



Roj: **ATSJ M 156/2023 - ECLI:ES:TSJM:2023:156A**

Id Cendoj: **28079310012023200151**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/09/2023**

Nº de Recurso: **408/2023**

Nº de Resolución: **177/2023**

Procedimiento: **Diligencias previas**

Ponente: **FRANCISCO JOSE GOYENA SALGADO**

Tipo de Resolución: **Auto**

### **Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31053850

NIG: 28.079.00.1-2023/0207474

**Procedimiento:** Diligencias previas 408/2023 (43/2023)

**Materia:** Prevaricación judicial

**Querellante:** D./Dña. Inocencio

PROCURADOR D./Dña. FEDERICO GORDO ROMERO

**Querellado:** D./Dña. Jacinto

**A U T O N° 177/2023**

**EXCMO. SR. PRESIDENTE:**

D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

D. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO

D. DAVID SUÁREZ LEOZ

En Madrid, a veintisiete de septiembre de dos mil veintitrés.

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO.**

**PRIMERO.-** Con fecha 22 de junio de 2023 tuvo entrada en el Registro General de esta Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, escrito formulado por el procurador D. FEDERICO GORDO ROMERO, en nombre y representación de D. Inocencio, asistido por el letrado D. ANTONIO CATALÁ POLO por el que se interpone QUERRELLA frente al Ilmo. Sr. Magistrado D. Jacinto, titular del Juzgado de Instrucción nº 41 de Madrid, con base en los hechos que relata en dicho escrito.

**SEGUNDO.-** Por diligencia de ordenación de fecha 22 de junio de 2023, se incoaron las presentes Diligencias Previas, a los efectos de su registro, con el nº 408/2023 (43/2023), requiriendo al querellante para que aportara poder especial para plantear la presente querrella.

Subsanado el trámite, por diligencia de ordenación de fecha 28 de junio de 2023, se acordó dar traslado al Ministerio Fiscal para informe sobre la competencia para el conocimiento de la querrella, así como sobre la naturaleza penal de los hechos relacionados con ella.



**TERCERO.-** Por el Ministerio Fiscal se emitió informe, con base en las consideraciones que estimó pertinentes e interesando la procedencia de la inadmisión de la querella presentada por razones de fondo, dado que no existe indicio alguno de que las concretas actuaciones del magistrado querellado, sean constitutivos del delito de prevaricación denunciado o de otro tipo de delito.

**CUARTO.-** Cumplimentado el anterior trámite quedaron las actuaciones para deliberación y resolución por la Sala.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO, que expresa el parecer de la Sala.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

**PRIMERO.-** Las presentes diligencias previas se incoan, a los efectos de su registro, en virtud del escrito de querella, formulado por el procurador D. FEDERICO GORDO ROMERO, en nombre y representación de D. Inocencio , frente al querellado D. Jacinto , titular del Juzgado de Instrucción nº 41 de Madrid, imputándole unos hechos, que califica de tres presuntos delitos de prevaricación, en su modalidad de retardo malicioso, previsto en el art. 499 CP.

**SEGUNDO.-** Debe recordarse, como señalan las SSTs. 11/1985, 191/1992, 111/1995 o la STC. de 22 de julio de 1997, que, conforme a reiterada jurisprudencia, el querellante, al igual que el denunciante, "no tiene derecho más que a una respuesta judicial razonada que bien puede ser el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o, incluso, la inadmisión de la querella presentada."

Así tiene declarado la STC. 232/1998, de 1 de diciembre que: "...la tutela judicial efectiva se satisface plenamente cuando se inadmite la acción interpuesta mediante una resolución razonada y fundada en derecho."

Igualmente, en este sentido las SSTC. 106/2011, de 20 de junio y 34/2008, de 25 de febrero.

Como indica el Auto del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2010: "La presentación de la querella no conduce de manera forzosa a la incoación de un procedimiento penal. Para ello es preciso una inicial valoración jurídica de la misma, estableciendo en tal sentido el artículo 312 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que la querella deberá admitirse "si fuere procedente", y el artículo 313 que "habrá de desestimarse cuando los hechos en que se funde no constituyan delito". Valoración inicial que debe hacerse en función de los términos de la querella de manera que si éstos, como vienen formulados o afirmados, no son delictivos, procederá su inadmisión por resolución motivada. Solo si los hechos alegados, en su concreta formulación, llenan las exigencias de algún tipo penal debe admitirse la querella sin perjuicio de las decisiones que posteriormente proceden en función de lo que resulte de las diligencias practicadas en el procedimiento." En igual sentido ATS. De 11 de noviembre de 2000, 26 de mayo de 2009 y 11 de octubre de 2013, citando los ATS. De 16 de noviembre de 2009 y de 4 de octubre de 2010

Por su parte el Tribunal Constitucional, en sentencia 138/1997, de 22 de julio, tiene declarado que debe distinguirse entre aquellos supuestos en los que la resolución judicial no excluya "ab initio" en los hechos denunciados las notas características de lo delictivo y aquellos otros en que sí los excluya. En el primer caso existe un "ius ut procedatur" conforme al cual deben practicarse las actuaciones necesarias de investigación. No así por el contrario en aquellos casos en los que el órgano judicial entiende razonadamente que la conducta o los hechos imputados, suficientemente descritos en la querella, carecen de ilicitud penal. En este sentido también cabe citar la STC. 96/2001, de 2 de abril y ATS. De 26 de mayo de 2009.

La anterior doctrina, tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional, ha sido aplicada al presente trámite del análisis de la procedencia de la admisión o inadmisión de una querella por esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, entre otros, en Autos de fechas 1 de octubre de 2012, los nº 15 y 16 de 14 de enero de 2013, diciembre de 2018, 21 de junio de 2019, 28 de octubre de 2019, 8 y 18 de noviembre de 2019.

**TERCERO.-** El escrito de querella, con carácter preliminar enmarca los hechos que se ponen en nuestro conocimiento, en las Diligencias Previas 1545/2017, seguidas inicialmente en el Juzgado de Instrucción nº 41 de Madrid, tras ser repartido por el decanato con fecha 7 de julio de 2017, y que tiene su origen en la denuncia interpuesta por la Fiscalía Anticorrupción y la Criminal Organizada, ante la Audiencia Nacional, en concreto en el Decanato de los Juzgados Centrales de Instrucción, relativa, esencialmente, a Amalia , a partir, entre otros, de los datos suministrados por las autoridades portuguesas en la Comisión Rogatoria Internacional recibida en esta Fiscalía en fecha 2 de enero de 2017.



La solicitud de auxilio judicial por parte del Departamento de Investigación y Acción Penal de Lisboa del Ministerio Público de Portugal (mediante escrito de 16 de diciembre de 2016), lo era con relación al procedimiento penal seguido por el delito de corrupción y blanqueo de capitales.

Posteriormente, se acumularon otras Diligencias Previas (nº 839/2018), tramitadas en el Juzgado de Instrucción nº 27, de los de Madrid, que recibió las actuaciones inhibidas por el Juzgado Central de Instrucción nº 3 (D. P. nº 38/2017), que conocía de una querrela presentada por la mercantil "PETRÓLEOS DE VENEZUELA, S. A." frente, entre otros querrellados, al ahora querellante Sr. Inocencio .

En el ínterin, hasta que se dicta Auto de Inhibición de 21 de junio de 2019 a favor del Juzgado Decano de los Juzgados Centrales de Instrucción, aceptada por Auto de 3 de octubre de 2019, del Juzgado Central de Instrucción nº 3, por el querellante se imputan al Magistrado querellado, las siguientes actuaciones, que como indicábamos, califica de tres delitos de prevaricación, en su modalidad de retardo malicioso, fruto de la voluntad consciente de perjudicar al querellante:

1º. El querellado dictó auto de fecha 20 de mayo de 2019, acordando la prisión provisional sin fianza del Sr. Inocencio .

Dicho auto fue objeto de recurso de reforma y subsidiario de apelación por parte del querellante.

Formalizado el recurso de apelación mediante escrito de esta parte el 12-6-2019, fue admitido a trámite mediante providencia de 13-6-2019.

Sin embargo, por el querellado no se dio trámite al recurso hasta el 2-7-2019, incumpliendo el plazo de 7 días en que debían haberse elevado las actuaciones.

(Doc. 6,13 a 17).

2º. Con fecha 10 de julio de 2019, la Audiencia estimó parcialmente el recurso de esta parte, revocando la medida de prisión incondicional y acordando la prisión eludible mediante fianza de 600.000 euros.

Visto lo desproporcionado del importe de la fianza, esta parte presentó escrito de 15-7-2019 ante el Juzgado de Instrucción nº 41, solicitando la reducción del importe de la fianza.

Por el Ministerio Fiscal se emitió informe el 23-7-2019 - con entrada en el Juzgado al día siguiente--.

El magistrado querellado, voluntaria y conscientemente, demoró dictar Auto resolviendo la petición durante 12 días. El auto se dictó el 5-8-2019.

(Doc. 6, 18 a 21)

3º. Por el Sr. Inocencio se interpuso con fecha 9 de agosto de 2019, recurso directo de apelación frente al Auto de 5 de agosto de 2019.

El querellado, pese a encontrarse el Sr. Inocencio privado de libertad, demoró un mes y ocho días la remisión a la Audiencia Provincial del recurso de apelación formulado, haciéndolo el 27-9-2019, mediante diligencia de ordenación.

Por la Audiencia se dictó Auto de fecha 26-9-2019, reduciendo la fianza a 90.000 euros.

(Doc. 20 a 26)

**CUARTO.-** En relación al delito de prevaricación, en la modalidad que abordamos, la STS. 20-1-2003 apuntaba: "Como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el art. 449 C.P. sanciona un tipo de prevaricación que ha sido calificado por la doctrina como "de recogida" respecto a las figuras prevaricadoras de los artículos 446 a 448 del Código. El tipo -añade- viene a completar la protección del derecho a la tutela judicial efectiva a través del correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional, bien jurídico protegido en la prevaricación judicial.

El elemento material al ilícito penal es el retardo en proveer lo que el desempeño del deber y el acatamiento de la ley exigen, y ese retardo bien puede ser consecuencia de una conducta meramente omisiva de dejar de resolver aquéllo a lo que el juez está obligado, o de una acción positiva, supeditando la obligada resolución al cumplimiento de trámites inútiles, o injustificados que provocan una dilación en la resolución que, sin aquellas trabas, no habría tenido lugar."

Como señala el ATS 24-10-2013, hay que diferenciar lo que puede ser el transcurso de un lapso de tiempo, como consecuencia de unas dilaciones indebidas, "de que se haya realizado la conducta descrita en el tipo penal, que exige la persecución de una finalidad ilegítima por parte del autor.

Para que se de este tipo de delito, se requiere acreditar la conducta dolosa (la malicia) por parte del juez.



Recientemente esta Sala ha tenido ocasión de examinar el tipo penal de referencia, en su ATSJM 145/2023, de 13 de julio, en los siguientes términos: "En cuanto al delito de retardo malicioso previsto en el artículo 449 del vigente Código penal, el auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2021 (ROJ: ATS 14690/2021) destaca la necesidad de que concurra un elemento subjetivo específico. En tal sentido expresa: "En la STS de 19 de octubre de 1995 se decía, en relación al Código Penal derogado, que "El tipo penal del artículo 357 párrafo segundo del Código Penal exige una específica maliciosidad en el retraso que debe ser imputado a una voluntaria y consciente decisión de sustraer un asunto de su curso natural, para retenerlo y apartarlo, con la intención de causar un perjuicio a los interesados en su tramitación y, al mismo tiempo, lesionar el buen funcionamiento y el crédito de la Administración de Justicia. La maliciosidad requiere la presencia de un propósito conocido y de una intención perversa que normalmente revela un interés personal y directo en apartar el asunto del trámite ordinario y general para ocultarlo y sustraerlo a toda posibilidad de control".

Y más adelante se precisaba que "El simple retraso no revela, por sí mismo, un ánimo malicioso".

Ya se precisaba entonces que no era suficiente con constatar la existencia de un retraso en la resolución por un lapso temporal apreciable, ni siquiera afirmando su carácter doloso, sino que era necesario algo más, que se precisa en el Código Penal vigente como la persecución de una finalidad ilegítima. En este sentido se decía en la STS de 20 de enero de 2003 que "Retardo malicioso", describe la figura típica, si bien, y a diferencia del art. 357 del Código de 1.973, el vigente 449 nos ofrece una interpretación auténtica de lo que el legislador entiende por tal expresión, pues de seguido, el precepto define el "retardo malicioso" como el provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima".

En el mismo sentido se pronunciaba esta Sala en la STS nº 1243/2009, de 20 de octubre, en la que se decía que "En el art. 449.1º CP se establece, acerca del componente subjetivo del delito, que el retardo sea malicioso, y de manera extremadamente auténtica, se interpreta que es malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima".

Así pues, el tipo exige la identificación de la finalidad perseguida con el retraso, y su calificación como ilegítima".

**QUINTO.-** Las tres conductas que imputa la querrela al Magistrado querrellado, para empezar revelan una mínima y no sustancial dilación en relación a los plazos para, en un caso, dar trámite a las concretas actuaciones: hecho 1º y 2º, o para dictar la resolución, en la que se demora 11 días, es decir 9 días sobre el plazo procesal previsto.

Como ya se apuntaba en el cuerpo de doctrina expuesto, el mero retardo, máxime la brevedad de los que se denuncian, no implica una conducta maliciosa en el juez.

No cabe imputar, por otro lado, dicha conducta prevaricadora a quien no tiene la competencia para dar el impulso procesal, y con ello nos referimos a los hechos 1º y 3º, pues éste corresponde al LAJ.

Únicamente cabría examinar el 2º hecho en relación al delito que se imputa, en cuanto que el dictado de la oportuna resolución (Auto) sí es competencia del magistrado querrellado.

Sin embargo y volviendo a insistir en que la breve dilación descartaría una finalidad maliciosa de perjudicar al querellante, lo cierto es que tampoco se observa de la fundamentación del Auto que se dicta, el que el magistrado querrellado persiga una ilegítima finalidad.

El Auto a que nos referimos establece: "La pretensión deducida por la representación del investigado Inocencio , ha de ser desestimada ya que la solicitud de reducción de la fianza impuesta, no solo no guarda relación con la gravedad o naturaleza de los hechos investigados, sino también con el riesgo de destruir o actuar sobre otros medios de prueba y, fundamentalmente, sobre la eliminación del riesgo de fuga.

Este riesgo de fuga ha sido evaluado por la Audiencia Provincial de Madrid al fijar la fianza y las consideraciones realizadas no se han visto modificadas."

La posible finalidad ilegítima de prolongar la situación en prisión del querellante, no se evidencia por el mero hecho de haberse dilatado el plazo para dictar el Auto en 9 días. Sin duda no es lo correcto, pero dicha irregularidad procesal, que puede tener respuesta en otras vías, no implica, ni mucho menos, considerar que haya existido una conducta dolosa en el querrellado, con la intención de perjudicarlo, cuestión nuclear que corresponde acreditar a la acusación y en el trámite del presente procedimiento, la aportación de unos indicios racionales y suficientes sobre el carácter "malicioso" en la conducta del magistrado, al dilatar la respuesta que deba dar. No son suficientes ni las meras especulaciones ni la impresión subjetiva que pueda tener el querellante, de la misma manera que no es suficiente, en principio poner de relieve una dilación en el dictado de una resolución o en la tramitación del procedimiento, siendo muy relevante, en sentido de poder descartar dicha finalidad, cuando, como en el caso presente, la dilación es tan breve.



Procede, por todo lo expuesto, inadmitir a trámite la querella formulada, por no evidenciarse, de los hechos que relata, que la conducta que se imputa al magistrado querellado, tengan naturaleza penal.

**QUINTO.-** No procede hacer expresa imposición de costas.

Vistos los artículos de general y pertinente aplicación.

### III.- PARTE DISPOSITIVA.

**LA SALA ACUERDA: INADMITIR A TRÁMITE** la querella formulada por el procurador D. FEDERICO GORDO ROMERO, en nombre y representación de D. Inocencio , que ha dado lugar a la incoación, a efectos de registro, de las presentes Diligencias Previas nº 408/2023 (43/2023) y una vez firme esta resolución, proceder a su archivo.

Notifíquese la presente resolución a la parte querellante y al Ministerio Fiscal.

A los efectos del art. 270 L.O.P.J., hágase entrega de copia de la presente resolución al Ilmo. Sr. Magistrado querellado, para su conocimiento.

La presente resolución no es firme y cabe interponer recurso de súplica ente esta Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Magistrados citados al margen.

**DILIGENCIA.-** Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.