivos textos penales y los regímenes políticos más diversos y con duración notoriamente superior a un siglo y sin alteraciones o fisuras. Sin embargo, algunos órganos del País Vasco recogen en sus sentencias de lesiones que cuando tal deformidad puede hacerse desaparecer con la cirugía -según informe pericial-

tal específica agravación que se contempla en los arts. 149 y 150 del vigente Código, no tiene lugar. Nunca han soportado los miembros de dichos Tribunales, ni siquiera sus Ponentes imputación alguna de prevaricación, ni deducción de testimonio para depurar responsabilidad de tipo disciplinario.

Aún pudieran aducirse algunos ejemplos más, como el referente a la cantidad de notoria importancia en la tenencia y tráfico de drogas, etc.

En tales casos, pese a provenir la doctrina del Tribunal Supremo y ser constante y pacífica tal interpretación jurisprudencial, debe estimarse acierto no juzgar prevaricadora, ni determinante siquiera de mera responsabilidad disciplinaria esta patente y reiterada desobediencia, no ya al mero superior funcional en vía de recurso, sino al órgano judicial superior a todos. El acierto de tal actitud negativa se pone de relieve en algún que otro ejemplo al respecto. Aquella consolidada doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de estimar concurso delictivo entre las infracciones de salud pública y contrabando desapareció con el nuevo Código Penal de 1995 y no porque este texto la hiciera imposible, sino porque la propia Sala Segunda en día no muy lejano cambió dicho criterio. En concreto, en la Sala General (no jurisdiccional) celebrada el 24 de noviembre de 1997 se tomó el acuerdo de estimar tal concurrencia de delito de tráfico de drogas y contrabando, no como un concurso de infracciones, sino de normas. Desde entonces hasta ahora, las sentencias 1088 y 1604 de 1997, 147 y 261 de 1998 y un largo etcétera, cuya cita aquí resultaría ociosa, siguen esta nueva línea jurisprudencial.

C.- Volviendo a la ya citada resolución del Instructor, que acordó el secreto parcial, después de haber sido levantado por la Sección correspondiente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que conocía de un recurso, la sentencia disentida por este voto particular, pone el acento, en que al dictar el auto de 15 de marzo de 1997 sabía el Juez que tal secreto había sido declarado innecesario, inidóneo y desproporcionado por la Audiencia Nacional y que el oficio policial no hacía referencia, ni a hechos, ni a documentos nuevos, con apoyo en la declaración del Sr. Zambrano Viezma. En definitiva, que lo que se trataba de determinar era si la Sociedad de Gestión del Cable S.A. constituía un instrumento de la Sociedad de Televisión Canal Plus S.A. y tal extremo estaba verificado en la causa, con lo que determina que el fundamento de tal medida era tan sólo aparente, ya que constaba en el primer informe que sirvió de base a las diligencias, en el "informe de alcance" de los peritos del Ministerio de Hacienda, en la propia declaración del Sr. Ortega Miguel -uno de los autores del informe inicial sin firma-. Ante tales datos, se estima abuso de las facultades concedidas por la Ley al Instructor y la innecesariedad de la medida.

Vista la imposibilidad jurídica de estimar prevaricadora en sí tal resolución, ni como desobediencia al Tribunal Superior funcional del Juez, se acude a la innecesariedad de tal medida. Mas, como expresó el propio Instructor, informando a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en un recurso de queja, la investigación se orienta en averiguar y hacer constar los hechos denunciados como delictivos y que fueron objeto de querrela, con todas las circunstancias que puedan influir en la futura calificación y eventual responsabilidad de sus autores.

Este Magistrado no comparte la apreciación de sus compañeros de Sala y no estima relevante la manifestación del Sr. Zambrano, porque reconoció no recordar algunos extremos, lo cual es lógico dado el tiempo transcurrido, porque es incuestionable el fax de dicha Brigada señalando los peligros para la investigación en marcha del conocimiento por imputados y terceros de las diligencias policiales. Es

incierto que la investigación de tal Brigada se limitara a tal concreto punto puramente objetivo de la relación instrumental entre ambas sociedades, era dicho dato en función de su carácter delictivo y punible, por tanto aunque pudiera existir reiteración de prueba investigadora no suponía ello una arbitraria medida desprovista de toda razón y lógica, sino la pesquisa y búsqueda de la realidad que tantas veces se encuentra oculta o enmascarada.

Por otra parte, la argumentación de la sentencia demuestra que con la prolongación de tal secreto parcial no se produjo restricción del derecho de las partes, acusadores e imputados al conocimiento y a la publicidad, ya que acordar el secreto de unas actuaciones, supone hacerlas desconocidas para los afectados por la medida y si tal declaración perseguía tan sólo ocultar algo, no ya simplemente conocido por algunos, sino notorio y evidente para todos, no puede sostenerse que tal medida formal puramente haya producido restricción del conocimiento en las partes afectadas al declarar secretos unos datos, que en su resultado conocían sobradamente con anterioridad a la medida.

En cualquier caso, tal resolución no es injusta en el sentido que precisa la constante doctrina jurisprudencial como clamorosa injusticia, clara y terminante, esperpéntica en suma. El informe previo de la Brigada esta ahí y habla por sí mismo y distingue dos clases de datos que pueden ser perjudicados o no con la ausencia de sigilo específico de tal medida. Por otra, existe otro dato incuestionable de que tan pronto la Brigada comunicó al Juez la innecesariedad del secreto, lo levantó. Aquí se patentiza y comprueba la ausencia de dolo en el acusado y remítase este voto disidente a la doctrina general sobre el delito de prevaricación expuesta más atrás. Pese a alzar la medida por resolución revocatoria de su decisión dictada por la Sala de la Audiencia Nacional, lo decreta parcialmente en virtud de informe escrito de la Brigada, pero en cuanto esta le comunica la innecesariedad de la medida, alza para siempre dicho secreto.

Tal conducta habla por sí misma, para excluir el delito por falta del elemento subjetivo del mismo.

A todo ello aún habría que añadir, la relatividad del término y del concepto de instrumentalidad y más aún referido a dos entes sociales, sociedades anónimas operatorias. Ello puede presentar un alcance muy diverso en cuanto a sus efectos y consecuencias y la pluralidad de pruebas con la misma finalidad investigadora en reiteración de pericias, testigos o documentos supone una realidad en el proceso penal y mucho más en su etapa primera, de instrucción, sirviendo, tanto para corroborar y confirmar las ya practicadas, como para cuestionarlas total o parcialmente en su realidad y virtualidad demostrativa y todo ello, sin perjuicio de las diferentes peculiaridades y diversos matices que de la proteica realidad demuestren las nuevas probanzas.

Negar la utilidad del rastreo bancario con referencia al dinero procedente de los depósitos, con el argumento de que su destino no es elemento del tipo de la apropiación indebida, no resulta convincente. No consiste en ignorar su fungibilidad, pero no empece a la posibilidad de comisión de otras figuras delictivas, tales como la falsedad en documento mercantil o el propio delito societario, infracciones éstas, e incluso la estafa, que también se investigaban en la causa.

El Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de empresarios individuales, sociedades y actos y contratos que establezca la ley -art. 16 del Código de Comercio- y aunque su contenido se presume válido y exacto -art. 20 del mismo Cuerpo legal- no impide que los documentos y actos que acceden a tal

publicidad puedan estar teñidos de falsedad por manipulaciones sobre los presupuestos de los datos que el propio Registro proclama.

No se trata de enjuiciar **hic et nunc** las conductas de los imputados en aquella causa, pero sí destacar que en el momento de la investigación judicial de tales hechos, actividad incipiente y cuya complejidad en su cometido no puede valorarse desde esta perspectiva de una causa archivada y tras más de un año, sino atendiendo tan sólo a las circunstancias concurrentes en tal momento.

El art. 302 de la LECrim. permitía al Instructor, incluso de oficio, decretar total o parcialmente secreta la causa y la medida aparecía justificada por la solicitud policial por escrito. Los funcionarios policiales tenían que "hurgar" necesariamente en la contabilidad de ambos entes sociales y la ausencia de secreto podía dar a conocer a acusaciones y terceros datos de la contabilidad que el Código Mercantil estima que son secretos en su art. 32, en la redacción operada por la Ley 19/1989, de 25 de julio.

En definitiva y para concluir, si el procesado juzgó equivocada la decisión de la Sala y estimó, a la vista del informe policial escrito, que había que mantener parcialmente el sigilo, porque podían perjudicarse, en otro caso, las diligencias en marcha, tal conducta puede calificarse de irregular, ilegal, inclusive merecedora de reproche, más de ningún modo incardinable en la injusticia de la prevaricación, ni en el sentido objetivo, por no ser clamorosa, irracional o esperpéntica y tener un fundamento objetivo, ni en el aspecto subjetivo, porque el acusado estimaba actuar con razón y con justicia al acordarla y ello se patentiza en que la decreta ante el informe policial y lo alza tan pronto los funcionarios le indican su innecesidad.

Por ello, si el Sr. Gómez de Liaño reputó equivocada la resolución del superior y preciso, a la vista del informe previo policial realizado por fax que ello podría perturbar las diligencias, tal conducta no puede nunca motejarse de prevaricadora.

II. Auto de 28 de febrero de 1997, por el que se ordenó que Don Jesús Polanco Gutiérrez y otros no podían- salir del territorio nacional, sin autorización del Juzgado y que fue ratificado por el auto de 26 de junio de 1997.

Se dice en el correlativo apartado de la sentencia que tal resolución fue dictada por el Instructor tres días después que el auto incoatorio del procedimiento y que tal auto es el que admite la querrela del Sr. Sáinz Moreno y se añade que éste carecía de habilitación profesional y no se le impuso fianza. Con la misma fecha se dictó otro auto que ordenó el registro y recogida de libros de la Auditoría de Arthur Andersen.

Se expresa también, con el mismo carácter de dato fáctico, en la sentencia, que el Fiscal solicitó el mantenimiento de la medida, sin expresar fundamento alguno.

Más tarde, en auto de 13 de marzo de 1997 se desestimó el recurso de reforma contra la referida resolución de 28 de febrero de 1997, sosteniendo en el auto que "no obsta a la adopción de la medida que la ley estricta no la contemple con detalle", pues constituye únicamente "una carga procesal y una cautela instrumental que tiende a posibilitar la presencia de los imputados en el proceso".

Algo después, el 4 de abril de 1997 solicitaron autorización para salir del territorio español, los Sres. Polanco y Rodríguez Gil, denegándose por el Juez, "en la alta probabilidad de que en las fechas que se anuncian... están a punto de ser citados para prestar -"declaración como imputados".

El Sr. Rodríguez Gil solicitaba ausentarse entre el 27 de abril y el 2 de mayo de 1997, acordándose recibirle declaración como imputado el 6 de abril sin fecha fija y no declarando el Sr. Polanco hasta el 23 de junio. El Fiscal interpuso recurso de reforma, no contra la medida, sino contra el acuerdo denegatorio de autorización de salida, estimando desproporcionada la medida. En cualquier caso, el 21 de abril de 1997 se autoriza el viaje al extranjero de dichos imputados.

El acusado emitió el preceptivo informe a la Audiencia en el recurso de queja interpuesto contra tal medida y el 7 de mayo de 1997 la Audiencia Nacional estimó dicho recurso y lo juzgó arbitrario e infractor del art. 9,3 de la Constitución Española. Este Magistrado que ha recogido aquí tales datos fácticos que se expresan en el correlativo de la sentencia, tiene que aportar otros que reputa de igual interés para la objetiva comprobación de las conductas **sub iudice**.

En primer lugar, que a lo largo de este **iter** procesal, que no fue prolongado, ya que el Sr. Gómez de Liaño fue retirado de su cometido en virtud de una recusación, en concreto el 7 de julio de 1997 y los dos Magistrados que sucesivamente continuaron en las Diligencias Previas, como encargados de la instrucción de la causa, no modificaron medida cautelar alguna. El primero, autorizó el 31 de julio de tal año al Sr. Polanco para desplazarse al Salzburgo. No entiende este voto particular cómo puede sostenerse, que no se pronuncia sobre la licitud de tal medida cuando autoriza a dicha salida del territorio español, o sostener que no se estimaba competente, si deja en suspenso las presentaciones quincenales que tenía que realizar los días 1 y 15 de agosto y 1º de septiembre de 1997, pero con la obligación de reanudarlos después. Tal sucesor en la instrucción mientras lo fue se consideró competente para la instrucción de la causa y cumplía conscientemente tal cometido, ya que no se limitó a conceder un permiso de modo rutinario o automático, sino que advirtió en su resolución que el Sr. Polanco debería "comunicar cualquier cambio de domicilio distinto del indicado en el escrito presentado". No puede sostenerse por ello como se hace en la sentencia de la que disiento, ni siquiera argumentativamente, que no se estimaba competente, o sea que era un mero "interino" (valga la expresión) cuando desestima el recurso de reforma interpuesto contra el auto de 26 de junio de 1997, que ratificó esta medida.

Aún discrepo más de mis compañeros de Tribunal, cuando éstos, a mediados de octubre de 1999, afirman que la causa de Sogecable no se cerró en falso, sino que se abrió en falso.

Cierto que no juzgamos aquí a los componentes de su consejo de Administración, que a más de no ser imputados sino acusadores algunos en esta causa tienen a su favor un auto de archivo que significa **res indicata**, pero ello no autoriza a retrotraer con estilo maniqueo tal atipicidad, posteriormente declarada para trocar en perverso y malvado al Juez de instrucción de dicha causa y partir de tal presupuesto como la luz única bajo la que deben examinarse las resoluciones del acusado, motejadas de prevaricadoras y aún otras.

Porque lo real, cierto y que nadie ha podido siquiera cuestionar es que la denuncia del director de "Epoca", en cuanto a la veracidad de los hechos relatados, que es lo único exigible a cualquier persona lega en derecho, no era falsa y se fue además confirmando en el transcurso de la investigación. No sólo el Juez, sino el Fiscal y las plurales acusaciones instaban a que se investigase hasta las últimas consecuencias. Mas no sólo las iniciales pericias y documentos adveraban la denuncia, sino la propia conducta procesal de los propios imputados que en su primer escrito de defensa acepta la comisión de

20.000 faltas de apropiación indebida, con lo que reconoce, al menos, una pluralidad numerosa de infracciones penales leves y poco después presenta en la causa la certificación de un reciente seguro de caución...

Aún aceptando una altruista actuación en favor de los abonados, generosa y garantizadora de la seguridad de los fondos entregados en depósito por los abonados, señala indicios. Si de los propios documentos y papeles ocupados en Arthur Andersen, se deducía que Canal Plus S.A. se financiaba con los recursos de los abonados y tales sumas de depósito no figuraban en el pasivo de la sociedad y no se declaraban a hacienda, existían motivos suficientes para averiguar la ubicación de la cifra respetable de veintitrés mil millones, que no estaban donde debían estar. Por ello no puede juzgarse arbitraria la apertura del procedimiento de Diligencias Previas. Los hechos presentaban **prima facie** apariencia y sospecha delictiva que no sólo justificaban la investigación y completa averiguación de los hechos, sino que le hacían obligada.

La Fiscalía General del Estado, que tuvo conocimiento de la causa que se instruía e incluso determinó la formación de un borrador para el régimen interno, nunca dijo que se debía archivar la causa, ni que los hechos no fueran delictivos.

Por ello tiene que partirse necesariamente de que resultaba obligada la incoación de la causa abierta por denuncia. En cuanto a la anómala personación del Sr. Sáinz Moreno, no puede suponer nunca un mero indicio de prevaricación y los defectos eran de fácil subsanación, tanto respecto a la habilitación colegial otorgada por el limo. Sr. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid para asuntos propios, que no alcanzaba a la acusación popular, como la no exigencia de fianza. Pero tales defectos, puramente formales, no implican por sí, ni pueden inducir ya la prevaricación **ad futurum** y mucho más si se tiene en cuenta que en tal resolución se acumularon materias procesales heterogéneas, como la referente a la admisión de la querrela y la medida de precisar permiso para abandonar el territorio español.

Tampoco puede olvidarse que dicha medida fue apoyada por el Fiscal, tras acordarse, disintiendo tan sólo en una concreta aplicación de la misma.

Para reproducir en tal resolución la injusticia prevaricadora se destaca, que el Juez conocía y sabía que no había una habilitación legal cuando no existieran razones para decretar la detención en los términos de los arts. 486 y sigts. de la LECrim. Precisamente, el citado precepto de la ley procesal señala y marca el carácter excepcional de la detención (y prisión) y que dicha medida cautelar no procede, sin antes prestar declaración y todo ello con citación, conforme a lo previsto en los artículos 166 y sigts. y en congruencia con el ejercicio de; derecho de defensa que consagra el artículo 24 de la Constitución y el art. 118 de la Ley Procesal Penal. Lo que expresa el precepto es que lo normal debe ser oír al sospechoso, sin previa detención (o prisión). La detención (y prisión) constituyen la mayor restricción de la libertad que se puede sufrir en una causa criminal y debe estar limitada siempre en su aplicación. Mas ello nada tiene que ver con la exigencia de que el imputado esté siempre a disposición del Juez o Tribunal de la causa, lo que no empece a su libertad, o sea a no decretar detención (o prisión), pero tratándose de salidas al extranjero puede dilatar y alterar la normal línea investigadora de la instrucción.

Se trataba de una causa compleja, con intervención de dos sociedades y trasvases de fondos de una a otra entidad social y por ello ahora se pregunta este Magistrado: "¿Es tan contrario a la Ley que a un

imputado -precisamente al Presidente del Consejo de Administración de ambos entes sociales- no se le permita salir al extranjero sin autorización del Juez Instructor de la causa?"

Resulta normal en un proceso con toda clase de garantías, que el imputado se encuentre a disposición del Juez o Tribunal y las eventuales salidas al extranjero se controlen, a la vista de las circunstancias procesales de la causa, porque en otro caso, podrían retrasar, entorpecer, dilatar y hasta dificultar u obstruir la investigación que comenzaba.

Tal medida no restringía la libertad ambulatoria y de libre circulación dentro del territorio nacional, ni tampoco fuera, siempre que no perjudicase la tramitación de la causa a que estaba sometido como imputado.

Finalmente, ello no impidió las diversas salidas que el citado Sr. Polanco realizó, bajo la instrucción de la causa, tanto a cargo del acusado, como del Magistrado que le sucedió tras su recusación.

Se pregunta la sentencia en qué se apoya la medida y se contesta que en la potestad del Juez y se acuerda cuando no existían implicaciones en la causa. Respecto de lo primero, debe señalarse que si la Ley permite al Juez, dentro de unos determinados parámetros, acordar las mayores restricciones de la libertad individual -detención y prisión- del imputado, con mayor razón debe permitir la restricción mínima y que se deduce de la propia esencia de la relación procesal, que requiere que el imputado -en libertad o no- se encuentre siempre a disposición del Juzgado o Tribunal. No se trataba además en este caso de un delito concreto e imputable a determinada persona, sino de trasvases societarios y otras anomalías entre dos entes sociales y con los mismos socios que presentaban vehementes sospechas de delito y precisaban de su urgente investigación.

Si como sostiene el acuerdo mayoritario de la sentencia, tal medida no tenía otro apoyo que la voluntad del acusado, ¿Cómo pudieron mantenerla los otros Jueces de la causa?

El Juez autorizó la salida del Sr. Polanco por proveído de 21 de abril de 1997 y tan sólo exigía -tanto a él como a los demás imputados- que antes de su marcha, facilitasen los medios para ser localizados, si fuera preciso por las necesidades del proceso.

Pretender que debieran ser oídos nada más decretarse la medida, a mas de no ser posible, por tratarse de varios imputados e irse realizando sucesivamente en fechas diversas, implica olvidar que la imputación no era puramente personal, sino como directivos de entes sociales y de complejas actividades económicas, que aún distan de aparecer claras incluso en el ámbito de Derecho fiscal. En resumen, que este voto particular estima que el acuerdo del Instructor no vulneró ni el art. 19 de la Carta Magna, ni tampoco el art. 486 de la LECrim. y menos aún puede estimarse prevaricador como injusto y dotado de malicia.

III.- Auto de 26 de junio de 1997, que decretó la libertad provisional con fianza de doscientos millones de pesetas del querellado e imputado, Don Jesús de Polanco Gutiérrez.-

1. Tras haber recibido declaración como imputado a Don Jesús Polanco Gutiérrez, concluido el interrogatorio que duró los días 20 y 23 de junio de 1997, se celebró la comparecencia de los artículos 504 bis 2 y 539 de la LECrim. informando las partes asistentes. El Ministerio Fiscal no solicitó ninguna medida de carácter personal para dicho imputado, si bien añadió que en congruencia con el auto dictado el 10 de mayo para Don José Antonio Rodríguez Gil, y con el fin de que se hallare a disposición del Juzgado de forma permanente, debían adoptarse medidas cautelares no personales. El letrado, Sr.

Franco Utegui pidió la prisión incondicional del imputado y para cubrir las responsabilidades civiles fianza de veinticinco mil millones de pesetas. El abogado, Sr. Garrido López también postuló prisión incondicional y el letrado, Sr. Murillo, a cuya petición se adhirió el Sr. Corzo López, solicitó se decretase la prisión provisional eludible con fianza de mil millones de pesetas, pidiendo la misma medida el letrado, Sr. Rojas Lozano. Tan sólo el abogado, Sr. Stampa Braum pidió que el Instructor acordara las medidas más convenientes, no haciendo manifestación alguna al respecto la letrada, Doña Ríta Langarela.

Por su parte, todos los defensores se opusieron a que se acordase cualquier medida.

La posición del Fiscal, al ser requerido por el Instructor que aclarara su punto de vista, añadió que "la fianza es una medida cautelar no personal" y en comparecencia añadió que no había transcrito la orden del Excmo. Sr. Fiscal General del Estado. Por proveído del Juez de 24 de junio de 1997 se requirió al Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional para informe, manifestando éste su remisión a lo señalado por el Fiscal en la causa de que no era procedente la adopción de ningún tipo de medida cautelar de carácter personal.

El día 26 de junio de 1997 dictó el Instructor auto que decretó "la libertad provisional con fianza de doscientos millones de pesetas". del Sr. Polanco, "quien deberá comparecer los días uno y quince de cada mes y cuantas veces fuera llamado". Ratificaba asimismo una medida anterior (acordada en auto de 28 de febrero de 1997, aunque no se hacía referencia a tal anterior resolución, ni en el apartado 7 **in fine** de los Fundamentos Jurídicos, ni en la Parte Dispositiva de la Resolución).

Desde luego en sus motivaciones jurídicas el Juez descarta la prisión incondicional, rechaza la alarma social y que el imputado tenga decidido huir y eludir el proceso y por ello estima bastante imponer al imputado "una fianza que garantice su libertad provisional y señalar otras cautelas complementarias no excesivamente rígidas".

El Fiscal -ya apartado por la recusación, de la causa el Sr. Gómez de Liaño, en concreto el 21 de julio de 1997- compareció, manifestando que no era preciso mantener las presentaciones periódicas del acusado y de los demás querellados, ni la solicitud de autorizar para abandonar temporalmente el territorio español. Pese a que once días después de dictar el referido auto, cesó el Sr. Gómez de Liaño como Instructor de la causa, dichas medidas fueron mantenidas por los Jueces que intervinieron en ella hasta el 19 de febrero de 1998.

Así si el primer Magistrado que sucedió al acusado, el 31 de julio de 1997 autorizó al Sr. Polanco viajar fuera de España los días 10 al 20 de agosto, dejando en suspenso tres presentaciones periódicas -las dos de agosto y la primera de septiembre- señalaba su reanudación el 15 de septiembre de 1997 y con obligación de comunicar cualquier cambio de domicilio.

El otro Instructor desestimó incluso un recurso de reforma contra el referido auto de 26 de junio de 1997, manteniendo en su totalidad todos sus pronunciamientos.

2. Tampoco es preciso señalar si la libertad con fianza es o no medida cautelar de carácter personal. Ciertamente que en cuanto garantiza la libertad de la persona es una cautela de tipo personal, pero en cuanto que afecte en su ejecución a una prestación de tipo pecuniario, pudiera aparecer como real. En todo caso, tal cuestión es irrelevante a estos efectos y más importante es destacar que entre los medios sustitutivos de eludir la prisión en la LECrim. figura la libertad bajo fianza que no puede calcarse sin más en la prisión eludible por fianza como cara y cruz de la misma moneda, porque para decretar la prisión

provisional se exige que la pena conminada en la ley al delito sea superior a la de prisión menor, pero si se decretara para delito que esté sancionado con pena inferior a la citada, puede el Juez dejarla sin efecto o "acordar la libertad del inculpado con o sin fianza" (art. 503,2 de la LECrim.). Igualmente se establece para los supuestos de carencia de antecedentes penales y presunción de que no se pretende por el imputado eludir la acción de la justicia y se trate de delito que no produzca alarma (art. 504,2). Finalmente, se permite decretar la libertad provisional de quien se halla en situación de libertad y también agravar las condiciones de la libertad acordada. (art. 539,3).

Se magnifica en la resolución discrepada por mí, que ante la no concurrencia de circunstancias de elusión de la justicia, por la edad, arraigo familiar, profesional y social y otros datos sobre el patrimonio del imputado, la fianza impuesta carecía de sentido. No puedo conformarme con tal argumento ya que tales requisitos son los que desaconsejan, según la Ley, la prisión incondicional, pero no la libertad con fianza. Precisamente en el auto cuestionado se razona al efecto para imponer tales medidas sustitutivas.

Asimismo, se destaca en la sentencia la arbitrariedad de tal medida, por no darse los presupuestos procesales para su imposición y ser notoriamente desproporcionada. Con relación al primer punto, me remito a lo antes expresado al respecto. En relación a su exageración cuantitativa, he de decir que es notorio conocer por recursos en esta Sala y por los mismos medios de comunicación fianzas notoriamente superiores cien veces y más a la señalada. En el contexto económico del imputado y en el mismo ámbito de la Audiencia Nacional no resultaba llamativa. La supuesta desproporción debe medirse por la capacidad económica del imputado a quien se señala y debe tenerse en cuenta al respecto lo que la vieja ley de Partidas indicaba respecto a las penas pecuniarias, que se debe poner menos fianza al pobre que al rico y "esto porque manden cosa que pueda ser cumplida" (Partida VII, Tit. XXXI, Ley VIII) y que fue cumplida resulta evidente e igualmente, que nunca se solicitó rebaja o reducción de su cuantía.

Se destaca también en la sentencia y con referencia al carácter delictivo de los hechos afirmado por el Juez, pretendiendo con ello acreditar su mala fe y su decisión "a sabiendas" en que su resolución no hizo referencia alguna a ningún damnificado que devolviendo su codificador a Canal Plus o Sogecable, se le hubiera negado o no devuelto el depósito constituido. Como el Juez operaba en una investigación en marcha en que no constaba tal extremo, ni en sentido positivo, ni el negativo, no recogía nada al respecto, pero también hubiera podido añadir puesto en tal tesitura, que había depositantes, pocos pero varios, que ejercitaban la acusación particular.

Luego, siguiendo por el mismo camino, se pretende afirmar que el Juez no ignoraba que el desdoblamiento de las sociedades era transitorio. Creo sinceramente que poniéndome en el lugar del Instructor en tal momento y **rebus sic stantibus**, yo no me atrevería a afirmarlo con rotundidad y certeza y, por otra parte, la transitoriedad de tales operaciones societarias, no las despoja de sospecha de fraude y de cualquiera de los delitos por los que se abrió la causa. Se añade igualmente en la sentencia que las irregularidades contables -vocablo neutro que, cual caja de Pandora pudiera encerrar muchas sorpresas- se subsanaron con la fusión. Para resolver tal pregunta hubiera sido preciso que un Tribunal oyese a unos y otros peritos con intermediación y con preguntas al efecto y a la vista de la contabilidad llegar a un

juicio exacto. Lo vuelvo a repetir, una vez más y cuantas sean precisas, no se puede proyectar ahora los efectos del archivo de una causa en **iter** de pura instrucción e incompleta a todas luces, pero en el examen de unos hechos con vehementes sospechas de criminalidad para demonizar al Juez de Instrucción de su decisión de acordar determinadas medidas. Siguiendo tal línea argumentativa se recoge la manifestación de los Técnicos de Hacienda que negaron hubiera perjuicio para los titulares de los depósitos, pero ellos afirman igualmente que las cuentas no reflejan la imagen fiel de la sociedad.

Estimo que el tema es mucho más complejo y no puede despacharse con unas afirmaciones parciales de un solo dictamen. La situación estaba cargada de relativismo en las apreciaciones y tal ocurre con relación a la liquidez suficiente. Mas tales peritos no explicitan si se refieren a las condiciones normales de funcionamiento de la sociedad o si eran normales en tal anómalo trasvase social de un ente a otro.

El Juez no se ha alejado sustancialmente de tal dictamen, que por otra parte no es único en la causa, los hechos presentaban entonces, en el momento de dictar la resolución que se reputa prevaricadora, apariencia" delictiva y no puede pretenderse ahora retroactivamente, que el Instructor calificara los complejos datos de la investigación como una sentencia del Tribunal Supremo o como el exquisito trabajo de técnica jurídica de un profesor universitario.

Los hechos descritos por el Juez en su resolución, los de la original denuncia, que nunca se acreditó que fuese falsa y las deducibles de los diversos informes periciales, presentaban todos una **facies** delictiva.

La medida acordada no puede reputarse por ello, ni injusta en el sentido de la doctrina jurisprudencial de este Tribunal, en cuanto no es irracional, ni esperpéntica, ni supone una injusticia clamorosa y por ello no puede generar la tipicidad de la prevaricación y ello se patentiza, además, en que no fue reformada por ninguno de los Instructores que sucedieron al acusado en su cometido en la causa.

Concluyendo, frente a la afirmación de las acusaciones de que el acusado conocía cuando dictó el auto de 26 de junio de 1997, que los hechos por él investigados no eran constitutivos de delito alguno y su intención era tan sólo la de perjudicar al Sr. Polanco, hay que proclamar que tal tesis no tiene apoyo alguno. No hay prueba ninguna, ni directa, ni indiciaria de la enemistad a la sazón -hoy probablemente sí existiría al haber sido el Sr. Gómez de Liaño objeto de una querrela determinante de esta causa y mantenida por tres prestigiosos Letrados-. Las vagas y esporádicas referencias a la supuesta conspiración no encuentran apoyo, sino en calenturientas imaginaciones o en torpes designios de perjudicar al acusado. La realidad pura y objetiva es que no existe prueba alguna de que ello existe. Y si ello es así, no resulta concebible tal **animus nocendi** en el acusado y menos aún favorecer a un desconocido contrario en el campo de los negocios de televisión.

Por otra parte es preciso partir de un dato incuestionable y es, que el referido auto se dicta en una etapa instructora, que se ha calificado por la doctrina científica de preprocesal, constituida por unas Diligencias Previas y a pesar de ello en la referida resolución realiza el acusado un minucioso análisis, inusual en

esta clase de resoluciones, tanto en relación a los hechos tal como aparecían se mostraban en dicho momento. La fenomenología de tales datos fácticos ofrecía notas de gravedad, por su trascendencia y sus eventuales consecuencias y ello había sido reconocido por el Excmo. Sr. Fiscal General del Estado y por ello no puede sostenerse razonablemente que no se cumplieron por el acusado las exigencias legales prescritas en el art. 503 de la LECrim. y ello, sin contar que tal auto contó con el apoyo del Fiscal de la causa.

Pero incluso desde una perspectiva **ad extra**, dicha resolución cuestionada por las acusaciones particular y popular y por el voto mayoritario de mis compañeros, proclama y patentiza la ausencia de cualquier actuación prevaricadora. Tales medidas no se modificaron y la **Sala ad quem**, conociendo de un recurso, dejaba en libertad de criterio sobre su mantenimiento al Instructor que en tal momento estaba encargado de la causa. Así, pese a que el acusado cesó como Instructor de la misma once días más tarde del 26 de junio de 1997 -fecha del auto que me ocupa- tales acuerdos fueron mantenidos hasta el 19 de febrero de 1998. Si dichas resoluciones cuestionadas y reputadas de prevaricadoras hubieran supuesto una flagrante injusticia, si hubieran proclamado por sí mismas y a todas luces una conducta prevaricadora, totalmente arbitraria y carente de apoyo normativo alguno, se hubieran dictado motivadas por la venganza o la finalidad de perjudicar a una o varias personas, necesariamente se hubieran detectado tales injusticias y se hubieran cambiado y dejado sin efecto.

Se intenta argumentar en la interinidad de los sucesores, cuando no es tal y cada uno era el responsable y encargado de las referidas diligencias. Pero lo cierto, lo real es que el primero en su orden cronológico de actuación el 31 de julio de 1997, autoriza un viaje del Sr. Polanco al extranjero y el otro, desestima un recurso de reforma contra el referido auto de 26 de junio de 1997. ¿Es convincente que un no competente conozca de un recurso de reforma contra tal auto y lo desestime y además no se percate de su ilegalidad?

Por otra parte, tales medidas pervivieron, como ha quedado expuesto, hasta el 19 de febrero de 1998, en que fueron dejadas sin efecto, al admitir la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, un recurso contra la referida resolución. La revocación tan tardía del superior funcional del Instructor no puede hacer sospechoso de prevaricación el auto de 26 de junio de 1997. Si hubiera encontrado dicho superior, no sólo evidencia de conducta prevaricadora en el órgano **a quo**, o simplemente indicios de ello, hubiera tenido lógicamente que haber procedido en consecuencia y nada de ello ocurrió. El Tribunal **ad quem** pudo cuestionar, y así lo hizo en diversas ocasiones, el acierto del hoy acusado, pero nunca jamás reputó su conducta prevaricadora.

Como resumen, quisiera expresar este Magistrado en esta su última sentencia que, como miembro activo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, dicta y ello debido a su jubilación forzosa, que si en conciencia estimara culpable al acusado, como dijo el Rey Prudente, él mismo llevaría la leña al fuego. Tengo la convicción de la inocencia del Sr. Gómez de Liaño, respecto a los delitos que se le imputan, le juzgo empecinado, en terminología del Excmo. Sr. Fiscal de la causa, convencido de estar en posesión

de la verdad, pudiendo aparecer como iluminado, pero honesto en el auténtico sentido anglosajón de esta palabra.

También me siento totalmente acorde con lo expuesto por el Excmo. Sr. Fiscal de Sala en su informe en el acto de la vista de este juicio, relativo a que se ha pretendido a ultranza deslegitimar el caso Sogecable y ello no es de recibo. Existió una apariencia, una vehemente sospecha de diversos delitos y si concluyó, tras una inaudita recusación del Instructor, con una lenta desactivación y consunción para lograr el archivo total, lo que empece a que pueda reabrirse de nuevo la causa, ello no permite trasplantar sin más esta situación actual a los primeros momentos de la actividad procesal, tras la denuncia. Había que investigar, existía la obligación de averiguar la realidad de los hechos denunciados y sus implicaciones punibles. Las resoluciones de acusado que ahora se enjuician, se califican como sinrazón y como genuina conducta prevaricadora, determinadas por afán de vindicta, sin apoyo probatorio alguno, pero la situación se desquicia aún más por alguna acusación cuando se pretende apoyar en un anómalo testimonio para sostener que todo obedece a una conjura o conspiración para la persecución de enemigos políticos. Lógicamente mis compañeros de Tribunal no han seguido tal tesis, que con claridad sólo se deduce de la acusación popular. Lo real, lo objetivo, lo acreditado, lo que consta de la causa y resulta comprensible para todos es que el acusado ha podido ser vehemente en su cometido, incluso carente de la necesaria autocrítica, pero que, ni ha dictado resoluciones chirriantes en sí mismas, ni en su intención perseguía otro fin torticero o prevaricador. No se encuentra en tales autos la patente y manifiesta injusticia que se precisa que concurra en su aspecto objetivo para poder alcanzar la tipicidad del art. 456. Tampoco aflora de los datos fácticos destilados por la prueba la voluntad del imputado de perseguir o pretender torcidos designios, antes al contrario, puede que no su acierto, pero sí su buena fe y creencia de obrar rectamente se proclaman y ponen en evidencia en datos tales, como el oír al Fiscal sobre si la Sección de la Sala de lo Pena, su superior funcionaria, había prevaricado en su resolución revocatoria. Ello demuestra la veracidad de su creencia de actuar rectamente. Tal conducta, censurable sin duda, aparece irrelevante en un Derecho Pena del hecho y no del autor y demuestra, una vez más, que la mera ilegalidad no puede motejarse de prevaricadora cuando no alcanza la entidad que la doctrina jurisprudencia exige para ello y cuando el propio sujeto estima justas y correctas sus resoluciones.

Tiene este Magistrado, en seguimiento del viejo consejo latino de "**respice finem**" de mirar y atender al fin de nuestros actos y de nuestra conducta, que el cambio interpretativo que de la tipicidad prevaricadora realizan mis compañeros de Tribunal pueda tener peligrosas consecuencias, no sólo con relación al acusado, sino en general. En cuanto a lo primero, ya ha quedado expuesta la tradicional, centenaria, constante y sin fisuras doctrina del Tribunal Supremo (Sala II). Juzgo que se han apartado de tal doctrina para el enjuiciamiento de este supuesto y ello lo manifiesto con todo afecto y respeto hacia mis colegas de Tribunal. Están equivocados por la interpretación de la jurisprudencia que realizan. Pero juzgo que las consecuencias para la función judicial van a ser trascendentes. Esta vieja doctrina pretendía en su **ratio** y madurez, proteger la importante función de juzgar y de instruir y liberarla de temores nocivos y de celos enervantes de su fundamental cometido. Ya ha existido un primer paso, la

supresión del Antejudio, derogado por la Ley Orgánica de 2 de mayo de 1995, del Tribunal de Jurado. Esta resolución, al proceder de quien dimana, la Sala Penal del propio Tribunal Supremo, puede constituir el siguiente. Ya se ha puesto de relieve por los Tribunales Superiores de Justicia la abusiva e indebida utilización de querellas contra Jueces y Magistrados. El propio auto de esta Sala Segunda de 20 de diciembre de 1995 lamenta la frecuente presentación de querellas y denuncias de toda índole, incluso por personas no afectadas por los supuestos hechos delictivos que describen, contra personas aforadas y entre ellos desde Magistrados del Tribunal Constitucional, Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia y en el mismo sentido se manifiestan los autos de 12 de junio de 1995 y 30 de septiembre de 1996. Ello propiciará la utilización torticera del proceso penal, tanto para apartar al Juez no cómodo del asunto y prefabricando así una causa de recusación o como venganza y represalia de resoluciones no favorables. Otro tanto ocurre en la Sala del art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero si se cuarteja la clara doctrina jurisprudencial las consecuencias resultarán fatales para la justicia.