

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 594/2014

RECURSO CASACION N°: 2249/2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Señalamiento: 09/07/2014

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Fecha Sentencia: 16/07/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por: MEM

-Delito de prevaricación judicial

-Doctrina de la Sala sobre la prevaricación judicial. Concepto de resolución injusta y sobre el contenido de la expresión "a sabiendas". Objetivación. El Juez no puede convertirse en Tribunal de la conciencia de la Ley

-Magistrada de Guardia de Diligencias en Madrid que dicta auto atendiendo a lo solicitado por el denunciante adoptando medidas cautelares sobre un local sin adoptar ninguna medida de acreditación de los hechos denunciados y sin audiencia del denunciado, dictando al día siguiente nuevo auto acordando la administración judicial sin que conste motivación alguna en dicho auto más allá de haberse practicado una comparecencia entre las partes concernidas, sin concretar nada más

-Contenido del deber de motivación y consecuencias de no existir

-El dolo en el delito de prevaricación judicial y su diferencia del móvil. El móvil o fin último apetecido no forma parte del tipo penal

-Rechazo del recurso formalizado

Nº: 2249/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

Vista: 09/07/2014

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 594/2014

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Giménez García
D. Julián Sánchez Melgar
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Antonio del Moral García
D. Carlos Granados Pérez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Julio de dos mil catorce.

En el recurso de casación por Infracción de Ley que ante Nos

pende, interpuesto por la representación de xxx, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha 11 de Octubre de 2013, por delito de prevaricación, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la Vista y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicha recurrente representada por la Procuradora Sra. Gilsanz Madroño.

I. ANTECEDENTES

Primero.- La Fiscalía de la Comunidad de Madrid, incoó Procedimiento Abreviado nº 1/2012, seguido por delito de prevaricación, contra xxx, y una vez concluso lo remitió a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que con fecha 11 de Octubre de 2013 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Hechos probados: Del examen de la prueba practicada en el acto del juicio oral celebrado, que incluye la declaración de la querellada, testimoniales y periciales practicadas, así como la documental incorporada a las actuaciones, dada por reproducida por las partes, se consideran acreditados los siguientes: 1º) La Magistrada Doña xxx, mayor de edad y sin antecedentes penales, titular del Juzgado de Instrucción nº 43 de Madrid, el día 21 de Septiembre de 2.011 se encontraba desempeñando sus funciones en el Juzgado de Guardia de Diligencias de Madrid, siendo presentada denuncia por D. xxx, contra D. xxx, ambos socios de la entidad mercantil Moma 56 S.L.- 2º) En la denuncia se imputaban actuaciones

calificadas como delictivas al denunciado, en su condición de administrador de hecho de la referida sociedad, que ejercía desde el mes de junio anterior, a causa de un contrato privado de compraventa de participaciones suscrito entre los socios, habiendo surgido discrepancias entre los mismos; la actividad de la sociedad estaba centrada en la explotación del negocio de Sala de fiestas, bar y restaurante, en el local sito en la calle José Abascal nº 56 de Madrid.- 3º) En la denuncia se interesaba, previa comprobación de los hechos en los que se fundaba, la adopción de medidas cautelares y urgentes, a fin de evitar la manipulación y destrucción de documentación, así como el alejamiento del socio denunciado, impidiendo que el denunciado se acercase al denunciante, o acudiere al local objeto de la denuncia o sus alrededores; esta solicitud formulada en la inicial denuncia, fue ampliada en el propio Juzgado de Guardia por el denunciante, interesando que, además, se procediese al precinto del local reseñado, basada en las sospechas fundadas de la destrucción de la contabilidad y asientos contables por personas ajenas a la sociedad. Fueron incoadas como Diligencias Previas 5659/11.- 4º) La Magistrada acusada desde que el Letrado denunciante se personó en el Juzgado y tuvo conocimiento de la denuncia, se posicionó a favor de la misma, y así, se dirigió a la Fiscal de Guardia tratando de convencerle insistentemente de la necesidad y procedencia de llevar a cabo las pretensiones de la parte denunciante. La Fiscal se opuso finalmente a dichas medidas urgentes y cautelares interesadas, al considerar que "estamos ante una denuncia que pide medidas cautelares previa comprobación de los hechos denunciados y esa comprobación no se ha efectuado, máxime cuando está interviniendo Policía Nacional y parece hay otra denuncia por los mismos hechos que debe conocer otro Juzgado", informe que incluía subrayada esa previa comprobación de hechos, no realizada por el Juzgado en momento alguno.- 5º) Entre la documentación aportada con la denuncia, figuraba el auto de 13 de Julio de ese año, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 38 de los de Madrid,

como consecuencia de la denuncia anterior presentada entre las mismas personas, y básicamente por los mismos hechos, en la que se solicitaba como medida cautelar el desalojo del local por quien lo ocupaba, esto es, el mismo socio denunciado en la denuncia a que se contraen las presentes actuaciones, acordando el Juzgado el sobreseimiento provisional y archivo de las mismas, por falta de relevancia penal de los hechos denunciados, dada la existencia de un contrato privado de compraventa de participaciones entre las partes, que no llegó a escriturarse por diferencias económicas entre ellos, constando la entrega de la posesión del local y negocio explotado por el denunciante, a favor del denunciado, estando por tanto justificada la administración pro el mismo, y la remisión de las partes a la jurisdicción civil, para la resolución del conflicto.- 6º) La Magistrada, no obstante, sin haber dado trámite de audiencia al denunciado, ni realizada diligencia de comprobación alguna, dictó sin solución de continuidad, a partir de ese momento, una serie de resoluciones en beneficio de los denunciantes, siendo la primera de ellas el Auto de fecha de 21 de Septiembre de 2.011, acordando el precinto del local, sin fundamentación específica alguna, respecto de la necesidad de dicha medida, pues el único fundamento de derecho, contenía exclusivamente la mención genérica de jurisprudencia constitucional atinente a la adopción de medidas cautelares, en tanto que, en el Antecedentes de Hecho Primero, refería que "por el denunciante se pone de manifiesto y justifica documental la necesidad de tutela judicial inmediata que proteja los bienes de la sociedad denunciante, y evite la impasibilidad de los poderes públicos ante situaciones que hacen presumir la existencia de un flagrante delito societario"; y en el segundo, que las medidas eran solicitadas por el administrador legal de la sociedad, y que iban encaminadas a la mejor protección de la sociedad y los derechos de los socios, entre los que se encontraba la persona que estaba efectuando la gestión del negocio. Dictado el Auto, se libró el oportuno mandamiento al efecto a la Comisaría de Distrito, cursado vía Fax.- 7º) Ante el Juzgado de

Guardia de Diligencias, esa tarde compareció el Letrado del denunciado, D. Henry Josep Felstein Arechabal, al objeto de que fuera informado sobre el precinto local realizado, interesando la entrega de la resolución dictada, y la denuncia formulada; por el mismo se aportó documentación relativa a la denuncia presentada el día anterior ante la Policía que había provocado su intervención, contra los aquí denunciantes, así como el Auto dictado por el Juzgado nº 38 de Madrid, y el Juzgado Mercantil nº6, relativo al conflicto civil existente entre las partes, solicitando expresamente su levantamiento y mostrando abiertamente su disconformidad con la medida cautelar adoptada, por la lesividad y perjuicios que ocasionaba.- 8º) Una vez finalizada la Guardia de Diligencias, las instruidas fueron remitidas al Decanato, dentro del trámite ordinario, de acuerdo con las Normas de Reparto, donde se establece que la intervención del Juez Instructor, respecto a la adopción de medidas cautelares penales solicitadas, se limita exclusivamente a decretar su adopción; sin embargo, por la Magistrada se dio orden al agente judicial de que las mismas fueran rescatadas y reintegradas al Juzgado, para ser incorporadas y continuar su tramitación.- 9º) Al día siguiente, esto es el día 22 de Septiembre de 2.011, y previa comparecencia del denunciante y denunciado ante el Juzgado, por la Magistrada se dictó Auto, a instancia del denunciante, en el que se acordaba el nombramiento de administrador judicial de D. xxx, y levantar el precinto del local, una vez que tomara posesión de su cargo, sin motivación alguna que no fuera la comparecencia de los anteriores, y justificando que el anterior precinto del local había sido adoptado en consideración a los derechos de los 15/20 trabajadores de la entidad. De esta comparecencia no se informó ni dio audiencia al Ministerio Fiscal, ni se puso en conocimiento de la Secretaria Judicial.- 10º) Mediante Providencia de 28 de Septiembre de 2.011, y a solicitud del administrador nombrado, se fijaron unos honorarios profesionales de 18.000 euros, con cargo a la sociedad, sin motivación al menos sucinta; por Providencia de

30 de Septiembre de 2.011, y no constando solicitud al respecto, por la Magistrada acusada se nombraron administradores mancomunados, junto con el anterior, a D. xxx y a D. xxx, quien mantenía con la acusada una relación de amistad íntima.- 11º) Mediante Auto de 20 de Octubre de 2.011, por la Magistrada se nombra administrador único a D. xxx, por la renuncia de los dos anteriores, a quien se fija por dicha Magistrada y mediante Providencia de 2 de Noviembre del mismo año, una retribución mensual de 2.500 euros, con cargo a la sociedad.- 12º) Con fecha 18 de Octubre de 2.011, se ordenó por la acusada la apertura de una cuenta corriente en la sucursal de Banesto, de la calle Capitán Haya nº 43, nº 0030-1845-19-0001858271, en la que figuraba como titular la entidad Moma 56 S.L., y como apoderado D. xxx, que no consta en el expediente judicial de Diligencias Previas a que se contraen las actuaciones, y sin el conocimiento ni conformidad de las Secretarías Judiciales que prestaban en esos momentos sus servicios en el Juzgado.- 13º) Una vez que la Fiscalía de Madrid incoa Diligencias de Investigación para el esclarecimiento de los hechos, y requerida la remisión de testimonio de las actuaciones con fecha 4 de Noviembre del mismo año, ese mismo día por la acusada se dicta Providencia remitiendo las Diligencias Previas instruidas hasta al momento a Decanato, en "cumplimiento a las normas de reparto", según se hace constar, que son rechazadas y devueltas a Decanato por el Juzgado de Instrucción nº 54, al ya haberse desarrollado actividad instructora por el Juzgado remitente, esto es el nº 43, confirmando el Decanato el criterio seguido por el Juzgado nº 54, mediante Decreto de 27 de Noviembre de 2.011, y remitiéndolas definitivamente al Juzgado de origen.- 14º) Por Auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid, y estimando el recurso de apelación interpuesto frente al Auto de 22 de Septiembre de 2.011, por el que se nombraba al primer administrador judicial, dictó Auto con fecha 2 de

Enero de 2.012, por el decretaba la nulidad de pleno derecho del anterior, declarando con extensa motivación la carencia de fundamento, tanto del acuerdo adoptado respecto al precinto, como de la administración judicial del local y negocio, con expresa mención de la vulneración de las normas de reparto, y la procedencia de la inhibición a favor del Juzgado de Instrucción nº 38". (sic)

Segundo.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLO: 1º) Debemos condenar y condenamos a la acusada Ilma. Sra. D^a xxx, Magistrada-Juez del Juzgado de Instrucción Nº 43 de Madrid, como autora responsable de un delito continuado de prevaricación del artículo 446.3º, en relación con el artículo 74.1 ambos del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 18 meses y un día de multa, con cuota diaria de 15 euros, y la inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 15 años y un día.- 2º) Inhabilitación especial por tiempo de quince años y un día, del cargo de jueza o magistrada, 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 con funciones jurisdiccionales fuera del mismo.- 3º) Al pago de las costas procesales, excluidas las de las acusaciones particulares.- 4º) Sin condena en cuanto a responsabilidad civil". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de xxx, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el

recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de la recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 790.2 LECriminal.

SEGUNDO: Al amparo del art. 5.4 LOPJ y 790 LECriminal.

TERCERO: Al amparo del art. 849 n° 2 LECriminal.

CUARTO: Al amparo del art. 849 n° 2 LECriminal.

QUINTO: Al amparo del art. 849 n° 2 LECriminal.

SEXTO: Al amparo del art. 849 n° 2 LECriminal.

SEPTIMO: Al amparo del art. 849 n° 1 LECriminal.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, lo impugnó; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Vista, se celebró la votación el día 9 de Julio de 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 11 de Octubre de 2013 condenó a xxx, Magistrada-Juez del Juzgado de Instrucción n° 43 de Madrid como autora responsable de un delito continuado de prevaricación del art. 446-3° en relación con el art. 74-1°, todos del Cpenal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de multa e inhabilitación en los términos fijados en el fallo.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que la Magistrada condenada en la instancia, cuando se hallaba desempeñando sus funciones en el Juzgado de Guardia de Diligencias, y en el marco de las Diligencias Previas 5659/2011, aperturadas en virtud de denuncia presentada en los términos en que se recogen en el *factum* el día 21 de Septiembre de 2011 dictó auto el mismo día 21 de Septiembre sin haber realizado comprobación alguna en relación a los hechos denunciados y sin trámite de audiencia al denunciado en virtud del cual se acordó, tal y como se pedía por el denunciante, el precinto del local al que se contraía la denuncia librando el oportuno mandamiento a la Comisaría de Distrito vía fax.

Consta igualmente que la Magistrada y el Letrado denunciante intentaron convencer, sin conseguirlo, a la Fiscal de Guardia de la necesidad de ordenar el precinto del local porque éste se opuso a tal medida sin efectuar antes las comprobaciones previas.

Por la tarde del mismo día se presentó en el Juzgado de Diligencias que llevaba la Magistrada el denunciado, que interesó copia de la resolución judicial que ordenaba el precinto, asimismo aportó copia de la resolución del Juzgado de Instrucción nº 38 de los de Madrid, en la que con anterioridad ya se había suscitado idéntica denuncia entre las mismas partes que había sido archivada por estimarse una cuestión de orden civil.

Terminada la guardia y remitidas las Diligencias --según las normas de reparto,-- al Decanato, fueron rescatadas tales Diligencias por orden de la Magistrada para continuar con la tramitación.

Al día siguiente 22 de Septiembre de 2011 y previa comparecencia del denunciante y denunciado se dictó nuevo auto en la expresada fecha del 22 de Septiembre por la que se levantó el precinto, y se nombró administrador judicial, todo ello sin motivación alguna.

Finalmente se dictaron dos Providencias consecutivas los días 28 de Septiembre y 30 de Septiembre, relativas a la fijación de honorarios al

administrador nombrado, y seguidamente se nombran otros dos administradores mancomunados junto al primeramente nombrado, entre ellos a un Letrado con el que la Magistrada tenía una amistad íntima.

Por auto de 20 de Octubre de 2011 y por renuncia de 2 de los administradores nombrados, se nombra administrador único al Letrado con quien tenía una amistad íntima y por nueva Providencia de 2 de Noviembre se señalan como honorarios para el administrador 2.500 euros mensuales.

También se da cuenta de la apertura de una c/c en la sucursal de Banesto indicada en el *factum*, apertura que se hizo sin conocimiento de la Secretaria Judicial.

Se concluye el *factum* haciendo referencia a que la Fiscalía de Madrid incoó Diligencias de Información en esclarecimiento de los hechos el día 4 de Noviembre de 2011 y ese mismo día se remitieron por la Magistrada las Diligencias Previas instruidas al Decanato, según las normas de reparto en vigor.

La Audiencia Provincial de Madrid, Sección XV, estimando el recurso de apelación instado contra el auto de 22 de Septiembre de 2011 por el que se nombró al primer administrador, decretó la nulidad de pleno derecho del mismo, así como de la administración judicial del local, declarando la vulneración de las normas de reparto y acordando la inhibición en favor del Juzgado de Instrucción nº 38 de los de Madrid.

Contra la sentencia se ha formalizado recurso de casación por la representación de la Magistrada condenada que lo desarrolla a través de **siete motivos**, a cuyo estudio pasamos seguidamente.

Segundo.- La línea de defensa del recurso consiste en afirmar por un lado que las resoluciones tachadas de prevaricadoras, deben ser en sí mismas prevaricadoras y no por la suma o adición de una serie de resoluciones que analizada cada una de forma singular no alcanzarían tal

calificación, pero podrían estimarse en una valoración en su conjunto, ya que el tipo penal exige la concreta identificación de las resoluciones concernidas y la condición de prevaricadoras de las mismas en sí. Por otro lado se estima que en la sentencia se aportan una serie de datos periféricos extramuros de las resoluciones judiciales pero que constituyen el escenario en el que aquellos se emitieron por la Magistrada condenada, estimando la recurrente que se incurrieron en errores fácticos relevantes, cuya corrección acreditaría un cambio sustancial en el escenario en el que se produjeron tales resoluciones, con la consecuencia de que rectificadas tales datos, desaparecería la naturaleza prevaricadora de las resoluciones así estimadas en la sentencia recurrida.

A tal fin, de los siete motivos en los que se desarrolla el recurso, articula cuatro motivos por error facti, en concreto los motivos tercero, cuarto, quinto y sexto que por razones de sistemática serán estudiados de forma conjunta y en primer lugar.

Tercero.- Los motivos tercero, cuarto, quinto y sexto, por la vía del *error facti* del art. 849-2º LECriminal denuncian como errores en los que incurrió el Tribunal sentenciador que cita los documentos que acreditarían los mismos.

En el motivo tercero se cita como error que se diga en la sentencia que la denuncia presentada por Alberto Vos contra Fernando Robes, en el Juzgado de Instrucción nº 43 en el que estaba de Guardia de Diligencias la Magistrada condenada se trataba de los mismos hechos que ya habían sido objeto de denuncia con anterioridad en el Juzgado de Instrucción nº 38 y que habían sido archivadas por constituir una cuestión de índole civil, cuando en la nueva denuncia se hizo constar que se referían a hechos nuevos posteriores al auto de 13 de Julio de 2011 en el que se decretó el archivo y cita a tal efecto el propio texto de la denuncia presentada por Alberto Vos lo fue por hechos posteriores al auto indicado de 13 de Julio.

En el **motivo cuarto** se viene a insistir en la misma cuestión ya que cuando en el *factum* de la sentencia se dice en el apartado 5º "...como consecuencia de la denuncia anterior presentada entre las mismas personas, y básicamente por los mismos hechos...", se estima por la recurrente que los hechos no son los mismos y cita a tal efecto el auto de 13 de Julio de archivo acordado por el Juzgado de Instrucción nº 38 y el texto de la posterior denuncia presentada en el Juzgado de la Magistrada condenada --el nº 43--.

En el **motivo quinto**, y en relación a las normas de reparto existentes en los Juzgados de Madrid, y con la cita de la Norma Quinta apartado 3 medidas instructoras, se alega error en la afirmación contenida en el apartado 8 del *factum* donde se dice que la intervención del Juez Instructor se limita en relación a las medidas cautelares exclusivamente a decretar su adopción (enviándolas al Decanato para reparto). El error se encuentra en que frente a lo que se dice en el *factum* y que ya hemos referido, en las normas de reparto se consigna que se "*remitirá a la mayor brevedad posible*" al Decanato para reparto.

En el **motivo sexto**, se alega error en lo referente al apartado 9 del *factum* donde se dice que la Magistrada condenada dictó el día 22 de Septiembre auto "*....sin motivación alguna que no fuera la comparecencia de los anteriores....*" y el error denunciado estaría acreditado con el acta de comparecencia obrante al folio 144 de las Diligencias Previas aperturadas 5659/2011 y el auto mencionado de 22 de Septiembre.

Resulta obligado el recordatorio de que por documentos a los efectos de este cauce casacional deben entenderse "*aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surgir efectos en el tráfico jurídico....*", originándose fuera del proceso pero

incorporados al mismo.

Asimismo hay que recordar que la jurisprudencia de esta Sala ha excluido del concepto de documento a efectos casacionales las pruebas personales, las diligencias policiales, las actas de reconocimientos en rueda, el acta del juicio oral, las resoluciones judiciales incluidas las sentencias, las actas de registros domiciliarios, entre otros muchos.

Por lo demás el error acreditado en un verdadero documento casacional en el sentido expresado no debe estar desvirtuado por otras probanzas, y además debe ser relevante a los efectos de la solución dada al resultado final.

Pues bien desde estos presupuestos, ya anunciamos que ninguno de los cuatro motivos estudiados puede prosperar. De entrada, alguno de los "*documentos*" citados como acreditativos del error que se denuncia no son tales, como la denuncia y resoluciones judiciales citadas en los motivos tercero, cuarto y quinto, y en relación a las normas de reparto, es claro que las mismas no acreditan el error que se proclama.

No obstante, y con la finalidad de dar respuesta más allá de las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, brevemente, comprobamos en este control casacional que:

a) En relación a los motivos tercero y cuarto del recurso verificamos que el auto de 13 de Julio de 2011 dictado por el Juzgado nº 38 de los de Madrid, acordó el sobreseimiento provisional y archivo de la denuncia incoada a instancias de Alberto Vos contra el también administrador solidario del local Moma.

Dicha denuncia tenía por objeto que los denunciados habían ocupado ilegítimamente el local denominado Moma del nº 56 de la c/ José Abascal sin título alguno por lo que existiría un delito de usurpación de bien inmueble así como de un negocio en explotación. Por parte de los denunciados se alega una autorización o acuerdo previo con la parte

denunciante, interesándose por este último el desalojo del lugar. En dicho auto se rechaza la existencia de un delito de usurpación ilegal, y se rechaza igualmente el desalojo, y acreditado, se dice en el auto, que existió una entrega o puesta en posesión del local del negocio en favor de los denunciados, que se sitúa en el auto en la fecha 20 de Junio y finalmente se arriba a la conclusión de estar ante una cuestión civil a resolver en este orden jurisdiccional. Asimismo se consigna en el auto que a cuenta del pago de la transmisión la parte denunciante había recibido de la denunciada 200.000 € y que en el momento de elevar a escritura pública el acuerdo de la compraventa surgieron dificultades, y es en esta situación estudiada con todo detalle en el auto que se comenta a lo largo de sus cuatro fundamentos jurídicos, que se acordó el sobreseimiento y archivo.

La nueva denuncia presentada en el juzgado de la Magistrada condenada lo fue el 21 de Septiembre de 2011, es decir dos meses después del archivo de la primera, por el mismo denunciante, contra el mismo denunciado, en relación al mismo objeto: el denominado bar "*Moma*" y referente a la venta de las acciones referidas a dicho negocio reconociéndose por el vendedor --el denunciante-- el percibo de 200.000 € a cuenta. Se reconoce la existencia de problemas surgidos en el momento de la elevación a público del contrato --previsto para el 1 de Julio de 2011-- y asimismo se reconoce la existencia de una denuncia anterior entre las mismas partes y con el mismo objeto que fue presentada en el Juzgado nº 38 quien archivó las actuaciones en el auto ya referido de 13 de Julio de 2011.

Se añade que desde la fecha de dicho auto --y es aquí donde se pone el acento por la recurrente-- han efectuado por parte del denunciado determinadas actuaciones que se concretan en el hecho quinto de la denuncia que autocalifica la apropiación de cantidades, contándose diversos incidentes ocurridos, y terminando el escrito solicitando se ponga

a disposición del denunciante los locales y la empresa que están siendo ocupados por personas no legitimadas --en concreto por el denunciado Fernando Robes-- para el que se pide una orden de alejamiento tanto respecto del denunciante Alberto Vos como del local en cuestión.

Al menos avisado lector, tanto del auto de archivo dictado por el Juzgado de Instrucción nº 38 como de la denuncia presentada en el Juzgado nº 43, no se le puede ocultar que los hechos acaecidos a partir del auto de 13 de Julio, no son sino una continuación y otra secuencia de los ya archivados y solo exterioriza un intento de criminalizar una situación conflictiva entre denunciantes y denunciado que solo puede ser resuelta en vía civil al ser exclusivamente de esta naturaleza el origen del conflicto. El denunciante, Alberto Vos, lejos de llevar la contienda a la jurisdicción civil, por decirlo castizamente, "*probó suerte*" en otro Juzgado penal, por ello, cuando en el párrafo 5º del *factum* de la sentencia se habla de denuncia entre las mismas personas "*...y básicamente por los mismos hechos...*", no solo no se incurre en un error, sino que se está diciendo la realidad de lo ocurrido, identidad de cuestiones, aunque se trate de una secuencia distinta que se acredita. *Ex abundantia* con la decisión de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección XV, que declaró la nulidad de pleno derecho del auto de 22 de Septiembre dictado por la Magistrada condenada, acordó la procedencia de la inhibición de la nueva denuncia al Juzgado de Instrucción nº 38 que ya había conocido de la primera.

En relación al motivo quinto, se cita como documento que acreditaría el error del Tribunal la Norma Quinta, apartado 3º, del Reparto de asuntos entre los Juzgados de Instrucción y como error del Tribunal que se diga en el apartado 8 del *factum* que el Juez debe en relación a las medidas cautelares limitarse "*exclusivamente*" a decretar su adopción.

Pues bien, las Normas de Reparto en la cuestión que nos ocupa se refiere a la remisión de las diligencias "*a la mayor brevedad posible*" para

su inmediato reparto --folio 171, Tomo I del Rollo del Tribunal Supremo--.

No se aprecia error alguno, máxime si se tiene en cuenta que según el *factum*, cuando tras finalizada la guardia se remitieron las diligencias al Decanato, se dice --sic-- "*...sin embargo por la Magistrada se dio orden al agente judicial de que las mismas fueran rescatadas y reintegradas al Juzgado para ser incorporadas y continuar su tramitación...*". Y solo, se enviaron al Decanato el 4 de Noviembre --es decir mes y medio después de concluir la guardia y siendo fecha coincidente con el envío a Fiscalía de testimonio de actuaciones que ésta había solicitado para efectuar unas Diligencias de Investigación al respecto.

"Inmediatamente" y *"a la mayor brevedad posible"*, frase esta última que hay que poner en relación con la finalidad de *"proceder a su inmediato reparto"*, como se dice en la Norma indicada, son expresiones semejantes.

En relación al **motivo sexto**, se alega un error porque en el auto dictado el 22 de Septiembre se dice en la sentencia en el apartado 9 que *"...se dictó auto a instancia del denunciante sin motivación alguna que no fuera la comparecencia..."*.

Se cita como documento acreditativo del error el propio auto de 22 de Septiembre dictado por la Magistrada recurrente.

Dicho auto obrante al folio 428 del Tomo I del Rollo del Tribunal Superior de Justicia tiene como única fundamentación el siguiente párrafo:

"UNICO: A la vista de la anterior comparecencia celebrada en la fecha de hoy, esta Magistrada Juez en virtud de las alegaciones formuladas en la misma, estima conveniente acordar la administración judicial de todo lo recaudado por Moma 56, nombrando para ello a un administrador judicial y una vez éste toma posesión, se declarará el levantamiento de las medidas cautelares adoptadas (precinto del local) por este Juzgado respecto de la referida entidad en el auto señalado. En su momento estas medidas fueron acordadas fundamentalmente en

consideración a los derechos de los 15 y/o 20 trabajadores de la entidad referida".

Motivar y fundamentar es dar cuenta en términos comprensibles, de las razones que tenga el Juez para justificar la decisión adoptada y que esta pueda ser conocida no solo por las partes concernidas, sino por cualquier persona que tenga acceso a la resolución concernida, y al respecto no estará de más recordar que la fuerza de la motivación no está en la extensión, sino en la fuerza del razonamiento.

Pues bien, el auto referido constituye un modelo en negativo, es decir es la expresión de la desnuda voluntad de la redactora del auto que escamotea las razones de su decisión con una evanescente y vacía referencia a lo actuado en la comparecencia anterior a la que acudieron denunciante y denunciado y sus respectivos Letrados quienes alegaron desde su opuesta posición lo que tuvieron por conveniente. Nada de eso consta en el único sitio donde se debe hacer consta que es en el auto concernido, sopesando las razones dadas por unos y otros, y determinando el porqué se hicieron prevalecer las del denunciante sobre las del denunciado. Nada se explica. Solo se conoce la decisión fruto exclusivo de la voluntad de la autora de la resolución y no del razonamiento, pues tal no existe, y si la motivación es un imperativo de la razonabilidad de la decisión, su ausencia permite calificar de arbitraria por irrazonable tal decisión.

No existió ninguno de los errores que se denuncian, por tanto el factum debe ser mantenido en sus propios términos y consecuencia, esos errores que se denunciaban en estos cuatro motivos como periféricos pero que constituían el escenario que iluminaban las resoluciones declaradas como prevaricadoras con una luz especial, y que de haberse estimado hubieran arrojado otra luz, deben ser tajantemente rechazadas.

Procede la desestimación de los cuatro motivos.

Cuarto.- Pasamos al estudio de los **motivos primero y segundo,** ambos por el cauce de la vulneración de derechos constitucionales en denuncia de haberse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de la condenada.

No será ocioso recordar la doctrina de esta Sala Casacional en relación al ámbito del control casacional cuando se efectúa ante esta Sala una denuncia de esta clase. Esta Sala Casacional debe efectuar una triple verificación.

a) En primer lugar, debe analizar el "*juicio sobre la prueba*", es decir, si existió prueba de cargo, estimando por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que, además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometido al cedazo de la contradicción, inmediatez e igualdad que definen la actividad del Plenario.

b) En segundo lugar, se ha de verificar "*el juicio sobre la suficiencia*", es decir si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y

c) En tercer lugar, debemos verificar "*el juicio sobre la motivación y su razonabilidad*", es decir si el Tribunal cumplió por el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora, no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado es no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión intra processum, porque es una necesidad para verificar la misma cuando

la decisión sea objeto de recurso, sino también, *extra processum*, ya que la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, --SSTC 68/98, 85/99, 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002, ó de esta Sala 1171/2001, 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 548/2007, 1065/2009, 1333/2009, 104/2010, 259/2010 de 18 de Marzo, 557/2010 de 8 de Junio, 854/2010 de 29 de Septiembre, 1071/2010 de 3 de Noviembre, 365/2011 de 20 de Abril, 1105/2011 de 27 de Octubre, 1039/2012 de 20 de Diciembre, 33/2013 de 24 de Enero, 663/2013 de 23 de Julio, 82/2014 de 13 de Febrero ó 181/2014 de 13 de Marzo, entre otras--.

No es misión ni cometido de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro Tribunal justifica su decisión. Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediación de que dispuso, inmediación que no puede servir de coartada para eximirse de la obligación de motivar.

Para concluir, y en palabras del Tribunal Constitucional --últimamente en la STC 68/2010--: "*...no le corresponde revisar (al T.C.) la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Juzgados y Tribunal ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117-3º de la C.E., sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta....*".

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas --SSTS de 10 de Junio de 2002, 3 de Julio de 2002, 1 de Diciembre de 2006, 685/2009 de 3 de Junio, entre otras--, y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

Entiende la recurrente en el primer motivo que la calificación de prevaricadoras de las resoluciones concernidas se declaró sin "*apoyo probatorio de cargo*". En su argumentación y tras un concienzudo examen de la Jurisprudencia sobre presunción de inocencia, se cuida de precisar que no pretende una valoración alternativa del material probatorio, ni tampoco, adentrarse en aspectos propios de la inmediación al no poder entrar en la percepción sensorial inmediata de la prueba, sino que a la luz de la Jurisprudencia reseñada, tan solo pretende cuestionar la racionalidad del juicio valorativo.

Precisa asimismo, que dicho elemento fáctico que se cita en la sentencia de favorecer al amigo íntimo, Letrado Sr. xxx, y que

justificaría la motivación espuria de la conducta que se le imputa y por la que finalmente fue condenada, no está acreditado.

A continuación, la recurrente expresa las razones en virtud de las cuales considera que el juicio valorativo fue incorrecto por no acomodarse a las exigencias de la lógica y la objetiva racionalidad, llegando a tachar la valoración realizada de voluntarista y muy arbitraria. Insistiendo en que no se pretende una nueva valoración de la prueba. Se denuncia la utilización de criterios absurdos e ilógicos para medir la credibilidad de los testigos, de no seguir los criterios de la razón en la valoración y de acudir a un sistema arbitrario para ocultar manifestaciones relevantes de testigos quedándose con lo que aisladamente perjudicaba a la acusada.

De análoga manera en el motivo segundo se denuncia la vulneración de la presunción de inocencia producida en esta ocasión al declararse probado, si bien en la fundamentación no en el *factum*, que la Magistrada condenada ejerció "...una labor de control directo y exclusivo de los autos que estaban siempre guardados en su despacho durante el tiempo que permanecieron en el Juzgado....".

El planteamiento de este motivo es similar al anterior. Por una parte, se denuncia que el hecho se declaró probado "*sin sustento probatorio de cargo*" y se dice que se va a cuestionar la racionalidad del juicio valorativo. Por otra, se precisa que el interés del hecho consiste en que la Sala considera que el citado control de los autos por la recurrente constituye un posicionamiento a favor de la denuncia.

Se tacha de valoración irracional la empleada al otorgar credibilidad al testimonio de las Secretarías mal interpretando lo manifestado por el Magistrado Sr. xxx que vino a sustituir a la acusada ya que no confirmó lo manifestado por éstas, sino que dijo haber encontrado

los autos sin dificultad en el despacho de la acusada, que estaban a la vista y el despacho no estaba cerrado con llave. Reprocha igualmente que se prescindiera del testimonio del funcionario que tramitaba las diligencias (Segundo Pérez) quien manifestó haber tenido siempre libre acceso a las mismas.

Con carácter previo hay que recordar que el delito de prevaricación judicial se predica siempre de una o unas concretas resoluciones judiciales analizadas en sí mismas. A los elementos que integran este delito se refieren el f.jdco. tercero de la sentencia que recoge correctamente la doctrina jurisprudencial existente sobre este delito.

Hay que recordar que la prevaricación judicial es un delito de técnicos en derecho, por ello, y como bien se recuerda en la jurisprudencia citada en la sentencia objeto del presente control, hay que eliminar los adjetivos de resolución "*esperpéntica*", apreciable por cualquiera.

Desde un punto de vista objetivo debe tratarse de una resolución injusta, lo que supone un aliud respecto de la mera ilegalidad que puede ser corregible vía recurso. Tal injusticia tiene un claro matiz objetivo en la medida en que la resolución concernida, se encuentra extramuros del conjunto de opiniones sostenibles en la comunidad jurídica. En palabras de la STS 2/199 de 15 de Octubre, el carácter objetivo de la injusticia supone que "*el apartamiento de la función judicial propia del Estado de Derecho se da cuando como ya se dijo la aplicación del derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de interpretación del derecho aceptable en el Estado de Derecho*". Por ello, el elemento de la resolución injusta solo puede ser definido desde la perspectiva de la legalidad, porque la prevaricación comienza con el abandono de dicho principio de legalidad y su sustitución por las convicciones del Juez, porque la subjetivización del delito de prevaricación nos conduciría a la justificación de cualquier decisión judicial con el argumento de que el autor de la misma --el Juez

concernido-- la consideraría justa.

El Juez no puede erigirse en el Tribunal de la conciencia de la Ley, porque ello supone convertir la voluntad del Juez en el criterio de decisión para resolver el conflicto.

Por ello, el elemento subjetivo del tipo concretado en la expresión "*a sabiendas*", es decir tener conciencia del total apartamiento de la legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, debe ser puesto y valorado desde la condición del Juez de técnico en derecho y por tanto conocedor del mismo. Dicho de otro modo, el elemento subjetivo se cumple cuando el Juez sabe que su resolución no es conforme a derecho y se aparta de los métodos usuales de interpretación siendo su voluntad la única explicación posible.

En tal sentido, y además de la jurisprudencia citada en la sentencia recurrida se pueden citar las SSTS de 29 de Junio de 2012; 126/2012; 79/2012; 102/2009; 333/2006; 1243/2009; 129/2008 y 262/2006. En concreto la STS 102/2009 se refiere al Juez territorialmente incompetente que ordenó sin observación del principio de contradicción la devolución de una cantidad retenida por un establecimiento de que por azar, ordenando el Juez al Notario que tenía la cantidad retenida la inmediata devolución del importe del premio sin dilación alguna, caso que tiene evidentes analogías con el caso enjuiciado en el que se acuerda en un primer auto la clausura del local sin practicar ninguna averiguación ni audiencia al denunciado de lo que se decía en la denuncia, seguido de otro auto en que sin motivación alguna se nombra administrador.

En el recurso, se cuestiona la naturaleza prevaricadora de las resoluciones así estimadas en la sentencia porque --se dice en los dos motivos que se estudian-- que no estaría acreditada la amistad íntima de la recurrente con Javier Carballo, y que tampoco estaría acreditado que el

expediente estuviera bajo control exclusivo de la Magistrada.

Ambas alegaciones quedan extramuros de las concretas resoluciones judiciales estimadas prevaricadoras, concreta y fundamentalmente de los autos de 21 de Septiembre y 22 de Septiembre de 2011.

El análisis de ambas resoluciones en sí mismas consideradas no deja dudas de la patente arbitrariedad de ambos, del total apartamiento del principio de legalidad y de las injustificables decisiones adoptadas que no encuentran amparo ni soporte en ninguna de las argumentaciones que pudieran ser susceptibles de admitirse en la Comunidad Jurídica.

El auto de 21 de Septiembre es dictado de forma seguida a la incoación de las Diligencias Previas sin previa comprobación de los hechos denunciados, y no deja de ser relevante que en la propia denuncia se solicitaban las medidas cautelares previa la comprobación de los hechos denunciados --pág. 241, Tomo I del Rollo del Tribunal Superior de Justicia--.

Pues bien, en el auto cuestionado sin averiguación alguna y sin audiencia al denunciado se adoptaron tales medidas con una argumentación ciertamente extravagante pues se decía que los hechos denunciados --sin comprobación alguna-- "*hacen presumir la existencia de un flagrante delito societario*" afirmación cuya justificación se agota en la enunciación y que por otra parte supone un concepto desconocido de "*flagrancia*".

El auto de 22 de Septiembre dictado después de concluir la Guardia e incumpliendo el deber de remitir las Diligencias al Decanato para reparto --extremo al que ya se ha dado respuesta en el fundamento anterior--, y por tanto con un claro quebrantamiento de tales normas de reparto que solo evidencian el deseo de mantenerse la instrucción de la causa cuando ya no era competente, se acuerda el levantamiento del precinto del local y sin otra

justificación que una hueca referencia a la comparecencia efectuada antes
--con asistencia de la denunciante y denunciada y de sus Letrados-- pero sin argumentar nada se acuerda el nombramiento de un administrador.

En relación a esta cuestión de la referencia a la "*anterior comparecencia*" ya nos hemos pronunciado también en el anterior motivo.

En definitiva, nos encontramos con los autos dictados en los días consecutivos, en el primero sin averiguación alguna y sin audiencia al denunciado se acuerda el precinto del local y otras medidas cautelares y por toda argumentación se habla de un presumible delito flagrante societario, y en el siguiente, sin motivación alguna se levanta el precinto y se nombra administrador, y asimismo --y es curioso-- en este segundo auto de 22 de Septiembre se trata de completar. o de suplir la motivación del primer auto al decir que:

"...En su momento estas medidas fueron acordadas fundamentalmente en consideración a los derechos de los 15 y/o 20 trabajadores de la entidad..." respecto de los que ninguna referencia se hacía en la denuncia inicial.

Es patente que ambos autos son clara y absolutamente prevaricadores porque solo responden a la voluntad de la Magistrada recurrente situándose extramuros de cualquier argumentación admisible jurídicamente, manifiestamente injusta y exteriorizadora de una arbitrariedad.

Con posterioridad a tales actos se dictaron por la recurrente la Providencia de 28 de Septiembre de 2011 en la que se fijaron honorarios al administrador, seguida de otra Providencia de 30 de Septiembre en la que se adicionaron dos administradores más y una tercera Providencia del 20 de Octubre por la que se tuvo por renunciados a dos de los administradores, y se nombró administrador único a xxx señalándose una retribución de 2.500 euros mensuales.

Sin perjuicio de reconocer que también puede predicarse de una Providencia la naturaleza prevaricadora pues el actual texto del art. 446-3° se refiere a sentencia o resolución injusta, y como tales están estimadas en la sentencia recurrida, estimamos que la naturaleza prevaricadora de tales proveídos no radica en sí misma sino en ser consecuencia de los dos autos anteriores los que proyectan su naturaleza antijurídica sobre el resto de las resoluciones dictadas. En todo caso esta cuestión carece de toda practicidad.

Es a partir de este momento --y no antes-- cuando debemos dar respuesta a las dos cuestiones suscitadas en los dos recursos: las relativas a la amistad íntima entre la Magistrada y el hecho de si estaban o no ocultas las actuaciones en el despacho de la Magistrada.

El recurso pone todo el acento en estas dos cuestiones para cuestionar la existencia de prevaricación cuando esta se sostiene por sí sola a la vista de los dos autos ya estudiados.

Las cuestiones que se suscitan en estos dos motivos van encaminadas a cuestionar el móvil, el porqué de las resoluciones prevaricadoras, pero ya es sabido que el móvil no forma parte del tipo, puede ser una explicación --que no justificación-- pero en todo caso el delito es independiente al móvil que guiará la acción del autor.

El delito de prevaricación del que se ha condenado a la recurrente es un delito doloso porque el dictado de las resoluciones fue a sabiendas de situarse las mismas extramuros de cualquier razonamiento admisible jurídicamente, siendo solo exteriorizadoras de la voluntad de su autora que como experta en derecho conoció tal apartamiento.

Cuestión distinta, es el móvil que actuará como motor para tales actuaciones. En todo caso como acaba de decirse, dolo y móvil son conceptos distintos. El dolo se integra en el tipo penal --a sabiendas-- el

móvil, entendido como fin último apeteído por el autor del delito es ajeno al tipo, y puede explicar --que no justificar-- el porqué de la actuación judicial.

La propia sentencia recurrida se refiere al móvil en los hechos probados al decir en el párrafo 4º que:

"...La Magistrada acusada, desde que el Letrado denunciante se personó en el Juzgado y tuvo conocimiento de la denuncia, se posicionó a favor de la misma y se dirigió a la Fiscal de Guardia tratando de convencerle insistentemente...."

El recurrente estima que cuestionando el móvil desde las dos perspectivas indicadas: sobre la amistad íntima y sobre la ocultación de los autos, se estaría cuestionando la realidad de la prevaricación, cuando no es así como ya se ha dicho.

En relación a la cuestión de la amistad íntima de la Magistrada recurrente con el Letrado xxx, estima la recurrente en el motivo primero que la conclusión que en tal sentido se hace en la sentencia, carece de todo apoyo probatorio a lo que dedica los folios 8, 9, 10 y 11 arribando a la conclusión de que tal afirmación es arbitraria y está situada extramuros de los criterios de una ponderación razonable, y, además, se seleccionan los testimonios que apoyarían tal versión ocultando o silenciando los adversos.

De entrada, hay que decir ya que la expresión "amistad íntima" no supone necesariamente que tal intimidad se haya llevado a compartir habitación, de forma que la ecuación amistad íntima sea "*igual a compartir habitación con lo que ello supone un reduccionismo inadmisibile*". Basta recordar que la LOPJ entre las causas de abstención cita la de "amistad íntima" --art. 219-9º-- sin que tal causa incluya la cohabitación. Por ello la censura que se hace en el motivo al informe de la policía judicial en el que

se afirma que ambos compartieron habitación frente a la declaración del director del hotel concernido que manifestó que no se compartió habitación, carece de toda relevancia desde la obviedad de que no toda amistad íntima supone cohabitación, ni incluso también se podría añadir que la cohabitación tampoco supone por sí misma una amistad íntima.

Aclarado este extremo, verificamos en este control casacional que la sentencia sí estimó existente una amistad íntima (sin que, insistimos, ello suponga la cohabitación) en base al inventario probatorio que especificó en el apartado octavo del f.jdco. tercero, donde en síntesis se hace referencia a las fuentes de prueba y elementos probatorios que en ellas encontró para fundamentar su afirmación, y estos elementos probatorios fueron los siguientes:

a) Las declaraciones de las Fiscales que declararon en el Plenario, dos de ellas en el Juzgado de Instrucción nº 43 de la que era titular la Magistrada recurrente, las que manifestaron que ésta les presentó al Letrado como novio de ella, y la persona que está en su casa y también va a su casa de Alicante.

b) Las Secretarías Judiciales que también acudieron al Plenario que se manifestaron en sentido análogo a las Fiscales.

c) En relación a las declaraciones de funcionarios judiciales y de los Magistrados que también acudieron se dice en la sentencia que los mismos no niegan la realidad de esa posible situación, sino que manifestaron "*desconocer, en términos generales, el contenido o incluso esa relación*" --pág. 17 de la sentencia--, o incluso extrañarse de que existiera la misma, en tal sentido el Magistrado José Santiago Torres.

d) En relación al informe policial la diferente manifestación en relación a si compartieron o no habitación, el Tribunal se limita a verificar que en el registro oficial del hotel, obrante al folio 95 del Rollo de Sala, Tomo I, lo que se dice en dicha documental sin más, y lo que se dice es que en la relación de reservas de hotel aparece el nombre de la Magistrada

y del Letrado Sr. xxx en relación a la misma reserva.

Como conclusión del control casacional verificado hemos de rechazar las valoraciones de la recurrente en relación a la naturaleza arbitraria de la afirmación de la sentencia de existir una amistad íntima entre la recurrente y el Letrado citado. La valoración del Tribunal a quo es lógica y razonable y desde luego no viola ningún derecho fundamental de la recurrente, ni menos su condena carece de probanza.

En relación al segundo motivo se centra en el control y custodia de los autos por parte de la recurrente. En la sentencia de la Audiencia en el apartado 4º del f.jdco. tercero se dice que la recurrente tenía *"un control directo y exclusivo por la misma de los autos, que estaban siempre guardados en su despacho durante el tiempo que permanecieron en el Juzgado"*.

Al respecto se alega en el recurso que tales afirmaciones cuestionan la racionalidad del juicio valorativo, se dice en la argumentación que no es razonable que se conceda credibilidad al testimonio de las Secretarías Judiciales y que se haya mal interpretado lo manifestado por el Magistrado Sr. xxx que la sustituyó en relación a los autos concernidos durante un permiso de la Magistrada, y asimismo se dice que se silenció el testimonio del funcionario Sr. xxx que tramitaba las diligencias.

Un examen de ambas declaraciones que constan en el acta del Plenario ponen de manifiesto que la falta de racionalidad de las valoraciones que al respecto efectuó la Sala sentenciadora, no es tal.

En efecto, el Magistrado Sr. xxx manifestó --sic-- *"....Que sustituyó en el Juzgado 43 y se llevaban unas diligencias de la discoteca Moma, y vino, o la Secretaria o algún funcionario diciendo que no encontraban las diligencias, llamó a Coro y le dijo donde podían estar en su despacho. Las encontró donde ella le dijo....que no recuerda que estuvieran bajo llave...."*.

Por su parte el funcionario Sr. xxx manifestó en relación a esta cuestión:

"...Que él tramitaba esos autos y los podía localizar sin dificultad... que los autos estaban siempre accesibles para cualquier Secretaria Juez o Fiscal...."

La recurrente se queja de que no se haya tenido en cuenta el testimonio del funcionario indicado, pero es patente que los autos se encontraban en el despacho de la Magistrada, no ocultos ni bajo llave, lo que nadie ha afirmado, pero que fue necesario que el Magistrado Sr. xxx la llamara por teléfono para poder localizarlos, lo que por otra parte coincide con la declaración de la Secretaria del Juzgado que manifestó que ella no los tenía.

Verificamos en este control casacional que la valoración de todos los testimonios que efectuó el Tribunal en relación a esta cuestión y que arribó a la conclusión de que tales diligencias estaban guardadas en el despacho de la Magistrada y que hubo que llamarla para encontrarlos acredita que la Secretaria no tenía tales diligencias a su disposición como se afirma en la sentencia afirmación que se fundamenta en los testimonios analizados por el Tribunal de instancia y de cuya racionalidad no hay duda, por lo que tampoco en relación a esta cuestión puede prosperar la denuncia que se efectuó en el motivo segundo del recurso, solo recordar, que el tema de la credibilidad de los testimonios solo puede tener acceso a la casación cuando los razonamientos del Tribunal se aparten de toda lógica y razonabilidad, lo que no es el caso.

Ya para concluir con el estudio de estos dos motivos, debemos declarar que no existió el vacío probatorio de cargo que se denuncia, que los autos en sí mismos incurrieron en un apartamiento total de las exigencias del debido proceso, que no solo fueron irregulares sino

manifiestamente arbitrarios y que, en definitiva, fueron dictados a sabiendas de tal injusticia. Por lo demás en relación al interés que pudiera tener la recurrente, y que constituiría el móvil de su actuación, también las conclusiones al respecto alcanzadas por la sentencia están fundadas y responden al estándar de fundamentación exigible por lo que deben ser rechazadas las alegaciones de arbitrariedad y de irracionalidad que se efectúan por la recurrente.

Procede la desestimación de ambos motivos.

Quinto.- El motivo séptimo, por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal denuncia como indebidamente aplicado el art. 446-3º del Cpenal en relación al delito de prevaricación del que ha sido condenada la recurrente.

Realmente, el rechazo de los motivos anteriores arrastra como lógica consecuencia el fracaso del presente pues en la medida que este cauce casacional tiene como presupuesto el riguroso respeto al *factum*, lo que no cumple la recurrente, pues rechaza e impugna el *factum*, se está incurriendo en causa de inadmisión que opera en este momento como causa de desestimación.

Procede la desestimación del motivo.

Sexto.- De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede la imposición a la recurrente de las costas del recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de xxx, contra la sentencia dictada por la Sala de lo

Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 11 de Octubre de 2013, con imposición a la recurrente de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes, y póngase en conocimiento de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con devolución de la causa a este último e interesando acuse de recibo.

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

Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar Francisco Monterde Ferrer

Antonio del Moral García Carlos Granados Pérez

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo.Sr. D. Joaquín Giménez García, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.